

NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

# KONTROLA PAŃSTWOWA

*„...ktokolwiek grosz publiczny  
do swego rozporządzenia odbiera,  
wydatek onegoż usprawiedliwić winien.”\**

WARSZAWA

---

ROCZNIK LV – NUMER SPECJALNY (3) – LISTOPAD 2010 R.

**ISSN 0452-5027**

- \* Cytat z pisma ministra skarbu Księstwa Warszawskiego, Tadeusza Dembowskiego, wystosowanego w związku z pracami przygotowawczymi do dekretu z dnia 14 grudnia 1808 roku o Głównej Izbie Obrachunkowej.

**SEMINARYJNE POSIEDZENIE  
KOLEGIUM NAJWYŻSZEJ IZBY KONTROLI  
POŚWIĘCONE AKTYWNOŚCI GOSPODARCZEJ GMIN**

*W siedzibie Najwyższej Izby Kontroli 13 października 2010 r. odbyło się seminaryjne posiedzenie Kolegium NIK na temat: „Ustrojowe aspekty aktywności gospodarczej gmin”, na które przygotowano trzy referaty.*

*Uczestnikami posiedzenia byli członkowie Kolegium NIK oraz zainteresowani problematyką specjalnie zaproszeni goście z urzędów centralnych, instytucji samorządowych, uczelni i instytutów naukowych, a także dyrektorzy departamentów, delegatur i doradcy prezesa NIK.*



**Prezes Najwyższej Izby Kontroli Jacek Jezierski:**

Pragnę bardzo serdecznie powitać Państwa na kolejnym posiedzeniu seminaryjnym Kolegium Najwyższej Izby Kontroli.

Witam Panią Elżbietę Bieńkowską – minister rozwoju regionalnego; Panią minister Julię Piterę – sekretarza stanu w Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, pełnomocnika do spraw opracowania programu zapobiegania nieprawidłowościom w instytucjach publicznych; Pana Ryszarda Pawła Krawczyka – przewodniczącego Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych; Panią profesor Hannę Sochacką-Krysiak – kierownika Zakładu Finansów Samorządu Terytorialnego w Katedrze Ekonomiki i Finansów Samorządu Terytorialnego Szkoły Głównej Handlowej; Pana Adama Misiuwiątca – zastępcę dyrektora Departamentu Administracji Publicznej w Ministerstwie Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Pana Kamila Surowca – przedstawiciela Krajowej Szkoły Administracji Publicznej.

Witam dzisiejszych prelegentów: Pana profesora Czesława Martysza – kierownika Katedry Prawa i Postępowania Administracyjnego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu Śląskiego oraz członka Kolegium NIK, jednocześnie prezesa Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Katowicach; Pana profesora Marka Szydłę – adiunkta w Zakładzie Prawa Administracyjnego Gospodarczego na Wydziale Prawa, Administracji i Ekonomii Uniwersytetu Wrocławskiego oraz Pana doktora Zbigniewa Jurczyka – dyrektora Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu.

Witam serdecznie wszystkich uczestników naszego posiedzenia – dyrektorów departamentów i delegatur Najwyższej Izby Kontroli, doradców prezesa Najwyższej Izby Kontroli oraz gości. Uczestnictwo zapowiedział również Pan Arkadiusz Czartoryski – przewodniczący sejmowej Komisji do spraw Kontroli Państwowej oraz Pani profesor Irena Lipowicz – rzecznik praw obywatelskich, a wcześniej członkini Kolegium NIK, którzy przybędą nieco później. Niestety, nie dotarła z powodu choroby Pani Krystyna Sieniawska – przewodnicząca Krajowej Reprezentacji Samorządowych Kolegiów Odwoławczych, prezes Samorządowego Kolegium Odwoławczego w Krakowie.

Tematem dzisiejszego spotkania jest problem, który został ujawniony w jednej z naszych kontroli, prowadzonej przez delegaturę wrocławską na terenie miasta Wrocławia, ale niewątpliwie dotyczy całego kraju, mianowicie funkcjonowania spółek z udziałem samorządu gminnego. W trakcie naszej kontroli powstało wiele kontrowersji dotyczących oceny tej formy zaangażowania samorządu. Z pewnością jej rozstrzygnięcia mają znaczenie nie tylko jednostkowe, ale też systemowe, powszechne. W zależności od tego, jak tego typu sprawy oceniamy, tak później nasza pragmatyka orzecznicza wpływa na rozwój danego zjawiska w życiu społecznym. Prowadzimy przecież kilkadziesiąt kontroli, łącznie z kontrolami budżetowymi około 120 dużych kontroli planowych, i od czasu do czasu napotykamy problemy, które wymagają – naszym zdaniem – nie tylko podejścia *stricte* kontrolnego (w sensie i rozumieniu naszej procedury) przez ocenę kontrolowanych zjawisk, ale są też dobrym powodem do przeprowadzenia ogólnopolskiej dyskusji.

Zagadnienie dopuszczalnych form prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy jest jednym z najbardziej oczywistych problemów i – w naszym przekonaniu – takiej dyskusji wymaga. Jest to też kwestia tego, jak samorządy – które przecież prowadzą na rzecz obywateli pewną działalność gospodarczą – są postrzegane z punktu widzenia wolności gospodarczej w całym państwie, a także jaki jest zakres zaangażowania sfery publicznej w działalność gospodarczą. Istnieje też punkt widzenia czysto obywatelski – bo to przecież obywatele ponoszą pewne koszty funkcjonowania i aktywności gospodarczej samorządów,

a z drugiej strony są jej beneficjentami. Powstaje pytanie – czy to jest właściwy sposób realizowania funkcji samorządu na rzecz obywateli i ich obsługi.

Bardzo zachęcam Państwa do wysłuchania trzech referatów, a potem również do dyskusji. Mamy nadzieję, że dzisiejsze seminarium okaże się pomocne także w kształtowaniu orzecznictwa kontrolnego w przyszłości. Liczę, że będzie to czas spędzony z pożytkiem dla wszystkich.

Przystępując do porządku dzisiejszego spotkania, do wygłoszenia referatu jako pierwszego zaproszę Pana profesora Czesława Martysza. Wcześniej jednak proszę Pana wiceprezesa Jacka Kościelniaka, aby przedstawił interesujące nas zagadnienie z punktu widzenia kontroli przeprowadzonej przez delegaturę wrocławską, a zatem to, co w kontroli zostało stwierdzone, jak ocenione i z jakimi problemami spotkaliśmy się w czasie formułowania owej oceny.



### **Wiceprezes Najwyższej Izby Kontroli Jacek Kościelniak:**

Panie Prezesie, szanowni Państwo!

Chciałbym w skrócie zaprezentować wyniki kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska. Informacja jest dosyć obszerna, mocno naszpikowana detalami oraz przykładami. Zawiera też drobiazgową ocenę, która została dokonana przez naszych pracowników przy udziale ekspertów.

Kontrolę tę przeprowadziliśmy z własnej inicjatywy (była poprzedzona kontrolą doraźną w gminie Lubin), w okresie od 15 kwietnia do 12 grudnia 2009 r., w 17 jednostkach na terenie województwa dolnośląskiego, w tym w 5 urzędach gmin i w 11 należących do tych gmin spółkach komunalnych oraz w Dolnośląskim Urzędzie Wojewódzkim we Wrocławiu. Kolegium Najwyższej Izby Kontroli zajęło się tą problematyką 21 listopada 2009 r., gdyż postanowiliśmy wstępnie ją przedyskutować, zaowocowało to sformułowanymi przez nas ocenami. Opracowanie wyników kontroli zakończyliśmy we wrześniu 2010 r. Na wspomnianym posiedzeniu Kolegium NIK w ubiegłym roku zaprezentowaliśmy wyniki kontroli oraz przeprowadziliśmy dyskusję, z której jednoznacznie wynikało, że podejmujemy niezwykle trudny temat, a w ocenie wyników będziemy posilkować się opiniami ekspertów. To właśnie uczyniliśmy. Doprowadziliśmy kontrolę do końca, w pełni wyczerpaliliśmy procedury odwoławcze. Wyniki

kontroli zaprezentowaliśmy w mediach. Posłużyliśmy się opiniami naukowymi profesora Michała Kuleszy, który – jak powszechnie wiadomo – był jednym z autorów reformy administracyjnej kraju, doktora Adama Gołucha – pracownika naukowego Uniwersytetu Śląskiego, który jednocześnie przeprowadził recenzję naszej informacji, oraz profesora Marka Szydły. Opinie te cytowane są w informacji o wynikach kontroli.

Jeśli chodzi o oceny ogólne kontrolowanej działalności, muszę powiedzieć, że w pierwszej fazie wprowadziły nas one w absolutne zdumienie, choć były niezwykle wyważone i głęboko przemyślane. Również na posiedzeniach zespołów opiniujących w Najwyższej Izbie Kontroli przetoczyła się bardzo ważna merytoryczna dyskusja. W ramach oceny negatywnej objętych kontrolą spółek, biorąc pod uwagę prowadzenie przez nie działalności gospodarczej niezwiązanej *de facto* z realizacją zadań publicznych gmin oraz z naruszaniem ustawowych ograniczeń (mam tu na myśli ustawę o gospodarce komunalnej i ustawę o samorządzie gminnym), stwierdzamy również naruszenie prawa zamówień publicznych. Nadzór wojewody dolnośląskiego był nieskuteczny, co doprowadziło do tego, że nielegalnie zaangażowano środki publiczne w działalność spółek komunalnych, często przynoszącą straty. Skutkowało to również obniżeniem wartości mienia komunalnego.

Chciałbym przytoczyć kilka przykładów. Pierwszy – działalność hotelowo-restauracyjna spółek komunalnych. Spółka gminna powołuje spółkę córkę do prowadzenia hotelu. Spółka ta ponosi stratę w badanych przez nas trzech latach, w wysokości około 1,5 mln złotych, którą pokrywa się z funduszy gminnych. Rada gminy podejmuje uchwałę o pokryciu strat, po czym gmina wnosi dopłaty do kapitału swojej spółki córki, wykazywane w budżecie jako wydatki na rekreację. Następnie gmina przekazuje je w formie podniesienia kapitału; jest to kwota 6 mln 300 tys. złotych. Sformułowaliśmy tutaj ocenę negatywną w świetle kryterium legalności. Stwierdziliśmy przekroczenie dopuszczalnego zakresu prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę i postawiliśmy zarzut niegospodarności, polegający na prowadzeniu działalności gospodarczej ze stratą.

Kolejny przykład to zaangażowanie w klub sportowy. Gmina zaangażowała równowartość 14 mln złotych; środki w wysokości 13 mln 500 tys. złotych przekazano na finansowanie drużyny zawodowej. Otóż, gmina nie może dla realizacji zadań własnych ze sfery użyteczności publicznej w dziedzinie kultury fizycznej i turystyki oraz promocji – ustalonych przepisem art. 7 ust. 1 pkt 10 i 18 ustawy o samorządzie gminnym – przystępować do sportowej spółki akcyjnej, której podstawowym założeniem jest prowadzenie zawodowej drużyny piłkarskiej

w celach zarobkowych. W międzyczasie w Sejmie została dokonana zmiana ustawy o sporcie, wprowadzająca od 16 października tego roku zmianę w ustawie o gospodarce komunalnej, gdzie jako podmioty, w ramach których gmina może prowadzić działalność wykraczającą poza zadania użyteczności publicznej, wymieniono kluby sportowe działające w formie spółek kapitałowych.

Następny przykład – stwierdziliśmy nieefektywne ekonomicznie zastępstwo inwestorskie. Gmina tworzy spółkę, w której w akcie założycielskim zapisała wykonywanie – na zasadzie wyłączności – usług w zakresie zastępstwa inwestycyjnego w zadaniach związanych z budową dróg publicznych na terenie miasta. Koszty, jakie gmina poniosła z tego tytułu, to 3 mln złotych. Kwotę tę przekazano na kapitał założycielski. Dofinansowanie funkcjonowania tej spółki w trakcie jej działalności stanowiło kwotę 5 mln 500 tys. złotych. Środki te zostały przekazane na podwyższenie kapitału. Kolejna sprawa – pobierając za świadczone usługi wynagrodzenie odpowiadające średnim stawkom rynkowym, spółka poniosła stratę na działalności w wysokości 2 mln 700 tys. złotych za pierwsze 18 miesięcy funkcjonowania. W świetle tych ustaleń prowadzoną działalność oceniliśmy negatywnie.

Inny przykład to sfera deweloperska. Trzy spośród 5 skontrolowanych gmin posiadały udziały w kapitale zakładowym spółek, które oprócz realizacji zadań z zakresu budownictwa społecznego prowadziły działalność gospodarczą, polegającą na komercyjnej budowie lokali mieszkalnych w systemie deweloperskim. Stwierdziliśmy tutaj przekroczenie zakresu działalności gminy w sferze budownictwa mieszkaniowego, wynikającego z art. 4 ustawy z 21 czerwca 2001 r. o ochronie lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego. Nadmienię, że przepisy te ograniczają obowiązek gmin do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych tylko do osób o niskich dochodach, zamieszkujących na jej terytorium.

Dokonując głębokiej analizy całej sfery związanej z funkcjonowaniem spółek komunalnych na styku sfera publiczna – sfera prywatnej działalności, chcę zwrócić uwagę na różnego rodzaju ryzyka zagrażające, naszym zdaniem, zaangażowaniu gmin w działalność gospodarczą. Uważamy, że ich aktywność gospodarcza może przybierać formę nieadekwatną do celów tych podmiotów. Zaangażowanie się gmin w działalność inną niż realizacja przypisanych im zadań publicznych może stanowić naruszenie ładu konstytucyjnego. Jesteśmy także zdania, że antykonkurencyjne praktyki gmin wypierają prywatnych przedsiębiorców z rynku i zakłócają jego funkcjonowanie. Konkluzje te są zawarte

w „Informacji o wynikach kontroli”<sup>1</sup>, która jest dostępna nie tylko w formie wydrukowanej broszury, ale również w Biuletynie Informacji Publicznej. Przypominę, że omawianą kontrolą objęliśmy takie gminy, jak Wrocław, Jelenia Góra, Polkowice, Wałbrzych i Legnica. Na podstawie analizy materiałów kontrolnych uznaliśmy, że istnieją bardzo poważne nieprawidłowości w funkcjonowaniu gmin i uważamy, że może to być problem o charakterze fundamentalnym, ustrojowym, do rozwiązania którego upoważniony jest Wysoki Sejm RP. W naszej informacji zawarliśmy wnioski i zalecenia do realizacji przez skontrolowane jednostki.



---

<sup>1</sup> Wyciąg z „Informacji o wynikach kontroli” znajduje się w tym wydaniu „Kontroli Państwowej” na str. 105.



# REFERATY

---

**Czesław Martysz**

## **PRAWNE FORMY PROWADZENIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ PRZEZ GMINY**

Problematyka prowadzenia działalności gospodarczej była od dawna przedmiotem zainteresowania administracji państwowej, w tym także jednostek samorządu terytorialnego. Z biegiem lat zmieniał się tylko charakter, zakres oraz sposób jej prowadzenia. Już w okresie międzywojennym obowiązujące w Polsce unormowania prawne dopuszczały możliwość prowadzenia takiej działalności, przyznając radom gmin prawo „stanowienia o założeniu, przekształceniu i zwinieniu urzędzeń, zakładów i przedsiębiorstw gminnych oraz o wnoszeniu, przekształceniu i znoszeniu wszelkich budowli kosztem gminy”<sup>1</sup>. Działalność ta prowadzona była z pomocą własnych jednostek organizacyjnych, a więc utworzonych przez samorząd przedsiębiorstw i zakładów, ale także przez zlecenie takiej działalności przedsiębiorstwom i zakładom prywatnym. Organy samorządu miały także niewielkie uprawnienia kontrolne i koordynacyjne wobec niektórych niepublicznych podmiotów gospodarczych, co pozwalało im na prowadzenie własnej polityki gospodarczej na terenie gminy. Nie ulega jednak wątpliwości, że celem takiej działalności było przede wszystkim utrzymanie i rozbudowa urzędzeń komunalnych, kulturalnych i oświatowych w gminie. Zasadniczy ciężar prowadzenia gospodarki wielkoprzemysłowej, drobnotowarowej czy usługowej należał do prywatnych organizacji gospodarczych, choć działalność gospodarczą prowadziły także państwowe jednostki organizacyjne oraz powołane przez państwo spółki i przedsiębiorstwa.

---

<sup>1</sup> Zob. art. 43 ust. 1 lit. k ustawy z 23.03.1933 r. o częściowej zmianie ustroju samorządu terytorialnego (DzURP nr 35, poz. 294).

Po II wojnie światowej ingerencja państwa w sprawy gospodarcze znacznie się nasiliła. Zmiany te objęły także administrację terenową, a w szczególności rady narodowe, które z biegiem lat nie tylko zyskały uprawnienia do samodzielnego prowadzenia przedsiębiorstw terenowych, ale także do współdziałania z przedsiębiorstwami i zakładami niepodporządkowanymi radom narodowym w dziedzinie na przykład budownictwa mieszkaniowego, inwestycji komunalnych i socjalnych. Rady miały także ogólne uprawnienia kontrolne w zakresie zatrudnienia, gospodarowania wodą, energią elektryczną i gazem, a także szerokie uprawnienia do koordynacji działalności spółdzielni, organizacji rzemieślniczych i przedsiębiorstw państwowych z działalnością własnych przedsiębiorstw<sup>2</sup>. Pod koniec lat osiemdziesiątych ubiegłego wieku mogły także współpracować z innymi podmiotami, zawierać z nimi umowy zlecenia lub umowy o wykonanie określonych zadań, wносить udziały do spółek i spółdzielni<sup>3</sup>. Ten szeroki zakres działania odzwierciedlała także struktura terenowych urzędów, w których znaczące pozycje zajmowały wydziały planowania, rolnictwa, leśnictwa i skupu, handlu i usług, gospodarki terenowej czy gospodarki komunalnej i lokalowej<sup>4</sup>.

Ustawa z 8 marca 1990 r. o samorządzie terytorialnym<sup>5</sup> w pierwotnym brzmieniu nie zawierała szczegółowych unormowań dotyczących możliwości prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej. Nawiązywała w ten sposób do rozwiązań przedwojennych, a zasadnicze znaczenie miała w tym względzie regulacja zawarta w art. 6 ust. 1 i art. 7 ust. 1, które wśród licznych zadań przyznanych gminom dopuszczały także możliwość prowadzenia przez nie działalności gospodarczej. W tym celu gminy mogły tworzyć jednostki organizacyjne, w tym przedsiębiorstwa, i zawierać umowy z innymi podmiotami. Z drugiej jednak strony pojawiła się wątpliwość, czy może być to także działalność wykraczająca poza sferę użyteczności publicznej, a więc działalność komercyjna. Niejasności te wiązały się z wykładnią art. 9 ust. 2 ustawy, wedle którego gmina oraz inna komunalna osoba prawna mogła prowadzić działalność gospodarczą wykraczającą poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, jeżeli wymagały tego potrzeby społeczne. Ta ostatnia przesłanka była zresztą interpretowana bardzo

---

<sup>2</sup> J. Lang: *Organizacja gospodarki terenowej*, [w:] *Terenowe organy administracji i rady narodowe po reformie*, red. J. Służewski, Warszawa 1977, s. 389.

<sup>3</sup> Zob. art. 52-63 ustawy z 20.07.1983 r. o systemie rad narodowych i samorządu terytorialnego (DzU z 1988 r., nr 36, poz. 183, ze zm.).

<sup>4</sup> Zob. załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z 30.05.1975 r. w sprawie zasad organizacji urzędów organów administracji państwowej (DzU nr 17, poz. 93).

<sup>5</sup> DzU nr 16, poz. 95. Obecnie ustawa o samorządzie gminnym (DzU z 2001 r., nr 142, poz. 1591, ze zm.).

szeroko<sup>6</sup>, co pozwalało gminom od samego początku bardzo mocno zaangażować się w działalność gospodarczą wykraczającą poza sferę użyteczności publicznej, przez prowadzenie na przykład stacji benzynowych, drukarni czy parkingów. Należy też podkreślić, że samo pojęcie „użyteczności publicznej” było już wtedy zdefiniowane w art. 8 ustawy z 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwie państwowym<sup>7</sup>, jako bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności, szczególnie w zakresie wymienionym w tym przepisie, a więc w dziedzinie inżynierii sanitarnej, komunikacji miejskiej, zaopatrzenia ludności w energię elektryczną, gazową i ciepłą, zarządu zasobami lokalowymi, państwowymi terenami zielonymi, uzdrowiskami, w zakresie usług pogrzebowych i utrzymania urządzeń cmentarnych, a także usług kulturalnych.

Zaangażowanie się gmin w sferę działalności komercyjnej, wykraczającej poza obszar użyteczności publicznej, spowodowało w 1992 r. zmianę treści art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym<sup>8</sup>, wedle którego gmina oraz inna komunalna osoba prawna nie mogła już prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Przepis ten nie był jednak skutecznie egzekwowany, mimo że ustawa nakazała gminom i innym komunalnym osobom prawnym dostosowanie działalności gospodarczej do nowych wymagań. Spowodowało to kolejną nowelizację omawianego przepisu w 1996 r., dopuszczającą tym razem możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę w zakresie wykraczającym poza zadania o charakterze użyteczności publicznej, ale wyłącznie w wypadkach określonych w wydanej w 1996 r. ustawie o gospodarce komunalnej<sup>9</sup>. Ustawa ta określiła też formy prowadzenia gospodarki w sferze użyteczności publicznej (art. 2), redefiniowała również samo pojęcie zadań z tego zakresu, jako bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2). Podobną definicję wprowadzono także do art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym. Z drobnymi korektami ten stan prawny obowiązuje do dzisiaj. Pomimo doskonalenia przepisów, w praktyce można jednak spotkać wypadki prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy w sposób wykraczający poza granice ustawowe. Potwierdzają to także wyniki kontroli NIK.

Na przestrzeni lat zmianie ulegał także zakres znaczeniowy samego pojęcia działalności gospodarczej gminy. Już w 1991 r. zaprezentowany został pogląd,

---

<sup>6</sup> 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.

<sup>7</sup> DzU nr 24, poz. 122. Obecnie przepis ten zawarty jest w art. 6 tej ustawy.

<sup>8</sup> Ustawa z 6.11.1992 r. o zmianie ustawy o samorządzie terytorialnym (DzU nr 100, poz. 499).

<sup>9</sup> Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (DzU z 1997 r., nr 9, poz. 43, ze zm.).

że jest to każda jej aktywność niebędąca działalnością władczą, której celem i efektem jest materialna realizacja zadań publicznych, a więc wytwarzanie dóbr, świadczenie usług albo zdobywanie na ten cel pieniędzy<sup>10</sup>. Pogląd ten wyraźnie wskazywał na ścisły związek tej działalności z wykonywaniem zadań publicznych gminy. Wraz z uchwaleniem ustawy o działalności komunalnej, pojęcie to zostało zawężone do pojęcia gospodarki komunalnej i zostało zawarte w art. 1 ustawy. Wedle tego przepisu, gospodarka komunalna to aktywność gminy polegająca na wykonywaniu jej zadań własnych w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb ludności; obejmuje zwłaszcza zadania o charakterze użyteczności publicznej. Jak się podkreśla w literaturze, definicja ta trafnie łączy elementy podmiotowe i przedmiotowe, a jednocześnie wyraźnie wskazuje, że zadania służące użyteczności publicznej stanowią tylko pewną część gospodarki komunalnej. Z tego powodu nie należy utożsamiać pojęcia gospodarki komunalnej z wykonywaniem przez gminę jedynie zadań o charakterze użyteczności publicznej<sup>11</sup>.

Zgodnie z art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, gminy mogą prowadzić gospodarkę komunalną w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Przepis ten nie stanowi wprawdzie samoistnej podstawy prawnej do tworzenia określonych struktur (jednostek) organizacyjnych, niemniej wskazuje przykładowo, w jakiej formie prawnej taka działalność może być prowadzona. Dopiero analiza innych przepisów tej ustawy (art. 6-23), art. 9 ustawy o samorządzie gminnym, a także przepisów ustaw szczególnych pozwala na stwierdzenie, że te ostatnie unormowania stanowią w istocie formalną podstawę wyboru określonej formy prowadzenia omawianej działalności. Trzeba tu wymienić choćby ustawę z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych<sup>12</sup>, ustawę z 15 września 2000 r. – Kodeks spółek handlowych<sup>13</sup>, ustawę z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach<sup>14</sup>, ustawę z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach<sup>15</sup> czy ustawę z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze<sup>16</sup>. Należy przy tym podkreślić, że sam wybór konkretnej formy i sposobu prowadzenia gospodarki należy w tym wypadku do rady gminy, która może upoważnić do dokonania tej czynności organ wykonawczy gminy, a więc wójta, burmistrza lub prezydenta miasta (art. 4 ustawy o gospodarce komunalnej).

<sup>10</sup> Por. T. Skoczny: *Dopuszczalność działalności gospodarczej gmin*, „Samorząd Terytorialny” nr 3/1991, s. 3.

<sup>11</sup> M. Szydło: *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, LEX.

<sup>12</sup> DzU nr 157, poz. 1240, ze zm.

<sup>13</sup> DzU nr 94, poz. 1037, ze zm.

<sup>14</sup> DzU z 2001 r., nr 79, poz. 855, ze zm.

<sup>15</sup> DzU z 1991 r., nr 46, poz. 203, ze zm.

<sup>16</sup> DzU z 2003 r., nr 188, poz. 1848, ze zm.

Rada gminy, podejmując rozstrzygnięcie w tej sprawie, nie ma jednak całkowitej swobody, bowiem wybór formy i sposobu prowadzenia działalności musi być zgodny z obowiązującymi przepisami prawa, zawartymi zarówno w ustawie o działalności komunalnej, w samorządowych ustawach ustrojowych czy ustawach szczególnych. Przykładowo można wskazać art. 7 ustawy o działalności komunalnej, zgodnie z którym działalności wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej gmina nie może prowadzić w formie samorządowego zakładu budżetowego. Podobne ograniczenie wprowadza art. 9 ust. 1 tej ustawy, zabraniający prowadzenia gminom działalności komunalnej w formie spółek innych niż spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółek akcyjnych. Nowelizacja tego przepisu w 2009 r. (przez dodanie ust. 2) dopuściła jednak możliwość tworzenia przez gminy spółek komandytowych lub komandytowo-akcyjnych, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>17</sup>. Inne ograniczenie zawiera art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej, który poza sferą użyteczności publicznej dopuszcza wprawdzie możliwość tworzenia przez gminy spółek prawa handlowego, jak i przystępowania do nich, ale z zastrzeżeniem łącznego spełnienia wymienionych w tym przepisie warunków.

Zgodnie z art. 3 ustawy o działalności komunalnej, gminy mogą także w drodze umowy powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów wymienionej wyżej ustawy z 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, przepisów ustawy z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym<sup>18</sup>, ustawy z 9 stycznia 2003 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi<sup>19</sup>, ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>20</sup>, ustawy z 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie<sup>21</sup> albo na zasadach ogólnych określonych w Kodeksie cywilnym. Wymienione przepisy będą dotyczyły w szczególności trybu wyłonienia kontrahenta, koncesjonariusza lub odbiorcy dotacji. Niezależnie od tego, ustawa o działalności komunalnej wymaga, aby podmioty, którym gmina zamierza powierzyć określone zadania publiczne miały także odpowiednie zezwolenia (decyzje, koncesje itp.), o ile ich posiadanie wynika z przepisów szczególnych. Przykładem takiej działalności jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości lub opróżnianie zbiorników bezodpływowych

<sup>17</sup> DzU z 2009 r., nr 19, poz. 100, ze zm.

<sup>18</sup> DzU z 2009 r., nr 19, poz. 100.

<sup>19</sup> DzU nr 19, poz. 101, ze zm.

<sup>20</sup> DzU z 2007 r., nr 223, poz. 1655, ze zm.

<sup>21</sup> DzU z 2003 r., nr 96, poz. 873, ze zm.

i transport nieczystości ciekłych, wykonywane na podstawie art. 7 ust. 1 ustawy z 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>22</sup>. Podobnego zezwolenia wymaga także prowadzenie niektórych przewozów, stosownie do art. 18 ustawy z 6 września 2001 r. o transporcie drogowym<sup>23</sup>. Swoboda zawierania umów przez gminę jest zatem w takich wypadkach poważnie ograniczona. Należy także zaznaczyć, że umowne powierzenie realizowania określonych zadań publicznych przez gminę nie zwalnia jej z odpowiedzialności za prawidłowe wykonywanie tych zadań przez podmiot, któremu zostały powierzone. Są to nadal zadania własne gminy.

Jak już wspomniałem, gminy mogą prowadzić gospodarkę komunalną w formach przewidzianych w ustawie o finansach publicznych. Mogą nimi być komunalne jednostki budżetowe oraz samorządowe zakłady budżetowe. Zgodnie z art. 11 ustawy o finansach publicznych, jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych niemające osobowości prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a uzyskane dochody odprowadzają na rachunek dochodów budżetu gminy. Tworzenie, łączenie lub likwidacja tych jednostek należy do właściwości rady gminy. Tworząc taką jednostkę, rada gminy powinna określić jej nazwę, siedzibę, organy, przedmiot działalności oraz zasady nadzoru, a także wskazać mienie, które będzie jej oddane w zarząd. Szczegółowe unormowanie tych zagadnień powinien zawierać statut uchwalony przez radę gminy, jako zasadniczy akt niezbędny do formalnego działania. Podstawą gospodarki finansowej jednostki budżetowej jest plan dochodów i wydatków.

W razie likwidacji jednostki budżetowej, rada gminy określa przeznaczenie mienia znajdującego się w jej zarządzie. Z kolei należności i zobowiązania likwidowanej jednostki przejmuje urząd gminy (art. 12 ust. 4 pkt ustawy o finansach publicznych). Wydaje się, że w tym wypadku chodzi nie o urząd, ale o gminę jako osobę prawną, bowiem urząd to zespół środków materialnych i osobowych służących pomocą w wykonywaniu zadań i kompetencji przyznanych organom gminy<sup>24</sup>. Należy zaznaczyć, że rada gminy, podejmując uchwałę o likwidacji jednostki, może postanowić o utworzeniu jednostki o innej formie organizacyjno-prawnej. Wówczas rada gminy może też zdecydować o przejęciu należności i zobowiązań likwidowanej jednostki budżetowej przez nowo utworzoną jednostkę.

Analiza funkcjonowania komunalnych jednostek budżetowych wskazuje, że nie odgrywają one w praktyce istotnej roli. W niewielkim stopniu wykonują

<sup>22</sup> DzU z 2005 r., nr 236, poz. 2008, ze zm.

<sup>23</sup> DzU z 2007 r., nr 125, poz. 874, ze zm.

<sup>24</sup> *Pojęcie urzędu w prawie i postępowaniu administracyjnym*, [w:] *Studia z wykładni prawa*, red. Cz. Martysz i Z. Tobor, Katowice 2008, s. 30-44.

komunalną działalność gospodarczą i raczej ograniczają się do administrowania mieniem komunalnym oraz koordynowania i kontrolowania wykonywania zadań na rzecz gminy przez inne podmioty<sup>25</sup>. Jednostkami tymi są zakłady gospodarki komunalnej, szkoły, urzędy, niektóre instytucje kultury funkcjonujące w sferze użyteczności publicznej. W literaturze podnosi się, że jednostki budżetowe jako forma gospodarki komunalnej mają charakter przejściowy na drodze poszukiwania docelowej organizacyjno-prawnej formy prowadzenia omawianej tu działalności gmin<sup>26</sup>.

Znacznie szerzej w działalności komunalnej stosowana jest forma samorządowego zakładu budżetowego. Dotyczy to zwłaszcza działalności, której nie można racjonalnie wykonywać w formach na przykład spółki prawa handlowego, z uwagi na konieczność osiągania przez nią zysku, co z kolei mogłoby prowadzić do znacznego wzrostu cen na określone usługi. W skrajnych wypadkach niektóre potrzeby nie byłyby zaspokajane, co byłoby naruszeniem konstytucyjnej funkcji gminy jako jednostki samorządu terytorialnego, której podstawowym celem jest przecież zaspokajanie zbiorowych potrzeb publicznych. Zgodnie zatem z art. 6 ustawy o gospodarce komunalnej, rady gminy mogą tworzyć, łączyć, likwidować oraz przekształcać w inną formę organizacyjno-prawną zakłady budżetowe, zgodnie z przepisami ustawy o finansach publicznych. Jednocześnie art. 7 wprowadza zastrzeżenie, że gminy mogą wykonywać działalność gospodarczą z wykorzystaniem tej formy wyłącznie w sferze użyteczności publicznej, bowiem działalność wykraczająca poza zadania z tej sfery nie może być prowadzona w formie samorządowego zakładu budżetowego.

Regulacja prawna odnosząca się do zakładu budżetowego zawarta w poprzedniej, jak i w nowej ustawie o finansach publicznych, jest znacznie szersza. Przede wszystkim nowa ustawa w art. 15 definiuje pojęcie samorządowego zakładu budżetowego jako podmiotu, który odpłatnie wykonuje zadania, pokrywając koszty swojej działalności z przychodów własnych. Jednocześnie przepisy dopuszczają przyznanie zakładowi budżetowemu dotacji przedmiotowych i celowych, a także dotacji podmiotowych na zasadach określonych w odrębnych przepisach. Dotacje te w niektórych wypadkach nie mogą jednak przekroczyć 50% kosztów jego działalności. Podstawą gospodarki finansowej samorządowego zakładu budżetowego jest roczny plan finansowy obejmujący przychody, w tym dotacje z budżetu gminy, koszty i inne obciążenia, stan środków obrotowych, stan należności i zobowiązań na początek i koniec okresu oraz rozliczenia z budżetem jednostki samorządu terytorialnego. Nowo tworzonemu samorządowemu

<sup>25</sup> M. Bałdyga: *Gospodarka komunalna – aspekty prawne*, Ostrołęka 2004, s. 55.

<sup>26</sup> K. Byjoch, S. Redel: *Prawo gospodarki komunalnej*, Warszawa 2000, s. 107.



zakładowi budżetowemu może być przyznana jednorazowa dotacja z budżetu gminy na pierwsze wyposażenie w środki obrotowe. Tworząc samorządowy zakład budżetowy, rada gminy określa nazwę i siedzibę zakładu, przedmiot jego działalności, źródła przychodów własnych, stan wyposażenia w środki obrotowe oraz składniki majątkowe przekazane zakładowi w użytkowanie, a także określa terminy i sposób ustalania zaliczkowych wpłat nadwyżki środków obrotowych dokonywanych przez zakład do budżetu gminy, jak również sposób i terminy rocznych rozliczeń oraz dokonywania wpłat do budżetu (art. 16 ustawy).

Ustawa o finansach publicznych w art. 14 zawiera także szczegółowy, zamknięty wykaz zadań własnych gminy, które mogą być wykonywane w formie samorządowego zakładu budżetowego. Są to zadania z zakresu: gospodarki mieszkaniowej i gospodarowania lokalami użytkowymi, dróg, ulic, mostów, placów oraz organizacji ruchu drogowego, 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, lokalnego transportu zbiorowego, targowisk i hal targowych, zieleni gminnej i zadrzewień, kultury fizycznej i sportu, w tym utrzymywania terenów rekreacyjnych i urządzeń sportowych, utrzymywania różnych gatunków egzotycznych i krajowych zwierząt, w tym prowadzenia hodowli zwierząt zagrożonych wyginięciem, w celu ich ochrony poza miejscem naturalnego występowania oraz zadania dotyczące utrzymywania cmentarzy. Jednocześnie, na podstawie art. 87 ust. 1 pkt 2 ustawy z 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych<sup>27</sup>, do 31 grudnia 2010 r. ulegają likwidacji dotychczasowe zakłady budżetowe, które prowadziły działalność w zakresie wykraczającym poza ramy określone w art. 14 ustawy o finansach publicznych. Ponadto, na podstawie art. 22 ustawy o działalności komunalnej, rada gminy może, podejmując uchwałę, zdecydować o likwidacji samorządowego zakładu budżetowego w celu zawiązania spółki akcyjnej albo spółki z ograniczoną odpowiedzialnością przez wniesienie na pokrycie kapitału spółki wkładu w postaci mienia samorządowego zakładu budżetowego pozostałego po jego likwidacji. Mienie to może być także wniesione do zawiązanej przez gminę spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których będzie mowa dalej.

Od 21 grudnia 2010 r. ulegają także likwidacji gospodarstwa pomocnicze. Z uzasadnienia projektu ustawy o finansach publicznych z 2009 r. wynika<sup>28</sup>, że

<sup>27</sup> DzU nr 157, poz. 1241, ze zm.

<sup>28</sup> Druk sejmowy nr 1181 z 20.10.2008 r.



jej przyczyną była niska efektywność wykorzystywanych przez nie pieniędzy publicznych. Zdaniem autorów uzasadnienia, działalność w tej dziedzinie może być zastąpiona przez podmioty prywatne, co dodatkowo przyczyni się do wzrostu konkurencji. Gospodarstwami pomocniczymi były na przykład stołówki, punkty wykonywania kserokopii, zakłady fotograficzne.

Gminy mogą także prowadzić gospodarkę komunalną w formie spółek prawa handlowego. Unormowanie to zawarte jest w art. 2 ustawy o działalności komunalnej, wedle którego gospodarka komunalna może być prowadzona przez gminy w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego. Swoistą konkretyzację tego przepisu zawiera natomiast art. 9 ust. 1 ustawy stanowiący, że gminy mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także przystępować do takich spółek. Porównanie treści tych przepisów sugeruje, jakoby działalność komunalna mogła być prowadzona wyłącznie w formie tych dwóch typów spółek kapitałowych. Dopiero zestawienie treści wymienionych przepisów z art. 9 ust. 2 oraz art. 10 pozwala na stwierdzenie, że gminy mogą tworzyć także spółki osobowe prawa handlowego, takie jak spółka jawna, komandytowa czy komandytowo-akcyjna. Te dwie ostatnie, obok spółek kapitałowych, to w gruncie rzeczy jedyna dopuszczalna forma współpracy gmin z podmiotami prywatnymi, o czym przesądza art. 14 ust. 1 cytowanej wyżej ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym. Można zatem powiedzieć, że jedynie w sferze użyteczności publicznej przepisy ograniczają możliwość prowadzenia działalności komunalnej w innych formach niż spółki prawa handlowego o charakterze kapitałowym. W pozostałym zakresie obszar tej swobody jest znacznie większy, choć aby utworzyć taką spółkę, trzeba spełnić szereg ściśle określonych wymagań. Wynikają one przede wszystkim z tego, że gminy w zasadzie nie powinny prowadzić działalności komercyjnej, mają natomiast obowiązek stwarzać warunki do jej prowadzenia przez inne podmioty, z zachowaniem warunków konkurencji. Dopuszczając zatem do wyjątku od tej reguły, ustawodawca w art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej wprowadził przesłanki odnoszące się do możliwości tworzenia przez gminy spółek prawa handlowego, jak i przystępowania gmin do spółek już istniejących.

Pierwsze dwie przesłanki zawiera art. 10 ust. 1 ustawy. Zgodnie z tym przepisem, poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym; 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 zwłaszcza do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia. Spełnienie łączne obu przesłanek nie jest chyba zbyt trudne, przede wszystkim z uwagi na istniejące w Polsce bezrobocie. Z drugiej jednak strony, w literaturze podniesiono tezę, że tworzenie spółek w celu prowadzenia działalności gospodarczej zmierzającej do ograniczenia bezrobocia jest w istocie rzeczą działalnością mieszczącą się w sferze użyteczności publicznej<sup>29</sup>. Stosowanie zatem tego kryterium w ocenie działalności gospodarczej gminy w praktyce może nastęrczać wiele trudności.

Inną przesłankę dopuszczającą możliwość prowadzenia działalności gospodarczej gmin w sferze komercyjnej zawiera art. 10 ust. 2 omawianej ustawy. Według tego przepisu, 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. Taki sposób rozporządzania mieniem komunalnym, oparty na dość nieostrych kryteriach, może także budzić wątpliwości, czy jest celowy i gospodarny, choć zapewne może przyczynić się do racjonalnego gospodarowania tym mieniem.

Ostatnia przesłanka, umożliwiająca prowadzenie komercyjnej działalności gospodarczej, określona została w art. 10 ust. 3 ustawy. Przepis ten znosi zawarte w art. 10 ust. 1 i 2 ograniczenia dla gmin w zakresie posiadania przez nie akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy. Trudności może tylko sprawiać sprawdzenie, co w istocie oznacza działalność edukacyjną, promocyjną czy doradcza. Przepis ten może stwarzać pokusę wychodzenia poza tak sformułowane ramy normatywne, zwłaszcza w dziedzinie działalności ubezpieczeniowej, związanej przecież niekiedy z dużym ryzykiem. Wątpliwości może także budzić część przepisu mówiąca o spółkach ważnych dla rozwoju gminy, istnieje bowiem wiele możliwości rozszerzającego interpretowania, czego – jak się słusznie podkreśla – zaakceptować nie wolno<sup>30</sup>.

Trzeba zwrócić uwagę, że dopuszczając możliwość prowadzenia działalności gospodarczej przez gminę w formie spółek prawa handlowego, ustawodawca wprowadził także szereg innych ograniczeń, stanowiących *lex specialis* w stosunku do regulacji zawartej w Kodeksie spółek handlowych. Dotyczą one między innymi zasad funkcjonowania rady nadzorczej, długości kadencji członków oraz ich kompetencji (konieczność zdania egzaminu), zasad zbywania akcji

<sup>29</sup> C. Banasiński, M. Kulesza: *Komentarz do ustawy o działalności komunalnej*, Warszawa 2002, s. 92.

<sup>30</sup> Tamże, s. 93. Podobnie M. Szydło: *Ustawa o gospodarce komunalnej*, op. cit.

i udziałów w spółkach, powoływania i odwoływania członków zarządu, roli organów wykonawczych gmin w tych spółkach czy zasad wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji (art. 10a, 10b, 12 i 13 ustawy).

Zaakcentowania wymaga również to, że od 1 lipca 1997 r. z mocy prawa miały zostać przekształcone w jednoosobowe spółki gminy wszystkie przedsiębiorstwa komunalne, w stosunku do których rada gminy do 30 czerwca 1997 r. nie postanowiła o wyborze organizacyjno-prawnej formy ich prowadzenia lub o ich prywatyzacji. Regulacja ta była konieczna, bowiem pomimo istnienia takiego obowiązku, wynikającego z ustawy z 10 maja 1990 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o samorządzie terytorialnym i ustawę o pracownikach samorządowych<sup>31</sup>, trzykrotnie zresztą zmienianego, przedsiębiorstwa takie nadal istniały w dniu wejścia w życie ustawy o gospodarce komunalnej.

Przedstawione wyżej prawne formy działalności gospodarczej gmin nie zamykają możliwości jej prowadzenia na innych podstawach prawnych i w innych formach organizacyjnych. Szczególne znaczenie mają w tym względzie przepisy dotyczące związków komunalnych, zawarte w art. 64-73a ustawy o samorządzie gminnym. Związki takie mogą być tworzone przez gminy w celu wspólnego wykonywania przydanych im zadań publicznych, a więc także w celu prowadzenia działalności gospodarczej<sup>32</sup>. Związek posiada osobowość prawną, własne organy (stanowiący i wykonawczy), natomiast prawa i obowiązki gmin uczestniczących w związku międzygminnym, związane z wykonywaniem przekazanych mu zadań, przechodzą na związek z dniem ogłoszenia jego statutu. W przypadku prowadzenia gospodarki komunalnej przez związek, odpowiednie zastosowanie mają przepisy ustawy o gospodarce komunalnej, o czym przesądza art. 5 tej ustawy.

Uproszczoną formą prowadzenia działalności komunalnej jest natomiast porozumienie komunalne, zbliżone swym charakterem prawnym do umowy administracyjnej<sup>33</sup>. Podstawą prawną zawierania porozumień jest art. 74 ustawy o samorządzie gminnym, stanowiący, że gminy mogą zawierać porozumienia międzygminne w sprawie powierzenia jednej z nich określonych przez nie zadań publicznych. Gmina wykonująca zadania publiczne objęte porozumieniem przejmuje prawa i obowiązki pozostałych gmin, związane z powierzonymi jej zadaniami, a pozostałe gminy są zobowiązane partycypować w kosztach realizacji powierzonego zadania. W przeciwieństwie do związku komunalnego,

<sup>31</sup> DzU nr 32, poz. 191, ze zm.

<sup>32</sup> L. Kieres: *Ustrój i zadania celowych związków gmin*, „Samorząd Terytorialny” nr 3/1994, s. 9.

<sup>33</sup> P. Brzezicka: *Porozumienie administracyjne – problemy węzłowe*, „Państwo i Prawo” z. 6/2000, s. 43-50.

w wyniku zawarcia porozumienia nie tworzy się nowej osoby prawnej. Jak się podkreśla w literaturze, prowadzenie w tej formie działalności gospodarczej może okazać się przydatne szczególnie w sytuacji, gdy dana gmina będzie miała odpowiednie zaplecze techniczne lub doświadczenie w danej dziedzinie, a dla innych gmin bardziej opłacalne będzie powierzenie jej wykonania określonego zadania niż prowadzenie działalności gospodarczej na własny rachunek<sup>34</sup>. Podobnie jak w odniesieniu do związków komunalnych, także do porozumień mają odpowiednie zastosowanie przepisy ustawy o gospodarce komunalnej.

Działalność gospodarczą mogą również prowadzić stowarzyszenia gmin. Możliwość zrzeszania się w takie organizacje gwarantuje gminom art. 172 Konstytucji oraz art. 84-84a ustawy o samorządzie gminnym. Do stowarzyszeń stosuje się odpowiednio przepisy cytowanej wyżej ustawy z 7 kwietnia 1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach. Przepisy te dopuszczają możliwość prowadzenia przez stowarzyszenia działalności gospodarczej, z tym że uzyskany dochód powinien być przeznaczony na realizację celów statutowych. Ta forma działalności gospodarczej ma zatem znikome znaczenie, choć na przykład § 1 ust. 2 Statutu Związku Miast Polskich czy § 6 pkt 9 Statutu Stowarzyszenia Gmin Górniczych dopuszczają taką możliwość.

Marginalne znaczenie w tym zakresie mają także przepisy wskazanej wyżej ustawy z 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach. Fundacja może być ustanowiona dla realizacji zgodnych z podstawowymi interesami Rzeczypospolitej Polskiej celów społecznie lub gospodarczo użytecznych, szczególnie takich, jak: ochrona zdrowia, rozwój gospodarki i nauki, oświata i wychowanie, kultura i sztuka, opieka i pomoc społeczna, ochrona środowiska oraz opieka nad zabytkami (art. 1 ustawy). Fundację mogą utworzyć osoby zarówno fizyczne, jak i prawne, w tym jednostki samorządu terytorialnego<sup>35</sup>. Możliwość prowadzenia działalności gospodarczej potwierdza art. 5 ust. 5 ustawy, warunkiem jest tylko to, że wartość środków majątkowych fundacji przeznaczonych na tę działalność nie może być mniejsza niż 1000 złotych.

Prowadzenie gospodarki komunalnej przez gminy umożliwiają również przepisy ustawy z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze, zwłaszcza w takich dziedzinach, jak zagospodarowanie terenów rolniczych czy rozwiązywanie problemów mieszkaniowych<sup>36</sup>. Podobnie jak przykłady wskazane wyżej, ta forma prawna nie cieszy się zainteresowaniem gmin.

<sup>34</sup> K. Byjoch, S. Redel: *Prawo gospodarki komunalnej*, op. cit., s. 150.

<sup>35</sup> A. Kidyba, H. Cioch: *Ustawa o fundacjach. Komentarz*, LEX, 2007.

<sup>36</sup> P. Zabornia: *Granice działalności podmiotów komunalnych*, Przemyśl 2004, s. 162.

Przedstawione wyżej uwagi na temat prawnych form prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy nie wyczerpują istoty omawianego zagadnienia. Niewątpliwie na problematykę tę mają znaczny wpływ także procesy prywatyzacji zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego. Niektóre z nich były wymuszane przez ustawodawcę, jak choćby obowiązek przekształcania przedsiębiorstw komunalnych w jednoosobowe spółki gminy. Inne formy mają charakter fakultatywny, jak na przykład wymienione w art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej, pozwalające gminom na powierzanie wykonywania zadań z tego zakresu osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej – w drodze umowy cywilnoprawnej z uwzględnieniem wymienionych w tym artykule przepisów szczególnych. Unormowania te stawiają organy gmin przed koniecznością rzetelnej oceny istniejących i przyszłych potrzeb publicznych oraz wyboru optymalnej prawnej formy działań gospodarczych.

*dr hab. Czesław Martysz*  
*prof. nadzw. Uniwersytetu Śląskiego*  
*Wydział Prawa i Administracji,*  
*członek Kolegium NIK*



**Marek Szydło**

## **KONSTITUCYJNOPRAWNA DOPUSZCZALNOŚĆ DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ JEDNOSTEK SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO A PRZEPISY PRAWA SAMORZĄDOWEGO**

### 1.

Dopuszczalny prawnie zakres działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego (dalej: JST) jest głównie zdeterminowany statusem prawnym wyznaczonym wspomnianym jednostkom przez przepisy Konstytucji RP. Odrzucając model samorządu terytorialnego jako struktury autonomicznej i równorzędnej względem państwa oraz przyjmując model samorządu jako zdecentralizowanej administracji państwowej, prawodawca konstytucyjny ukształtował samorząd terytorialny jako strukturę będącą częścią państwa (częścią władzy publicznej w państwie), mającą realizować wyznaczone przez ustawodawcę zadania publiczne. Zagwarantowana konstytucyjnie samorządowi samodzielność w wykonywaniu zadań oraz jego zdecentralizowana struktura organizacyjna nie zmieniają w niczym faktu, że wciąż jest to podmiot stanowiący część jednej, pojmowanej w tym wypadku funkcjonalnie, władzy publicznej, zobligowany do działania zgodnie z zasadami wiążącymi wszystkie władze publiczne w państwie. Rozumiana funkcjonalnie władza publiczna (w znaczeniu, w jakim tym terminem posługuje się Konstytucja) ma w państwie polskim jedno, niepodzielne źródło, którym jest wola narodu, wyrażana bądź bezpośrednio, bądź przez jego przedstawicieli zasiadających w parlamencie (art. 4 Konstytucji). Właśnie z niego czerpią wszystkie organy oraz struktury organizacyjne, przez które (i w ramach których) wykonywana jest władza publiczna w państwie, zgodnie z zuniformizowanymi dla wszystkich organów i struktur władzy zasadami. Jednostki samorządu terytorialnego są tylko elementem tych szerszej pojmowanych struktur władzy;

zostały stworzone w ten sam sposób, jak wszystkie inne struktury (organy), a więc w drodze aktu prawnego zarówno konstytucyjnego, jak i zwykłego. Tak samo jak wszystkie inne organy władzy publicznej, muszą działać na podstawie i w granicach prawa (art. 7 Konstytucji), czyniąc powszechnie obowiązujące przepisy prawa jedyną determinantą wszelkich podejmowanych przez siebie działań.

Powyższe uwagi dowodzą, 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”. Powyższe potwierdza konkluzję, że to nie samorząd ustala dla siebie zadania, jakie ma realizować, lecz musi się w tym względzie podporządkować rozstrzygnięciom podjętym przez ustawodawcę zwykłego, nie mogąc ich w sposób dowolny zanegować bądź odrzucić.

## 2.

Konstytucja przesądza wyraźnie, na czym mają polegać realizowane przez samorząd terytorialny i wyznaczane mu przez ustawodawcę zwykłe zadania. Przede wszystkim są to zadania publiczne (art. 16 ust. 2, art. 163, art. 166 ust. 1 i 2 Konstytucji), co implikuje – ogólnie rzecz biorąc – że obligują one do działania w interesie lub w celu publicznym i których realizacja służy tym samym dobru ogółu<sup>1</sup>. „Zadaniami publicznymi” są zatem jedynie takie zadania, które w sensie formalnym ustawodawca powierza do wykonywania państwu lub samorządowi i które równocześnie zawierają w sensie materialnym obowiązek urzeczywistniania celów lub wartości mających charakter publiczny<sup>2</sup>. Równocześnie trzeba przyjąć, że podstawowym celem (interese) publicznym, do którego urzeczywistniania samorządy powinny być obligowane spoczywającymi na nich „zadaniami publicznymi”, jest – co bezsprzecznie wynika z art. 166 Konstytucji – zaspokajanie potrzeb społeczeństwa (społeczności), a konkretnie potrzeb artykułowanych przez społeczeństwo jako całość, przez różne grupy społeczne

<sup>1</sup> Por. D. Ehlers: *Verwaltung und Verwaltungsrecht im demokratischen und sozialen Rechtsstaat*, [w:] *Allgemeines Verwaltungsrecht*, red. H. U. Erichsen, D. Ehlers, Berlin 2002, s. 17-18.

<sup>2</sup> M. Szydło: *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 41.



oraz odczuwanych przez poszczególnych członków tegoż społeczeństwa. Przez pojęcie „społeczeństwa” powinno się przy tym rozumieć zarówno społeczność samorządową (lokalną, ponadlokalną, regionalną), jak też społeczeństwo ogólnopństwowe (społeczność całego państwa)<sup>3</sup>. Należy przy tym podkreślić, że o ile ustawodawca rzeczywiście może upoważniać samorządy do realizowania zadań polegających na zaspokajaniu potrzeb szerszych społeczności niż tylko mieszkańcy danej wspólnoty samorządowej, powinny to być jednak zadania, które są realizowane na obszarze konkretnej jednostki samorządu terytorialnego<sup>4</sup>. (Będzie to aktualne zwłaszcza w odniesieniu do zadań z zakresu administracji rządowej, czyli tak zwanych zadań zleconych, aczkolwiek również w wypadku zadań własnych może być tak, że ich wykonywanie okaże się korzystne także dla społeczności szerszych niż tylko samorządowe).

W każdym razie z przepisów Konstytucji wynika, że ustawodawca zwykły może powierzyć jednostkom samorządu terytorialnego realizację jedynie takich zadań publicznych, które służą (czy też polegają na) „zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej” (art. 166 ust. 1 Konstytucji), względnie też są innymi zadaniami publicznymi wynikającymi „z uzasadnionych potrzeb państwa” (art. 166 ust. 2 Konstytucji). Oznacza to, że przepisy prawa samorządowego na poziomie ustawodawstwa zwykłego, które specyfikują określone zadania powierzane jednostkom samorządu, muszą być interpretowane w świetle wspomnianych wyżej klauzul konstytucyjnych, wyrażających istotę zadań publicznych samorządu (zadań własnych oraz zleconych). Zatem, nawet jeżeli z literalnego punktu widzenia przepisy odnoszące się do poszczególnych zadań własnych lub zleconych samorządu nie są sformułowane w sposób dostatecznie precyzyjny lub też pozostawiają miejsce na możliwość różnorodnej interpretacji, nie zmienia to faktu, że ich wykładni trzeba dokonywać kierując się wskazówką interpretacyjną, nakazującą takie określenie treści konkretnych zadań jednostek samorządu, by odpowiadała ona determinantom konstytucyjnym, ustalającym istotę zadań publicznych JST.

### 3.

Spostrzeżenia te prowadzą do wniosku, że jeżeli jednostki samorządu terytorialnego wykonują określone zadania własne – czy to wyraźnie nazwane i skonkretyzowane przez ustawodawcę zwykłego, czy też nienazwane, wynikające co

<sup>3</sup> Por. uchwałę Trybunału Konstytucyjnego z 27.09.1994 r. w sprawie W. 10/93, OTK Z. U. 1994, cz. II, poz. 46.

<sup>4</sup> Zob. argumentacja w tym względzie M. Szydło: *Ograniczenia działalności gospodarczej odnoszące się do przedsiębiorstw komunalnych a swobody rynku wewnętrznego we Wspólnocie Europejskiej*, „Samorząd Terytorialny” nr 6/2007, s. 12 i n.



najwyżej z odpowiednich klauzul generalnych zawartych w ustawie o samorządzie gminnym<sup>5</sup> i w ustawie o samorządzie województwa<sup>6</sup> – muszą to czynić w celu „zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej”. „Potrzeby” tej wspólnoty (a właściwie jej członków) należy rozumieć jako odczuwane braki (deficyty) czegoś, przy założeniu chęci ich wyeliminowania<sup>7</sup>. W tym miejscu pojawia się pytanie, o czyje potrzeby tutaj chodzi: pojedynczych członków wspólnoty samorządowej, poszczególnych grup tych członków, czy może wspólnoty jako całości, pojmowanej jako pewien podmiot zbiorowy? A co w sytuacji, gdy rozmiągają się one i są przez te podmioty oceniane w sposób odmienny? Jak wówczas ustalić, jakie i czyje potrzeby mieszczą się w pojęciu „zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej”? Konflikty i dywergencja potrzeb (interesów) odczuwanych w społecznościach ludzkich są przecież nieodłącznym zjawiskiem towarzyszącym współżyciu w społecznościach.

W tym kontekście wydaje się, że ważnym wyznacznikiem, pomagającym organom jednostek samorządu terytorialnego w interpretacji pojęcia „potrzeby wspólnoty samorządowej” oraz w dokonywaniu w poszczególnych wypadkach subsumcji, czy konkretne działanie samorządu rzeczywiście mieści się w klauzuli „zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej”, jest zawarte w art. 1 Konstytucji stwierdzenie, mówiące o państwie jako o „dobru wspólnym wszystkich obywateli”. Ta klauzula „dobra wspólnego” jest słusznie uznawana za bezwzględny wyznacznik wszelkich działań podejmowanych przez wszystkie władze publiczne. Wiąże się zresztą nierozdzielnie z pojęciem interesu publicznego, traktowanego – w moim przekonaniu najzupełniej słusznie – jako synonim pojęcia dobro wspólne<sup>8</sup>.

#### 4.

Pojęcie dobra wspólnego ma korzenie w katolickiej myśli społecznej, a więc wykazuje silny związek z określonymi normami moralnymi oraz religijnymi. Ciekawe jest przy tym to, że w tradycji katolickiej dobro wspólne definiowane jest

<sup>5</sup> Zob. art. 6 i art. 7 ust. 1 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (t.j. DzU z 2001 r., nr 142, poz. 1591, ze zm.).

<sup>6</sup> Zob. art. 2 ust. 2 i art. 14 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa (t.j. DzU z 2001 r., nr 142, poz. 1590, ze zm.).

<sup>7</sup> W naukach społecznych, w tym ekonomicznych, potrzebę ludzką definiuje się jako stan, w którym określona jednostka odczuwa brak czegoś i jednocześnie ma życzenie (pragnienie) zniesienia (wyeliminowania) tego braku. Por. O. Lieth: *Die ökonomische Analyse des Rechts im Spiegelbild klassischer Argumentationsrestriktionen des Rechts und seiner Methodenlehre*, Baden-Baden 2007, s. 50.

<sup>8</sup> A. Szafranski: *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, Warszawa 2008, s. 127-129.

w silnym powiązaniu z dobrem indywidualnym poszczególnych jednostek i jest ustalane właśnie ze względu i z ukierunkowaniem na dobro jednostek. Akcentuje się mianowicie, że „dobro wspólne” wyraża „pewną intencję, zamiar nakierowany na maksymalny rozwój, na możliwość osiągnięcia spełnienia i doskonałości poszczególnych osób”<sup>9</sup>. Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym uznaje wręcz, że dobro wspólne to „suma warunków życia społecznego, jakie [...] poszczególnym członkom społeczeństwa pozwalają osiągać pełniej i łatwiej własną doskonałość”<sup>10</sup>. W „Katechizmie Kościoła katolickiego” wprost stwierdza się, że dobro wspólne opiera się na takich filarach, jak: poszanowanie osoby ludzkiej, respektowanie przez państwo prawa do życia, wolność sumienia, prawo do prywatności, zapewnienie dobrobytu w sensie zagwarantowania każdemu człowiekowi dostępu do podstawowych dóbr, zapewnienie bezpieczeństwa wszystkim członkom danej wspólnoty<sup>11</sup>. Równocześnie jednak katolicka myśl społeczna podkreśla, że dobro wspólne nie powinno prowadzić do absolutyzowania wolności obywateli, lecz raczej do budowania państwa o wizji solidarystycznej<sup>12</sup>.

Prawdą jest oczywiście, że interpretacja pojęcia „dobro wspólne” – występującego w art. 1 Konstytucji – nie może się opierać tylko na koncepcjach wypracowanych w nauce społecznej Kościoła katolickiego<sup>13</sup>. Niemniej zawiera ona jednak bardzo ważne przesłanie, które przy wykładni art. 1 Konstytucji powinno być bezwzględnie respektowane. Wyraża się ono w tym, że dobro wspólne nie może w żadnym razie abstrahować od dobra poszczególnych jednostek i musi być definiowane z myślą o poszczególnych obywatelach, stanowiących przecież substrat społeczności państwowej oraz tworzących państwo. Rozumienie dobra wspólnego na gruncie art. 1 Konstytucji musi zatem bezwzględnie wychodzić od dobra poszczególnych jednostek, choć równocześnie nie powinno być z nim w pełni utożsamiane.

Jest przy tym znamienne, że gdy pojęcie dobra wspólnego w rozumieniu art. 1 Konstytucji próbują definiować prawnicy, bardzo często podkreślają oni odrębność dobra wspólnego od dobra poszczególnych jednostek, w tym też akcentują jego nadrzędność. „Dobro wspólne należy odróżnić od wszelkiego dobra cząstkowego – indywidualnego, grupowego, lokalnego, branżowego, partyjnego,

<sup>9</sup> Por. H. Woźniakowski: *Państwo jako dobro wspólne*, [w:] *Państwo jako wyzwanie*, red. A. Rzeżocki, Kraków 2000, s. 65.

<sup>10</sup> *Konstytucja duszpasterska o Kościele w świecie współczesnym*, „*Gaudium et spes*”, 1965, pkt 26.

<sup>11</sup> *Katechizm Kościoła katolickiego*, Poznań 2005, pkt 1905-1912.

<sup>12</sup> A. Zwoliński [w:] T. Borutka, J. Mazur, A. Zwoliński: *Katolicka nauka społeczna*, Częstochowa 1999, s. 223.

<sup>13</sup> Szerzej o relacjach pomiędzy prawnym pojęciem „dobra wspólnego” (na gruncie art. 1 Konstytucji) a rozumieniem tego pojęcia na gruncie katolickiej nauki społecznej zob. A. Szafranski: *Przedsiębiorca publiczny wobec wolności gospodarczej*, op. cit., s. 130 i n.

związkowego itp. [...]. Dobrem wspólnym jest między innymi państwo – Rzeczpospolita, jej niepodległość, pomyślność gospodarza, bezpieczeństwo, autorytet międzynarodowy<sup>14</sup>. (Przykładowo, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, pojęcie „dobra wspólnego” w art. 1 Konstytucji implikuje dyrektywę „przedłożenia w razie potrzeby dobra ogólnego ponad dobro indywidualne czy partykularny interes grupowy”<sup>15</sup>). Tymczasem – jak trafnie zauważa się w katolickiej myśli społecznej – nie ma sensu definiowanie dobra wspólnego w oderwaniu od dobra jednostek. Dobro wspólne wypływa z dobra jednostek i rodzi się na fundamencie dobra poszczególnych ludzi. Inaczej mówiąc, określone wartości wspólne (ponadjednostkowe, istotne dla całej społeczności) stają się takimi i uzyskują rzeczywistą legitymację jedynie wówczas, gdy są budowane na dobru poszczególnych jednostek i gdy prowadzą do tego dobra<sup>16</sup>. Wartości sprzeczne z dobrem ludzi i prowadzące do skutków niedających się pogodzić z dobrze pojętymi interesami obywateli nie mogą i nie powinny być uznawane za dobro wspólne. Byłoby przecież irracjonalne, gdybyśmy stan, który poszczególni obywatele odczuwają i postrzegają jako dla nich krzywdzący, zły lub niesprawiedliwy, uznawali za prawdziwe dobro wspólne. To ostatnie musi mieć uzasadnienie w tym, że przynosi korzyść możliwie dużej (jak największej) liczbie konkretnych ludzi i w możliwie niewielkim stopniu im szkodzi.

Rzecz jasna, omawiana tu konieczność uznawania za dobro wspólne tego, co jest dobrem dla jednostek nie oznacza bynajmniej i nie może prowadzić do pełnego pojęciowego utożsamiania dobra wspólnego z dobrem indywidualnym. Tego rodzaju tożsamość nie zachodzi chociażby wskutek dość oczywistej konstatacji, że to, co niektóre jednostki postrzegają jako dobre dla siebie, nie zawsze (i nie w każdym wypadku) musi być postrzegane jako dobro przez innych ludzi. I odwrotnie – to, co jest złem (niesprawiedliwością) tylko dla niektórych, niekoniecznie może być potraktowane jako coś dobrego dla szeregu innych ludzi. Względ na tę prawidłowość bynajmniej nie neguje konieczności czy też zasadności definiowania dobra wspólnego przez jego odnoszenie do dobra poszczególnych ludzi. Każe jednak poczynić dość istotne zastrzeżenie, że dobrem wspólnym

<sup>14</sup> P. Winczorek: *Komentarz do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r.*, Warszawa 2000, s. 14.

<sup>15</sup> Wyrok TK z 30.01.2001 r. w sprawie K. 17/00, OTK Z.U. 2001, nr 1, poz. 4.

<sup>16</sup> Jeżeli się twierdzi, że dobrem wspólnym jest Rzeczpospolita, tzn. jej niepodległość, pomyślność gospodarza, bezpieczeństwo, autorytet międzynarodowy, to – zgodnie z proponowanym tutaj ujęciem – należałoby to rozumieć jedynie w ten sposób, że nie chodzi o dobro Rzeczypospolitej jako bytu abstrakcyjnego czy oderwanego, lecz w istocie o dobro jej obywateli. Dobrem wspólnym jest zatem dobro poszczególnych obywateli, a więc ich pomyślność gospodarza, bezpieczeństwo w sensie stanu wolnego od zagrożeń zewnętrznych i wewnętrznych czy też ich korzyści, jakie mogą wynikać z silnej pozycji Rzeczypospolitej na arenie międzynarodowej.

jest dobro (korzyść) możliwie dużej (jak największej) liczby jednostek (ale raczej utopią byłoby oczekiwanie, że można osiągnąć stan, który wszyscy bez wyjątku uznają za dobry dla siebie), przy równoczesnym skrzywdzeniu czy spowodowaniu zła dla możliwie jak najmniejszej liczby osób.

Według bronionej tu koncepcji, w identyczny sposób należałoby definiować pojęcie interesu publicznego, które *notabene* jest co do zasady tożsame z pojęciem dobra wspólnego. Interes publiczny musi być zatem bezwzględnie odnoszony do interesu jednostek. Nie da się go zdefiniować inaczej, niż tylko przez odniesienie do interesu poszczególnych ludzi, a więc uznanie, że interes publiczny jest wartością równoznaczną z korzyściami dla jednostek. Nie może on i nie powinien być traktowany jako wartość abstrakcyjna, oderwana od interesów czy korzyści obywateli. Nie należy zwłaszcza utożsamiać go z interesem państwa czy interesem administracji, traktowanych jako byty abstrakcyjne i stanowiące wartość samą w sobie. Na gruncie aksjologii Konstytucji, za interes publiczny można uznać jedynie taką wartość, która przynosi jednostkom dające się konkretnie wyrazić dobro.

## 5.

Uwzględniając powyższe uwagi o dobru wspólnym i o interesie publicznym jako o wyznacznikach działania państwa, w tym jednostek samorządu terytorialnego, a także biorąc pod uwagę okoliczność, że zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej – będące istotą zadań własnych samorządu – musi być bezwzględnie interpretowane w świetle konieczności realizacji przez władze publiczne, w tym przez władze samorządowe, dobra wspólnego (interesu publicznego), należałoby stwierdzić, 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. Samorząd działa właśnie dla jednostek będących członkami samorządowej wspólnoty i jeżeli w ramach swoich działań powołuje się na konieczność „zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej”, oznacza to, że odwołuje się (a w każdym razie powinien się odwoływać) do konkretnych dóbr i korzyści, jakie przypadną poszczególnym jednostkom – członkom danej wspólnoty. Byłoby utopią oczekiwanie, że mogą być stworzone takie sytuacje czy zidentyfikowane takie wartości, które okażą się dobre i korzystne dla wszystkich, bez wyjątku, jednostek stanowiących substrat społeczności samorządowej. Wielość preferencji i oczekiwań wśród poszczególnych ludzi, ich naturalne różnicowanie z uwagi na rozwój

psychiczny, intelektualny, duchowy, heterogeniczność sytuacji materialnej, osobistej, rodzinnej i zawodowej – wszystko to nie pozwala zakładać, że możliwe jest pełne usatysfakcjonowanie wszystkich mieszkańców i stworzenie stanu, który każdy z nich uzna dla siebie za korzystny. Możliwe jest natomiast kreowanie wartości oraz stanów, które będą się przyczyniały do dobra możliwie dużej liczby członków wspólnoty samorządowej (zainteresowanych danym rozstrzygnięciem lub daną sytuacją) oraz zaspokoją interesy i potrzeby jak najszerszego kręgu mieszkańców, powodując równocześnie zło czy negację interesu indywidualnego u jak najmniejszego grona osób. Takie właśnie wartości czy sytuacje należałoby uznawać za dobrze pojmowane zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej.

Inaczej mówiąc, tym co sprawia, że interesy indywidualne przestają mieć tylko taki charakter i uzyskują kwalifikowaną postać, stając się dobrem całej wspólnoty, jest fakt, że stan ich zaspokojenia staje się stanem w dużej mierze powszechnym w obrębie danej jednostki samorządu. Ewentualne spowodowane tym stanem negatywnie odczuwalne zjawiska dotyczą zaś możliwie niewielkiego kręgu osób.

Společną akceptację gwarantuje odniesienie się do prawidłowo odczytanych interesów i dobra jak największej liczby mieszkańców danej społeczności. Zaprezentowane ujęcie jest równocześnie dostatecznie elastyczne i operacyjne chociażby dlatego, że zastosowane tu w charakterze kwalifikatora kryterium kwantytatywne (czyli wyrażające się w tym, że stan dobra czy też zaspokojenia interesów ma się odnosić do „możliwie dużej”, „jak największej”, „jak najszerszej” liczby mieszkańców) nie jest sztywne i nie zakłada konieczności osiągnięcia czy przekroczenia wyrażonego w sposób wymierny progu ilościowego. Nieracjonalne byłoby przecież kwalifikowanie określonych dóbr czy stanów rzeczy jako mieszczących się w konstytucyjnym pojęciu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej w zależności od osiągnięcia stanu zaspokojenia interesów wymiennie wyrażonego odsetka członków tej wspólnoty. W tym zakresie należałoby raczej rekomendować bardziej elastyczne podejście, przy czym ocena tego, czy w danym wypadku rzeczywiście został przekroczony ów – relatywnie i elastycznie określony – pułap spowodowania dobra lub zaspokojenia interesu indywidualnego u „możliwie jak największej” liczby mieszkańców, powinna oczywiście należeć do organu jednostki samorządu terytorialnego interpretującego to pojęcie i dokonującego jego operacyjnej wykładni. Ocena ta podlega ewentualnej kontroli czy weryfikacji we właściwym toku instancyjnym (czyli przed właściwymi organami państwa), zgodnie z obowiązującymi w państwie procedurami prawnymi.

## 6.

Zwraca przy tym uwagę okoliczność, że zidentyfikowanie w konkretnych przypadkach tego, co pozostaje w indywidualnym interesie możliwie dużej liczby ludzi, zaś wywołuje zło u możliwie niewielkiego grona osób (i w związku z tym mieści się w pojęciu interesu publicznego), zakłada konieczność dokonywania ocen o charakterze dyskrecjonalnym, które niekiedy mogą się wręcz przerodzić w oceny – w jakiejś przynajmniej mierze – arbitralne. Aby wspomniana dyskrecjonalność nie przeobraziła się w niepożądaną arbitralność lub wręcz w dowolność, należałoby postulować stosowanie przez jednostki samorządu terytorialnego tak zwanego uzasadniającego modelu interpretacji klauzul generalnych oraz dokonywanie procesu subsumcji, przeciwstawianego modelowi decyzyjnemu<sup>17</sup>. Ten pierwszy odwołuje się do określonych racjonalnych argumentów i jest ukierunkowany na to, by rzeczywiście przekonać zainteresowane podmioty do trafności takiego, a nie innego wyniku procesu interpretacji oraz subsumcji. W modelu decyzyjnym wyniki procesu interpretacji oraz subsumcji są rezultatem procesu psychicznego, który nie daje się w sposób racjonalny skontrolować. Co prawda, w modelu uzasadniającym także mamy do czynienia z psychicznym procesem podmiotu dokonującego interpretacji oraz subsumcji, z tym wszakże zastrzeżeniem, że proces ten jest racjonalny i daje się skontrolować, gdyż w jego trakcie podmiot odpowiedzialny odwołuje się do określonych racjonalnych argumentów, uzasadniających (usprawiedliwiających) jego wynik. Nawiązując do często przywoływanego rozróżnienia dwóch odrębnych procesów, jakie zachodzą w trakcie podejmowania decyzji sądowych (choć w równej mierze rozróżnienie to jest aktualne także w odniesieniu do podejmowania decyzji przez organy administracji), a mianowicie do procesu odkrywania (*process of discovery*) oraz usprawiedliwiania (*process of justification*)<sup>18</sup>, można by powiedzieć, że w ramach decyzyjnego modelu interpretacji i subsumcji zachodzi jedynie proces odkrywania, czyli dochodzenia do określonego rozstrzygnięcia. Brakuje tu natomiast procesu usprawiedliwienia tego rozstrzygnięcia, czyli poparcia go określonymi racjonalnymi argumentami, uzasadniającymi jego trafność. Z kolei w ramach uzasadniającego modelu interpretacji oraz subsumcji podmiot dokonujący wzmiankowanych procesów przeprowadza nie tylko odkrywanie, ale równocześnie też usprawiedliwianie podjętego przez siebie rozstrzygnięcia, starając się w sposób racjonalny argumentować, dlaczego opowiedział się za takim, a nie innym rozwiązaniem. Możliwe jest przy tym stosowanie wszelkich powszechnie używanych w dyskursie

<sup>17</sup> R. Alexy: *Theorie der Grundrechte*, Baden-Baden 1994, s. 144 i n.

<sup>18</sup> Zob. np. R. A. Wasserstrom: *The Judicial Decision*, Stanford 1961, s. 27.



prawniczym argumentów, takich jak szczególne kanony wykładni przepisów, argumenty dogmatyczne, prejudycjalne, empiryczne lub praktyczne.

## 7.

Osiągnięciu tak definiowanego stanu w postaci zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej powinna również służyć działalność gospodarcza prowadzona przez JST, przynajmniej w zakresie ich zadań własnych. Jeżeli bowiem chodzi o zadania zlecone, to ustawy szczególne mogą upoważniać samorządy do wykonywania działalności gospodarczej nieukierunkowanej wprost na zaspokajanie potrzeb wspólnoty samorządowej, a służącej raczej realizacji „uzasadnionych potrzeb państwa” (zob. art. 166 ust. 2 Konstytucji). Potrzeby państwa są w istocie potrzebami (interesami) obywateli, gdyż państwo działa właśnie dla nich i na rzecz ich uzasadnionych interesów (a dokładniej – na rzecz interesu publicznego, który należy pojmować jako działanie dla dobra jak największej liczby ludzi). Tyle tylko, że w przypadku zadań zleconych możliwe jest prowadzenie przez JST 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.

## 8.

Jako że przejawem wykonywania działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego jest między innymi tworzenie oraz przystępowanie do spółek, również i tego rodzaju działalność może mieć miejsce wyłącznie w celu wykonywania przez daną JST zadań publicznych: czy to własnych (w celu zaspokajania potrzeb wspólnoty samorządowej), czy też zleconych (jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa). Powyższe twierdzenie jest zarówno konsekwencją ogólnej (konstytucyjnej) prawidłowości, że cała aktywność jednostek samorządu terytorialnego może służyć tylko realizacji określonych ustawowo zadań publicznych (zob. art. 163 oraz 166 ust. 1 i 2 Konstytucji), jak też wynika wprost z treści ustaw ustrojowych, stanowiących, że gmina, powiat i województwo mogą tworzyć jednostki organizacyjne „w celu wykonywania [swoich] zadań” (art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, art. 6 ust. 1 ustawy o samorządzie powiatowym<sup>19</sup> oraz art. 8 ust. 1 ustawy o samorządzie województwa).

<sup>19</sup> Ustawa z 5.06.1998 r. (t.j. DzU z 2001, r. nr 142, poz. 1592, ze zm.).

Tworzenie przez samorządy spółek kapitałowych oraz przystępowanie do nich w celu wykonywania zadań publicznych oznacza przy tym, że może być ono wyłącznym przedmiotem działania tych podmiotów. Spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego nie mogą natomiast prowadzić żadnej działalności, która by nie była przejawem wykonywania zadań publicznych macierzystej jednostki samorządowej. Gdyby bowiem wspomniana spółka podjęła jakąkolwiek inną działalność (choćby była to jedynie działalność uboczna względem podstawowej), wówczas w pełni zasadny byłby zarzut, że utworzyła spółkę lub też przystąpiła do niej w innym celu (choćby tylko częściowo innym) niż wykonywanie zadań publicznych samorządu. W takim wypadku również sama jednostka samorządowa, jako wspólnik takiej spółki, zostałaby zaangażowana w działalność polegającą na czymś zupełnie innym niż wykonywanie zadań publicznych, a tego jej z całą pewnością nie wolno.

W omawianą tutaj tezę doskonale wpisuje się znana uchwała Sądu Najwyższego z 4 kwietnia 1993 r., stwierdzająca, 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” (III AZP 35/92). 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” (a tak z całą pewnością jest, jako że tego rodzaju działania mają formę cywilnoprawną i są w oczywisty sposób dozwolone wszystkim podmiotom prawa cywilnego), to jednak w przypadku JST 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.

## 9.

Działalność gospodarcza jednostek samorządu terytorialnego, w tym też przez ich udział w spółkach kapitałowych, musi zawsze służyć zaspokajaniu potrzeb macierzystej wspólnoty samorządowej (w przypadku wykonywania zadań własnych) lub też realizacji uzasadnionych potrzeb państwa, w istocie zaś potrzeb obywateli związanych z pojęciem interesu publicznego (w przypadku realizacji zadań zleconych). Nie oznacza to jednak, że nie może w żadnym razie być prowadzona w celu osiągnięcia zysku, względnie że nie może tego zysku przynosić. Nie byłoby bowiem zasadne ostre przeciwstawienie działalności służącej



realizacji zadań publicznych, w tym gospodarki komunalnej jako służącej realizacji zadań własnych (z jednej strony), oraz działalności zarobkowej (z drugiej strony). Te rodzaje działalności wcale nie stoją względem siebie w nieprzewidywalnej sprzeczności. Prawdą jest oczywiście, że działalność zarobkowa jest ukierunkowana na przynoszenie zysków i prowadzona w taki sposób (czyli z takim nastawieniem oraz przy takim zorganizowaniu i ukształtowaniu jej procesu), aby osiągnięcie ich było w pełni możliwe i oczekiwane. Niemniej jednak w poszczególnych przypadkach – i to dotyczących zarówno JST, jak też podmiotów prawa prywatnego, w tym osób fizycznych – wcale nie musi być tak, że owo dążenie do osiągnięcia czystych zysków stanowi jedyny i wyłączny cel. Motywacja, będąca dla danego podmiotu bodźcem do wykonywania określonej działalności, może być w poszczególnych przypadkach bardzo zróżnicowana, przejawiać się w pluralizmie celów. Oprócz chęci osiągnięcia dodatnich wyników finansowych (co jest równoznaczne z celem zarobkowym) wykonywanie danej działalności może być również motywowane wolą urzeczywistnienia celów o charakterze idealistycznym (niezarobkowym), takich jak: dążenie do rozwijania swojej osobowości; realizowanie własnych pasji, hobby i zainteresowań; niesienie pomocy innym ludziom; urzeczywistnianie wyższych idei, noszących zabarwienie patriotyczne, społeczne, religijne itp. Wówczas dana działalność, nie tracąc swojego zarobkowego charakteru, będzie realizowała także inne, niezarobkowe cele. Nie ma zatem powodu by uważać, że docelowy, pożądany stan rzeczy, do osiągnięcia którego zmierza dana działalność i którego urzeczywistnienie stanowi dla niej motywację, może być wyłącznie jeden. Takie twierdzenie stanowiłoby przejaw banalizowania złożonych motywacji, nadmiernego uproszczenia (i zamazania) kompleksowego charakteru dążeń człowieka oraz szerszych wspólnot ludzkich.

Zasygnalizowany tutaj pluralizm celów może być również obecny w działalności prowadzonej przez jednostki samorządu terytorialnego oraz przez spółki (komunalne), w których samorząd uczestniczy. JST oraz tworzone przez nie spółki muszą bez wątpienia zawsze realizować określone zadania publiczne, dla których zostały w ogóle powołane do życia, przy czym realizacja zadań własnych samorządu może być konwencjonalnie nazwana gospodarką komunalną (w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Nie znaczy to jednak, że wykonywaniu publicznych zadań (w tym z zakresu gospodarki komunalnej) nie może w żadnym razie przyswiecać cel zarobkowy, czyli dążenie do osiągnięcia określonych korzyści majątkowych, choćby był to tylko jeden z celów ubocznych, znajdujący się na dalszym planie. Dążenie do osiągnięcia dodatnich zysków finansowych w ramach działalności, która jest zasadniczo i bezpośrednio ukierunkowana na zaspokajanie określonych potrzeb artykułowanych przez samorządową

społeczność, może być wręcz uznane – w niektórych przynajmniej wypadkach – za warunek niezbędny, a co najmniej przydatny do prowadzenia wchodzącej w grę działalności w sposób ekonomicznie efektywny, w konkurencji z innymi, prywatnymi przedsiębiorcami na określonym rynku. W każdym razie trudno byłoby przyjąć, że sam tylko motyw zarobkowy dyskwalifikuje działalność jednostek samorządu terytorialnego oraz tworzonych przez nie spółek i pozwala ją uznać za niezgodną z prawem samorządowym. Cel zarobkowy może przecież współistnieć w ramach danej działalności z celami publicznymi, tworząc konglomerat celów ukierunkowanych na dobro danej wspólnoty samorządowej.

Rzecz jasna, sam tylko cel zarobkowy danej działalności nie jest jeszcze wystarczający, by można ją było uznać za dozwoloną przez przepisy prawa samorządowego. Cel zarobkowy nie wystarczy nawet wówczas, gdy JST oraz utworzona przez nią spółka zamierzają przeznaczać wszystkie wypracowywane zyski na realizację określonych celów publicznych. Taki pośredni związek pomiędzy celem danej działalności a wymaganym celem publicznym, który musi istnieć w ramach działalności samorządu, nie jest z całą pewnością wystarczający. (Pośredni w tym sensie, że w ramach danej działalności, nierealizującej bezpośrednio żadnego celu publicznego związanego z zadaniami samorządu, wypracowywane są najpierw pewne zyski, które dopiero później, niejako wtórną, przeznacza się na wykonywanie określonych ustawowo zadań publicznych). Jednostka samorządu terytorialnego oraz utworzona przez nią spółka muszą realizować określone zadania publiczne samorządu (i to w ramach całej swojej działalności) bezpośrednio i wprost, a nie jedynie pośrednio. Cała działalność musi być zatem bezpośrednio ukierunkowana na wychodzenie naprzeciw konkretnym potrzebom i oczekiwaniom ludności tworzącej daną wspólnotę samorządową. Zupełnie inną kwestią jest już natomiast to, że równocześnie z realizacją konkretnych zadań publicznych samorządu jednostka samorządowa oraz utworzona przez nią spółka mogą urzeczywistniać określone zamiary zarobkowe, związane z dążeniem do osiągnięcia zysków, z zastrzeżeniem, że wszystkie będą następnie przekazywane na realizację określonych zadań publicznych (bądź to związanych z działalnością, w ramach której zyski te zostały osiągnięte, bądź na realizację innych zadań publicznych), służąc w ten sposób dobru danej wspólnoty samorządowej. Trzeba przecież pamiętać, że dążąc do osiągnięcia określonych zysków i realizując cel zarobkowy, dany samorząd (oraz utworzona przez niego spółka) nie urzeczywistnia przez to, a przynajmniej w założeniu nie powinna urzeczywistniać, żadnych prywatnych interesów majątkowych. Cały czas realizuje bowiem interes publiczny, także w ten sposób, że przysparza na rzecz danej wspólnoty samorządowej dodatkowych środków finansowych, wydawanych następnie na konkretne cele publiczne.

## 10.

Wszystkie przedstawione powyżej tezy znajdują potwierdzenie w orzecznictwie sądowym. Przykładowo, w omawianym kontekście na uwagę zasługuje wyrok WSA w Warszawie z 27 stycznia 2006 r. (VI SA/Wa 2118/05), w którym stwierdzono: „A zatem to przepisy prawa określają kiedy i w jakiej formie gmina lub gminna osoba prawna może prowadzić działalność gospodarczą”. Z orzeczenia tego jasno wynika, że działalność gospodarcza gmin oraz gminnych spółek jest zawsze determinowana przez przepisy prawa, zwłaszcza jeżeli chodzi o wskazanie sytuacji (przypadków), w których może być prowadzona („kiedy”). Nie może być ona zatem w pełni swobodna, przy dowolnym i uznaniowym wyznaczaniu sobie celów przez samorząd oraz przez tworzone przezeń jednostki organizacyjne.

Warto też przywołać orzeczenia Trybunału Konstytucyjnego, w których zwraca się uwagę na okoliczność, że jednostki samorządu terytorialnego są podmiotami publicznymi i jako takim nie przysługuje im gwarantowana konstytucyjnie wolność działalności gospodarczej, zaś gdy prowadzą działalność gospodarczą, mogą to jedynie czynić w celu realizacji zadań publicznych.

Tego rodzaju teza została podkreślona przez Trybunał chociażby w wyroku z 7 maja 2001 r.<sup>20</sup>, w którym stwierdzono, że „zasada wolności działalności gospodarczej – patrząc pod kątem podmiotowym – nie obejmuje w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem. Z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu ‘wolność działalności gospodarczej’ wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji ‘niepaństwowych’ (czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. Chodzi tu więc o osoby fizyczne i inne podmioty, które korzystają z praw i wolności przysługujących człowiekowi i obywatelowi. Formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych. Państwo i inne instytucje publiczne (w tym władze publiczne) nie mogą być adresatem uprawnień, wynikających z konstytucyjnej gwarancji dla wolności działalności gospodarczej. [...] Art. 20 Konstytucji, określający w sposób

<sup>20</sup> W sprawie K. 19/00, OTK Z.U. 2001, nr 4, poz. 82.

najogólniejszy ustrój gospodarczy RP, uznaje społeczną gospodarkę rynkową za jego podstawę. ‘Filarami’, na których wspiera się społeczna gospodarka rynkowa, są wolność działalności gospodarczej i własność prywatna, a także solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych. To wyrażone w art. 20 Konstytucji sprzężenie wolności działalności gospodarczej z własnością prywatną świadczy, że konstytucyjną gwarancją wynikającą z art. 22 Konstytucji objęta jest działalność gospodarcza, dla której materialną podstawą jest szeroko pojęta własność prywatna, nie jest natomiast objęta nią działalność prowadzona przez państwo i różne instytucje publiczne z wykorzystaniem majątku Skarbu Państwa, innych państwowych osób prawnych lub mienia należącego do jednostek samorządu terytorialnego. [...]. Rozważania powyższe prowadzą do wniosku, że konstytucyjna zasada wolności działalności gospodarczej nie ma zasadniczo zastosowania do działań państwa podejmowanych w formie bezpośredniego lub pośredniego jej prowadzenia, oddziałują na nie natomiast pośrednio jako zakaz rozbudowy sektora publicznego ponad uzasadnione konstytucyjnie potrzeby oraz nakaz przestrzegania zasady swobodnej konkurencji w gospodarce i nienaruszania praw ‘prywatnych’ podmiotów gospodarczych. [...]. Analogiczne założenia dotyczą działalności gospodarczej samorządu terytorialnego, który jest niewątpliwie instytucją prawa publicznego, przy czym zdaniem Trybunału Konstytucyjnego jego status nie jest wyznaczony przez przepisy dotyczące praw i wolności człowieka i obywatela, ale przez przepisy rozdziału VII Konstytucji. Ponieważ w świetle art. 16 ust. 2 i art. 163 samorząd terytorialny (a więc jego jednostki organizacyjne) uczestniczą w sprawowaniu władzy publicznej i mają wykonywać zadania publiczne, nie może ulegać wątpliwości, że w sytuacji, gdy samorząd terytorialny prowadzi działalność gospodarczą, jest to działalność sektora publicznego, a jego konstytucyjnym odniesieniem nie są przepisy wskazane we wniosku [tj. art. 20 i 22 Konstytucji – przyp. M. Sz.], ale art. 165 ust. 1 zd. 2, art. 165 ust. 2 i art. 167 ust. 2 Konstytucji”.

Powyżej wskazane przepisy Konstytucji mówią o przysługiwaniu jednostkom samorządu terytorialnego prawa własności i innych praw majątkowych, o ochronie samodzielności tych jednostek oraz dochodach, w tym własnych. Na ich podstawie samorząd terytorialny może prowadzić działalność gospodarczą (wykorzystując w tym zakresie przysługujące mu mienie oraz czerpiąc z tego tytułu określone dochody własne), choć jedynie w celu realizacji określonych konstytucyjnie i ustawowo zadań publicznych, sprowadzających się do zaspokajania zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej (zadania własne), lub uzasadnionych potrzeb państwa, pojmowanych jako uzasadnione potrzeby obywateli (zadania zlecone).

W wyroku z 21 października 2008 r.<sup>21</sup> Trybunał Konstytucyjny wprost stwierdził, że „Gmina może prowadzić działalność gospodarczą, ale po to tylko, aby ‘zarobić’ na realizację niektórych swoich zadań publicznych”. Materialną podstawą tej działalności gospodarczej jest mienie gminne, przy czym gminy muszą bezwzględnie brać pod uwagę „funkcje, które ma ono [tzn. mienie gminne – przyp. M. Sz.] do spełnienia, zawsze przy uwzględnieniu społeczno-gospodarczego przeznaczenia praw przysługujących gminie, służących realizacji zadań ciążących na niej z mocy ustawy gminnej. W świetle powyższych uwag podkreślić należy, że przysługujące jednostkom samorządu terytorialnego prawo własności jest ściśle związane z ich zadaniami publicznymi, których realizacji powinno służyć. Własność komunalna jest przede wszystkim majątkowym zabezpieczeniem realizacji zadań publicznych jednostek samorządu terytorialnego. Własności komunalnej nie można traktować tak jak własności służącej tylko działalności gospodarczej, a więc w kategoriach czysto cywilistycznych. Własność komunalna nie została przyznana jednostkom samorządu terytorialnego dla ich dowolnego użytku”.

Wszystkie te orzeczenia jednoznacznie akcentują dopuszczalność (zarobkowej) działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego, aczkolwiek jedynie w obrębie wykonywania ustawowych zadań publicznych.

*dr hab. Marek Szydło*  
*prof. nadzw. Uniwersytetu Wrocławskiego*  
*Zakład Prawa Administracyjnego Gospodarczego*



<sup>21</sup> W sprawie P. 2/08, OTK Z.U. 2008, nr 8, poz. 139.

**Zbigniew Jurczyk**

## **ZAKRES INTERWENCJI ORGANU ANTYMONOPOLOWEGO W DZIAŁALNOŚĆ GOSPODARCZĄ GMIN**

### **Sprawy gminne z zakresu konkurencji**

W trakcie wykonywania określonych przepisami prawa zadań gospodarczych gmina i jej jednostki organizacyjne biorą udział w obrocie gospodarczym, stając się aktywnymi uczestnikami życia gospodarczego. Zadania te można podzielić na nałożone przez przepisy prawa, zwane zadaniami własnymi, oraz pozostałe zadania gospodarcze, w których zaangażowanie gminy jest regulowane postanowieniami ustawy o gospodarce komunalnej<sup>1</sup>. Dla realizacji tych zadań gminy w wyniku przekształceń ustrojowych zgromadziły i stały się właścicielem niezbędnego majątku produkcyjnego lub innych aktywów, takich jak nieruchomości gruntowe i niegruntowe oraz urządzenia komunalne. Działalność gospodarcza gmin skupia się więc przede wszystkim na gospodarce komunalnej, przez którą rozumie się zadania o charakterze użyteczności publicznej, mające na celu bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności przez świadczenie usług powszechnie dostępnych<sup>2</sup>. Zgodnie zaś z orzeczeniem Trybunału Konstytucyjnego, zadaniami o charakterze użyteczności publicznej są zadania wykonywane przez państwowe i komunalne jednostki, których działalność nie jest nastawiona na zysk, polegające na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym<sup>3</sup>.

Zadania z zakresu gospodarki komunalnej, należące do zadań własnych, gminy mogą prowadzić samodzielnie lub wspólnie z innymi gminami – w formie

---

<sup>1</sup> Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (DzU z 5.02.1977 r., nr 9, poz.43).

<sup>2</sup> Art. 1 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej.

<sup>3</sup> Por. uchwała TK z 12.03.1997 r. (sygn. akt W.8/96).

międzygminnego związku (na przykład związku wodociągów i kanalizacji), gminnego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Gmina może powierzać na podstawie umowy realizację usług komunalnych także osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym niemającym osobowości prawnej. Osobom fizycznym bardzo często powierzane jest zarządzanie cmentarzami komunalnymi. Szczególną cechą działalności tych podmiotów jest to, że rynki przypisane działalności komunalnej są albo niekonkurencyjne, bądź wręcz zmonopolizowane przez gminy (usługi cmentarne, wodno-kanalizacyjne), albo z racji pełnienia przez gminy roli organizatora tych rynków (komunikacja zbiorowa, organizacja targowisk) konkurencja na nich z woli gmin może być wykluczona lub istotnie zniekształcona. W ten sposób gminy lub ich przedsiębiorstwa niejednokrotnie stały się ostatnimi monopolami działającymi w gospodarce lub przedsiębiorcami o silnej pozycji dominującej, mogącymi w istotny sposób zakłócać warunki konkurencji na rynkach świadczenia usług użyteczności publicznej i pozostałej działalności gospodarczej. Z tego też powodu, aby przeciwdziałać zachowaniom antykonkurencyjnym gmin w zakresie usług o charakterze użyteczności publicznej, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów zawiera szerszą definicję działalności gospodarczej i przedsiębiorcy od tych, które podaje ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. I tak, przedsiębiorcą jest osoba fizyczna, osoba prawna, a także jednostka organizacyjna niemająca osobowości prawnej, której ustawa przyznaje zdolność prawną, organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów o swobodzie działalności gospodarczej<sup>4</sup>.

Zainteresowanie organu antymonopolowego działalnością gospodarczą gmin w tym zakresie wynika z tego, że gminy są organizatorem usług zbierania i wywozu odpadów stałych, właścicielem wysypisk, infrastruktury wodno-ściekowej, drogowej i komunikacyjnej, w tym przystanków autobusowych, organizatorem komunikacji zbiorowej, właścicielem licznych lokali użytkowych, zarządzają komunalnymi zasobami mieszkalnymi, są właścicielami i zarządcami cmentarzy komunalnych, właścicielami targowisk i hal targowych, regulatorem rynku usług taksówkowych. Chociaż interwencje podejmowane przez prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (UOKiK) dotyczą z reguły działalności z zakresu użyteczności publicznej, zdarzają się również przypadki interwencji w działalność komercyjną gminy, pod warunkiem, że jest ona silnym graczem na tym rynku, jak na przykład na rynku najmu lub sprzedaży lokali użytkowych, dzierżawy gruntów czy organizowania handlu targowiskowego.

---

<sup>4</sup> Art. 4 pkt 1a ustawy z 16.02. 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (DzU z 2007 r., nr 50, poz. 331).



Wszystkie działania w tych obszarach regulowane są zasadniczo przepisami prawa, które gminom nadają w niektórych wypadkach wyłączność prowadzenia tego rodzaju działalności lub czynią je odpowiedzialnymi za realizację, jak na przykład w zakresie zarządzania cmentarzami komunalnym albo organizacji systemu zbierania i unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Dysponowanie tymi prawami nie wyklucza jednak, że do tej działalności gmin nie mają zastosowania przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, jeżeli działania te zakłócają lub eliminują konkurencję.

Warunkami podjęcia interwencji prezesa UOKiK w stosunku do gmin lub działających w jej imieniu jednostek są:

- działalność gmin jest zgodna z definicją działalności gospodarczej zawartą w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów;
- działalność tę prowadzą jednostki, którym można przypisać status przedsiębiorcy według tej ustawy;
- działalność ta jest sprzeczna z interesem publicznym;
- przedsiębiorca, przeciwko któremu wszczęto postępowanie antymonopolowe ma pozycję dominującą lub zawarł antykonkurencyjne porozumienie z innym przedsiębiorcą;
- porozumienie to ma charakter horyzontalny albo wertykalny i nie podlega wyłączeniu spod zakazu z mocy ustawy lub przepisów wykonawczych.

Ustawa antymonopolowa, stojąc na straży konkurencji, broni tym samym prawnej i ekonomicznej samodzielności podmiotów gospodarczych, aby każdy z nich uczestniczył w życiu gospodarczym oraz rywalizacji ekonomicznej na równych prawach i nie był dotknięty dyskryminacyjnymi zachowaniami podmiotów silniejszych, o pozycji dominującej, oraz aby takimi zachowaniami nie byli dotknięci także konsumenci. Ma również przeciwdziałać monopolizacji rynków przez zawieranie przez przedsiębiorców niedozwolonych porozumień. Ochrona konsumentów – mieszkańców przed monopolistycznymi działaniami gmin jest szczególnie ważna, bowiem niektóre wydatki na usługi o charakterze użyteczności publicznej mają istotne znaczenie w budżetach domowych lokalnej społeczności (ceny wody, biletów za przejazd komunikacją zbiorową, opłaty za wywóz odpadów).

Nie w każdym jednak wypadku zastosowanie ustawy antymonopolowej może mieć miejsce, nawet jeśli jest to spór z przedsiębiorcą mającym pozycję dominującą. Celem ustawy nie jest bowiem, w przeciwieństwie do spraw cywilnych, ochrona interesów, w których mamy do czynienia z ochroną praw podmiotowych i indywidualnych. Jej celem jest wyłącznie ochrona interesu publicznoprawnego. Wynika to wprost z art. 1 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Tam, gdzie nie jest naruszony interes publicznoprawny w aspek-



cie funkcjonowania i rozwoju konkurencji, spory pomiędzy stronami podlegają właściwości sądu cywilnego lub gospodarczego. Zachowanie rynkowe podmiotu gospodarczego z kolei może być sprzeczne z interesem publicznym, gdy skutkami takiego zachowania, sprzecznego z ustawą antymonopolową, dotknięty jest szerszy krąg uczestników rynku względnie gdy działania te wywołują inne niekorzystne zjawiska<sup>5</sup>. Taka interpretacja interesu publicznego wyłącza możliwość podejmowania przez organ antymonopolowy działań w celu ochrony interesów indywidualnych. Sądy wielokrotnie potwierdziły to podejście, uznając że „postępowanie antymonopolowe nie może dotyczyć spraw jednostkowych”<sup>6</sup>. Z kolei Sąd Najwyższy (SN) rozwinął tę myśl, dodając, że prezes UOKiK „ingeruje, gdy w wyniku pewnych ogólnych zjawisk zagrożona jest sama instytucja konkurencji. Nie odnosi się to do roszczeń indywidualnych”<sup>7</sup>. Stwierdził również, że „ustawa chroni konkurencję jako mechanizm regulujący sposób funkcjonowania gospodarki. Czyni to w interesie publicznym”<sup>8</sup>.

Jeśli chodzi o rozwinięcie pojęcia niekorzystnych skutków na rynku, najczęściej rozumie się przez nie naruszenie interesów konsumentów. Relacje pomiędzy indywidualnym a publicznym pogwałceniem interesów SN wyjaśnia w ten sposób, że naruszenie indywidualnego interesu nie wyklucza dopuszczalności równoczesnego uznania, że dochodzi do naruszenia interesu publicznego: „jeżeli indywidualne pogwałcenie przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów mogłoby w jakikolwiek sposób prowadzić do ustanowienia lub utrwalenia monopolistycznych praktyk rynkowych, które wywołują lub mogą wywoływać zakazane skutki na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej”<sup>9</sup>. Zwrócenie większej uwagi na ten aspekt prawa antymonopolowego wynika z tego, że gminne sprawy antymonopolowe, obejmując rynki usług użyteczności publicznej, z natury rzeczy uzasadniają z tego powodu interwencje prezesa UOKiK w działalność gospodarczą gmin. Jest to też jedna z przyczyn, dla których interwencje są tak liczne.

Działalność gospodarcza gmin odbywa się na rynkach lokalnych, których zasięg jest wyznaczony granicami administracyjnymi każdej gminy. Wynika to z odpowiednich przepisów, które wyznaczają ramy prawne ich działalności. Z tego powodu mamy więc tyle rynków lokalnych, ile jest gmin w Polsce, przy czym rynki te, przynajmniej w zakresie zadań, którymi gminy są obciążone, nie przenikają się wzajemnie (mieszkańcy danej gminy nie mogą zaspokoić swoich

<sup>5</sup> Wyrok SA z 24.01.1991 r. (sygn. akt XV Amr 8/90).

<sup>6</sup> Wyrok SOKiK z 28.05.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 82/00).

<sup>7</sup> Wyrok SN z 29.05.2001 r. (sygn. I CKN 121/98).

<sup>8</sup> Wyrok SN z 5.06.2008 r. (sygn. II SK 40.70).

<sup>9</sup> Wyrok SN z 26.02.2004 r. (sygn. III SK 2/04).

potrzeb, realizując je na rynku gmin ościennych). Trzeba dodać, że mimo iż są to rynki lokalne, nierzadko dwa z nich – rynek dostawy energii ciepłej oraz zbierania i składowania odpadów stałych – są przedmiotem penetracji wielkich koncernów europejskich, zwłaszcza w dużych i średnich miastach.

Rynki te zatem nie są rynkami konkurencyjnymi, co sprawia, że gminy oraz gminne jednostki lub działający w ich imieniu przedsiębiorcy prywatni, realizując świadczenia użyteczności publicznej dysponują siłą rynkową, która może zaburzać warunki konkurencji albo powodować eksploatację ekonomiczną słabszych uczestników tych rynków, w tym szczególnie konsumentów. Niejednokrotnie też, na co wskazują decyzje prezesa UOKiK, odbywa się to w celu ochrony interesów własnych przedsiębiorców komunalnych albo uprzywilejowanych przez gminę przedsiębiorców prywatnych. I tutaj często pomiędzy UOKiK a gminami występuje różnica zdań. Gminy w zakresie niektórych rynków dążą do pełnej monopolizacji, podczas gdy Urząd uważa, że powinny zostać zachowane warunki konkurencji. Takie sytuacje najczęściej zachodzą na rynkach: zbierania i składowania odpadów stałych, usług cementarnych oraz komunikacji zbiorowej. Z doświadczenia decyzyjnego Urzędu wynika też, iż gminy większe są bardziej otwarte na reguły konkurencji niż gminy średnie i małe.

Jak widać, specyfika gospodarczej działalności gmin jest taka, że odbywa się ona w dużej mierze na rynkach zdominowanych, zaś praktyki ograniczające konkurencję lub prowadzące do eksploatacji konsumentów i innych przedsiębiorców dotyczą z reguły nadużywania pozycji dominującej. Naużywania pozycji dominującej – a nie jej posiadania – zakazuje art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, wymieniając najczęściej spotykane praktyki tego rodzaju. Przez pozycję dominującą rozumie się pozycję przedsiębiorcy, która umożliwi mu skuteczne zapobieganie konkurencji na rynku właściwym przez stworzenie warunków do działania w znacznym zakresie niezależnie od konkurentów, kontrahentów oraz konsumentów, przy czym domniemywa się, że przedsiębiorca ma taką pozycję, jeżeli jego udział w rynku właściwym przekracza 40%<sup>10</sup>. Kryterium ilościowe nie jest jednak wystarczające do stwierdzenia pozycji dominującej. Są to również bariery wejścia na dany rynek, przewaga finansowa lub techniczna danego podmiotu, dostęp do rynków zaopatrzenia lub zbytu, udziały w rynku konkurentów, czyli wszystkie czynniki jakościowe, które dają podmiotowi gospodarczemu siłę rynkową pozwalającą na zachowanie niezależne w stosunku do pozostałych uczestników rynku właściwego. Przez zachowanie niezależne rozumie się zdolność do narzucania innym uczestnikom tego rynku swoich warunków funkcjonowania, do pogarszania pozycji konkurencyjnej bezpośrednich rywali lub nawet eliminowania ich z rynku.

<sup>10</sup> Art. 4 pkt 10 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Silniejszą jeszcze od dominującej jest pozycja monopolistyczna. Ma ją podmiot gospodarczy, który nie spotyka się z konkurencją na rynku krajowym lub lokalnym. Przykładem jest monopol naturalny, zaś miejsce jego funkcjonowania to właśnie sektor komunalny, a w nim takie dziedziny, jak: zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków, zaopatrzenie w ciepło zintegrowaną siecią ciepłą, komunikacja tramwajowa, jedyne w gminie składowisko lub jedyne targowisko albo giełda towarowa (na przykład kwiatowa). Obok monopolu rynkowego – mającego ekonomiczne źródło, występuje również monopol prawny, który wynika z przepisów prawa, jeśli zastrzegają one wyłączność prowadzenia aktywności w danej dziedzinie na rzecz wybranego podmiotu, co jest charakterystyczne w działalności użyteczności publicznej gmin.

Drugim rodzajem praktyk zakazanych ustawą antymonopolową są porozumienia przedsiębiorców; tutaj gmina może być zarówno ich sprawcą, jak i ofiarą. Zakazane są porozumienia, których skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszanie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym<sup>11</sup>. Za porozumienia uznaje się umowy zawierane między przedsiębiorcami, związkami przedsiębiorców oraz przedsiębiorcami i ich związkami, uzgodnienia dokonane w jakiegokolwiek formie przez dwóch lub więcej przedsiębiorców lub ich związki, a także uchwały lub inne akty związków przedsiębiorców lub ich organów statutowych. Porozumienia mogą być zawierane pomiędzy bezpośrednimi konkurentami (porozumienia horyzontalne) lub przedsiębiorstwami znajdującymi się na różnych szczeblach obrotu gospodarczego (porozumienia wertykalne). W dziedzinie gospodarki komunalnej porozumienia najczęściej występują na rynku usług cmentarnych oraz zbierania i składowania odpadów stałych (komunalnych) i są to z reguły porozumienia cenowe albo ograniczające dostęp do rynku lub eliminujące z niego przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. W większości mają charakter porozumień wertykalnych, zawieranych pomiędzy gminą i wybranym przez nią przedsiębiorcą, realizującym w jej imieniu usługi komunalne.

### **Gmina jako przedsiębiorca w postępowaniu antymonopolowym**

W wyniku napływających z obszaru konkurencji skarg na zachowanie gmin przy realizacji jej zadań własnych, organ antymonopolowy już na początku swej działalności stanął przed następującym zagadnieniem prawnym: czy jako centralny organ administracji rządowej właściwy w sprawach ochrony konkurencji i konsumentów może w prawnoprocesowych formach dokonywać oceny

---

<sup>11</sup> Art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

zachowania gminy i podległych jej jednostek w zakresie wykonywania tych zadań? Innymi słowy, problem sprowadzał się do pytania – czy gmina ma legitymację bierną w postępowaniach antymonopolowych i czy prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów dla realizacji swych ustawowych obowiązków może podejmować działania władcze, czyli wszczynać postępowania administracyjne i wydawać decyzje administracyjne w stosunku do gminy posiadającej samodzielność chronioną sądownie?

Odpowiadając na tak postawione pytanie, przede wszystkim należy zaznaczyć, że samodzielność gminy nie wyklucza podporządkowania jej działania obowiązującemu prawu. Organy samorządu terytorialnego – jako organy władzy publicznej – zobowiązane są na mocy art. 7 Konstytucji RP działać na podstawie i w granicach prawa. Oznacza to, że wszelkie akty prawne i czynności organów gminy, takie jak wydawanie przepisów prawnych, podejmowanie uchwał, decyzji oraz czynności prawnych muszą być zgodne z obowiązującym w Polsce ustawodawstwem, w tym z ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów.

Początkowe interwencje prezesa UOKiK w działalność komunalną gmin były jednak mocno kontestowane. Gminy uważały bowiem, że w żadnym razie nie można przypisać im przy realizacji zadań własnych statusu podmiotu gospodarczego; długo nie mogły pogodzić się z tym, że stały się stroną w postępowaniach o naruszenie reguł konkurencji. Trwało to prawie całą ostatnią dekadę XX wieku i to pomimo tego, że Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK)<sup>12</sup> podzielił punkt widzenia organu antymonopolowego. Co prawda, w pierwszych wyrokach Sąd wspominał – z uwagi na ówczesne prawne pojęcie działalności gospodarczej, w którym nie mieściła się działalność komunalna gmin nienastawiona na zysk – o ostrożnym stosowaniu przepisów ustawy do tej działalności. Nie miał jednak wątpliwości, że jeśli negatywne zachowania podmiotów realizujących te zadania noszą znamiona praktyk monopolistycznych i wywołują skutki, którym ta ustawa ma zapobiegać (*analogia legis*), to nie ma powodów, aby jej przepisy w stosunku do tych podmiotów (w tym gmin) nie mogły być stosowane odpowiednio. Sąd argumentował, że powyższa analogia ma przeciwdziałać sytuacjom, aby na tym samym rynku, jedynie ze względu na podmiotowe wyodrębnienie osób wykonujących określone świadczenie, jeden podmiot mógł w stosunkach cywilnoprawnych stosować praktyki monopolistyczne, a inny nie. Zastosowanie do gminy ustawy antymonopolowej jest – zdaniem Sądu – również usprawiedliwione cywilnoprawną naturą praktyk monopolistycznych, bowiem w zakresie stosunków cywilnoprawnych gmina występuje w obrocie

<sup>12</sup> W tym okresie Sąd Antymonopolowy.

gospodarczym w takim samym charakterze, jak inne podmioty gospodarcze. Trudno byłoby zatem znaleźć argumentację przemawiającą za tym, że gmin występujących w stosunkach cywilnoprawnych o charakterze gospodarczym nie obowiązują jakiegokolwiek rygory, o których mowa w ustawie antymonopolowej<sup>13</sup>. W jednym z wyroków, odnośnie do stwierdzonej praktyki naruszającej konkurencję w wyniku różnicowania podmiotowego opłat za dostawę wody i odprowadzanie ścieków, Sąd stwierdził: „Trudno zgodzić się z poglądem gminy, że ustalanie opłat za wodę i odprowadzanie ścieków jest publiczną działalnością gminy. Gmina ustala opłaty dla podległego sobie podmiotu gospodarczego z uwagi na posiadane w nim udziały. Ustalanie opłat wiąże się więc z działalnością gminy o charakterze zarobkowym. Takie działania gminy podlegają, o ile nie wprost, to w każdym razie odpowiedniej ocenie ustawy antymonopolowej”<sup>14</sup>.

Sąd nie miał natomiast żadnych wątpliwości co do przypadków, w których gmina prowadzi działalność zarobkową. Wtedy działalność taka podlega w pełni rygorom ustawy antymonopolowej. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy na mocy odpowiedniej regulacji wręcz monopolizuje ona niektóre rynki i ma władzę rynkową pozwalającą dyktować kontrahentom i konsumentom warunki funkcjonowania na rynku<sup>15</sup>. Co do innych jednostek komunalnych realizujących zadania własne, SOKiK jednoznacznie orzekł, że są one podmiotami gospodarczymi w rozumieniu przepisów prawa, a zatem odnoszą się do nich wprost regulacje antymonopolowe. Podmioty te nie mogą być zwolnione z prowadzenia przeciwko nim postępowań antymonopolowych tylko dlatego, że wykonują uchwały organów gminy. Organ antymonopolowy bada bowiem skutki rynkowe tych uchwał, które przeniesione na szczebel podmiotu realizacyjnego mogą być przyczyną zakazanych praktyk ograniczających konkurencję.

W tej kwestii wypowiedział się także Trybunał Konstytucyjny w uchwale z 27 września 1994 r. w sprawie powszechnie obowiązującej wykładni art. 85 i 87 ustawy o samorządzie terytorialnym. Trybunał uznał, że możliwe jest ustanowienie przez ustawodawcę kontroli lub nadzoru nad określonymi formami prawnymi działalności komunalnej gminy, wykonywanego w innym trybie i przez inne organy działające za pomocą siebie właściwych środków prawnych. „Takiego charakteru nie można odmówić organom działającym na podstawie ustawy o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym. W razie więc stwierdzenia praktyk monopolistycznych w działalności podmiotu wykonującego zada-

<sup>13</sup> Wyrok SA z 23.04.1992 r. (sygn. akt XVII Amr 5/92) oraz z 20.02.1993 r. (sygn. akt XVII Amr 35/92).

<sup>14</sup> Wyrok SA z 25.05.1994 r. (sygn. akt XVII Amr 34/95).

<sup>15</sup> Wyrok SA z 11.05.1994 r. (sygn. akt XV Amr 64/93).

nia w zakresie administracji publicznej Urząd Antymonopolowy może wydawać decyzje nakazujące zaniechanie takich praktyk<sup>16</sup>.

Wątpliwości formalne co do traktowania gminy jak podmiotu gospodarczego ustąpiły gdy została preredagowana w ustawie antymonopolowej w 1995 r. definicja podmiotu gospodarczego (obecnie przedsiębiorcy) przez objęcie nią jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, prowadzących działalność gospodarczą albo organizujących lub świadczących usługi o charakterze użyteczności publicznej, które nie są działalnością gospodarczą w rozumieniu (ówczesnej) ustawy o działalności gospodarczej. W tym stanie rzeczy zostało przesądzone, że gmina w zakresie działalności gospodarczej o charakterze użyteczności publicznej i wszystkie jednostki użyteczności publicznej podległe władzom publicznym są zaliczane do podmiotów gospodarczych, przeciwko którym może być prowadzone wprost postępowanie antymonopolowe.

Na wszystkie wątpliwości gmin, kiedy występuje ona w roli władzy publicznej (*imperium*), a kiedy w roli przedsiębiorcy (*dominium*), odpowiedział Sąd Najwyższy w wyroku z 2008 r., rozstrzygając, że „Przedmiotem oceny prezesa UOKiK oraz SOKiK nie jest legalność podjętych przez jednostkę samorządu terytorialnego decyzji lub wydawanych aktów prawa miejscowego z zakresu organizowania usług użyteczności publicznej, lecz ocena tego, w jaki sposób wpłyną one na konkurencję na rynku, którego zasad funkcjonowania dotyczą”. I dalej: „Jako przedsiębiorca, jednostka samorządu terytorialnego ma obowiązek uwzględnić w swojej działalności zakazy wynikające z ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nawet wtedy, gdy wydaje akty prawa miejscowego lub decyzje administracyjne, związane z organizowaniem usług użyteczności publicznej”. Nadmieniał również, że przedsiębiorcą jest także osoba prawna organizująca lub świadcząca usługi o charakterze użyteczności publicznej. „Uzasadnieniem dla traktowania gmin jako przedsiębiorców w obszarze, w którym korzystają z przysługujących im kompetencji władczych i wydają akty prawa miejscowego, jest dotychczasowa praktyka wskazująca jednoznacznie, iż interwencja prezesa Urzędu jest najczęściej jedynym skutecznym instrumentem kontroli działalności gmin w tym zakresie i ochrony interesów ekonomicznych ich mieszkańców, na co wskazuje chociażby liczba spraw prowadzonych przeciwko jednostkom samorządu terytorialnego<sup>17</sup>.

Oprócz braku legitymacji biernej w postępowaniu antymonopolowym, gminy, podważając nieuzasadnione – ich zdaniem – interwencje prezesa UOKiK

<sup>16</sup> Wyrok SA z 28.06.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 13/95).

<sup>17</sup> Wyrok SN z 20.11.2008 r. (sygn. akt III SK 12.08).



w realizację przez nie zadań własnych, powołują się często na art. 353<sup>1</sup> oraz na art. 140 Kodeksu cywilnego. Pierwszy odnosi się do zasady samodzielności gospodarczej przedsiębiorców, która przejawia się w obrocie gospodarczym, zwłaszcza w swobodzie kontraktowej, na którą składa się zarówno swoboda zawierania umów, jak i swoboda kształtowania ich treści. Bazując na przepisie tego artykułu, gminy uważały, że organ antymonopolowy narusza te swobody, kwestionując niektóre ich działania. Stanowisko organu antymonopolowego jest jednak takie, że swoboda umów nie może być traktowana jako dowolność, bowiem jej granice są zakreślone ustawami, do których – w wypadku posiadania przez podmiot pozycji dominującej – należy również ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Gmina nie może zatem dowolnie zrywać czy wypowiedzieć umowy, chociażby taka możliwość była zastrzeżona w umowie. Jak stwierdził SOKiK, wypowiedzianie przez gminę umów w warunkach nadużycia pozycji dominującej, ograniczania samodzielności jej kontrahentów i nieliczenia się z ich uzasadnionymi potrzebami jest praktyką monopolistyczną, zaś taka czynność prawna dotknięta jest sankcją nieważności<sup>18</sup>. Sąd Najwyższy dodał, że nawet „działania w pełni legalne, w postaci zastrzeżenia ważnego postanowienia umownego w ramach dopuszczalnej swobody kontraktowej, wcale jeszcze nie wykluczają uznania go za praktykę antykonkurencyjną, jeżeli tylko spełnia ustawowe przesłanki przesądzające o uznaniu go za taką praktykę<sup>19</sup>”.

Z kolei, powołując się na art. 140 k.c., gminy uważały, że organ antymonopolowy nie ma prawa wtrącać się do tego, w jaki sposób rozporządzają one i korzystają ze swojego mienia. W sprawach antymonopolowych dotyczy to najczęściej cmentarzy komunalnych, wysypisk gminnych, przystanków autobusowych, placów i hal targowiskowych czy lokali użytkowych. I znowu, zgodnie z orzecznictwem, ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów jest jednym z tych aktów normatywnych, do których artykuł ten odsyła dla określenia granic wykonywania przez właściciela swego prawa dysponowania rzeczą. Organ antymonopolowy nie zabrania gminie – jako właścicielowi majątku komunalnego – pobierania korzyści i innych dochodów z użytkowania tego majątku, o ile nie są one konsekwencją stosowania zakazanych praktyk monopolistycznych<sup>20</sup>. SOKiK w jednym z wyroków stwierdził, że pomimo przepisów k.c. dotyczących możliwości pobierania przez właściciela korzyści z rzeczy, pobieranie czynszu najmu lub dzierżawy lokali użytkowych w nadmiernej wysokości przez dominanta rynkowego – często gminę – może być nielegalne na gruncie prawa antymonopolowego<sup>21</sup>.

<sup>18</sup> Wyrok SA z 26.1.1994 r. (sygn. akt AMR 24/94).

<sup>19</sup> Wyrok SN z 14.05.1999 r. (sygn. akt I CKN 1152/97).

<sup>20</sup> Wyrok SA z 14.06.1995 r. (sygn. akt XVII Amr 11/95).

<sup>21</sup> Wyrok SOKiK z 27.06.2001 r. (sygn. akt XVII Ama 88/00).



Bywa też, że gminy lub komunalne podmioty prawne bronią się przed stawianymi zarzutami praktyk monopolistycznych, argumentując, że przecież wykonują jedynie decyzje czy też akty prawa miejscowego stanowione przez gminę. Otóż, nie zawsze istnienie normy prawa miejscowego uchwalonej przez gminę będzie zwalniać jednostki gminne lub same gminy od zarzutu naruszenia przepisów ustawy o ochronie konkurencji. Kluczowy jest tu art. 3 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiący, że przepisów tej ustawy nie stosuje się do ograniczeń konkurencji dopuszczonych na podstawie odrębnych ustaw. Wynika z tego, że jedynie wówczas, gdy delegacja ustawowa dopuszcza takie ograniczenia, można tworzyć przepisy prawa miejscowego zawierające regulacje ograniczające konkurencję.

Przykładowo, art. 19 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków stanowi, że rada gminy, po dokonaniu analizy projektów regulaminów dostarczania wody i odprowadzania ścieków opracowanych przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne, uchwała regulamin dostarczania wody i odprowadzania ścieków, który jest aktem prawa miejscowego<sup>22</sup>. Właśnie w tychże regulaminach wstawiane są często postanowienia sprzeczne z ustawą o ochronie konkurencji i interesem konsumentów, na przykład wyłącza-jące odpowiedzialność dostawcy wody za przerwy w dostawach lub niestosowanie rabatów za dostawy wody niezgodnej z wymaganymi parametrami. W tej kwestii SOKiK wielokrotnie podkreślał, że wymieniony przepis zawiera jedynie delegację do uchwalenia przez radę gminy regulaminu dostarczania wody i odprowadzania ścieków oraz wskazuje, co powinien zawierać taki regulamin, ale w żadnej mierze nie dopuszcza ograniczenia konkurencji<sup>23</sup>. A zatem uchwalenie przez gminy prawa miejscowego, w którym znajdują się postanowienia naruszające regulacje ustawy o ochronie konkurencji, nie jest wystarczającym powodem nieobjęcia tej działalności postępowaniem antymonopolowym. Takim powodem byłoby dopiero wskazanie w delegacji ustawowej, że takie ograniczenie konkurencji jest dopuszczalne. Tego typu przypadki są widoczne także na rynku zbierania i składowania odpadów stałych i innych. Stanowisko to nie może budzić wątpliwości po ukazaniu się, cytowanego wcześniej, orzeczenia SN z 20 listopada 2008 r.

### **Komunalne praktyki ograniczające konkurencję**

Można wyróżnić cztery obszary działalności komunalnej gmin, na których dochodzi do najliczniejszych naruszeń ustawy o ochronie konkurencji i konsu-

<sup>22</sup> Ustawa z 7.06.2001 r. o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków (t.j. DzU z 2006 r., nr 123, poz. 885).

<sup>23</sup> Wyrok SOKiK z 2.07.2009 r. (sygn. akt XVII Ama 45/08).

mentów. Są to działania gmin na rynku dostawy wody i odprowadzania ścieków; zbierania i składowania odpadów stałych; udostępniania przystanków komunikacji miejskiej oraz usług cmentarnych i pogrzebowych.

## Rynek dostawy wody i odprowadzania ścieków

Gospodarka wodno-kanalizacyjna prowadzona jest z reguły przez spółki gminne z ograniczoną odpowiedzialnością. Zdarza się także, iż jest ona zorganizowana w formie zakładu budżetowego albo też gmina, będąc właścicielem majątku produkcyjnego, powierza wykonywanie zadań zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków operatorowi prywatnemu. Z tego rynku najczęściej skarg dotyczy wysokości pobieranych opłat za wodę i ścieki. Skarżącymi są najczęściej mieszkańcy z mniejszych i biedniejszych miejscowości. Na przykład, na Dolnym Śląsku wiele skarg wpływa zwłaszcza z rejonu Wałbrzycha i Jeleniej Góry, gdzie świadczeniem tych usług zajmują się międzygminne związki. Z analizy badanych przypadków wynika, że dynamika wzrostu tych opłat w ostatnich latach jest znaczna i przewyższała wskaźniki inflacji.

Na rynku tym pierwszoplanowa rola należy jednak do gmin. Ustawodawca bowiem w rozdziale 5 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków nałożył na organa gminy obowiązek zatwierdzania taryf na wodę i ścieki w formie uchwały. Przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne, w terminie 70 dni przed planowanym dniem wejścia taryfy w życie, przedstawia wójtowi (burmistrzowi, prezydentowi) wniosek o ich zatwierdzenie, łącznie z kalkulacją cen i stawek opłat. Następnie organ wykonawczy gminy sprawdza, czy taryfy zostały opracowane zgodnie z przepisami ustawy i przesyła je do zatwierdzenia radzie gminy, na co rada ma 45 dni. W świetle tych przepisów można uznać je za przepisy regulacyjne, a gminę regulatorem taryf na wodę i ścieki. Jest to jednak regulacja, którą można nazwać regulacją „miękką”. Po pierwsze dlatego, że jeśli rada gminy ma wątpliwości i odmówi zatwierdzenia taryf, uznając że są one niezgodne z przepisami, a organ nadzoru orzeknie o nieważności uchwały o odmowie zatwierdzenia taryf, to zweryfikowane wcześniej przez organ wykonawczy gminy (wójta, burmistrza, prezydenta) taryfy wchodzą w życie po upływie 14 dni od dnia doręczenia przedsiębiorstwu wodociągowo-kanalizacyjnemu rozstrzygnięcia nadzorczego. Po drugie, jeżeli rada gminy nie podejmie uchwały w przewidzianym terminie z powodu wątpliwości co do wysokości taryf, wówczas jako taryfy zweryfikowane wchodzą w życie po upływie 70 dni od dnia złożenia wniosku o ich zatwierdzenie. Zatem przy różnicy zdań co do wysokości taryf pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a radą gminy stroną przegrywającą jest rada gminy.

Zdarza się też, że w tym sporze rada gminy albo radni szukają sojusznika w Urzędzie Ochrony Konkurencji i Konsumentów, wnosząc skargę przeciwko własnemu przedsiębiorstwu komunalnemu. Powstaje więc pytanie, czy zasadne jest, aby to radzie gminy – jako najwyższemu organowi gminy, pełniącemu funkcje właścicielskie w stosunku do przedsiębiorstw wodociągowo-kanalizacyjnych – przypisane zostało zatwierdzanie taryf, czy też nie powinna to być instytucja niezależna i bardziej profesjonalna – na przykład Regionalna Izba Obrachunkowa. Ważne w tym kontekście jest również to, że organy nadzorcze nie sprawdzają, czy taryfy sporządzone zostały poprawnie pod względem kalkulacji niezbędnych przychodów, kosztów i ich alokacji. Obowiązkiem tych organów jest bowiem ocena sporządzenia taryf pod względem formalnym, to znaczy, czy nie zostały opracowane z naruszeniem prawa. Rzadko też rady gmin, gdy poziom taryf budzi ich wątpliwości, korzystają z pomocy specjalistów z tej dziedziny.

W zagadnienia wysokości taryf organ antymonopolowy wchodzi bardzo rzadko, jeśli taryfy są zatwierdzone uchwałą rady. Skoro bowiem ustawodawca stworzył odrębną regulację dla tej działalności, to trudno znaleźć racjonalne uzasadnienie, aby takim regulatorem miał być ponadto jeszcze UOKiK. Częściej natomiast organ antymonopolowy wszczyna postępowania wyjaśniające bądź sformalizowane, gdy taryfy te nie zostały zatwierdzone przez radę gminy. Zarzutem jest wówczas nadużywanie pozycji dominującej na rynku właściwym przez bezpośrednie lub pośrednie narzucanie cen nadmiernie wygórowanych lub nieuczciwych. Podstawą prowadzenia takiego postępowania jest wówczas ustawa antymonopolowa i jej konkretne postanowienia co do danej praktyki, a nie ustawa o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków. Nie wiążą go więc w żadnej mierze przepisy tej ustawy, a w szczególności dotyczące kalkulacji przychodów, kosztów i ich alokacji.

Udowodnienie stosowania ceny nadmiernie wygórowanej, której kryteria nie są formalnie określone, nie jest rzeczą prostą. Nie wchodząc w szczegóły prowadzonej w takim wypadku analizy, trzeba nadmienić, że fakt osiągnięcia zysku przez monopolistę nie jest wystarczający do stwierdzenia zarzucanej mu praktyki antykonkurencyjnej. To stanowisko popiera SOKiK, wielokrotnie powtarzając, że przedsiębiorca prowadzący działalność z zakresu użyteczności publicznej ma prawo podnosić ceny do takiego poziomu, który pozwoli mu na osiągnięcie przeciętnego zysku.

Jak już wspomniano, przepisy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów nie zawierają żadnych kryteriów, które pozwalają odróżnić ceny nadmiernie wygórowane od innych rodzajów cen. Organ antymonopolowy za cenę nadmiernie wygórowaną uważa cenę rażąco zawyżoną w stosunku do wartości ekono-

micznej świadczenia i której kontrahent nie zaakceptowałby w razie spotkania się przedsiębiorcy dominującego z istotną konkurencją. Rozpatrując zagadnienie ceny nadmiernie wygórowanej, organ antymonopolowy wypracował cztery zasadnicze kryteria jej oceny. Są to: analiza kalkulacji kosztów, analiza wielkości zysku na sprzedaży i rentowności sprzedaży, dynamika wzrostu cen oraz analiza porównawcza ceny z cenami występującymi na rynkach porównywalnych.

Posługując się tego typu analizą, organ antymonopolowy orzekł między innymi, że Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Strzelinie nadużył pozycji dominującej na rynku dostawy wody i odprowadzania ścieków (obejmującym gminę Strzelin) w wyniku ustalenia nadmiernie wygórowanych opłat abonamentowych za wodomierze dla odbiorców z grupy „przemysł spożywczy”, między innymi dlatego, że średnia stawka dla przemysłu spożywczego była 17-krotnie wyższa od średniej dla grupy „odbiorcy pozostali”<sup>24</sup>. Sąd, podtrzymując to rozstrzygnięcie dodał, że w przypadku zastanawiania się, czy cena ma charakter nadmiernie wygórowany, nie jest konieczne zbadanie wszystkich tych kryteriów, ale im więcej ich zostanie zastosowanych, tym bardziej wiarygodna będzie ocena legalności stosowanej praktyki. Podzielił również pogląd prezesa UOKiK, że zysk nie jest pierwszorzędą i jedyną przesłanką ustalenia, czy cena ma nadmiernie wygórowany poziom. Nie jest także istotny ogólny wynik finansowy przedsiębiorcy. W warunkach gospodarki rynkowej cena usług świadczonych przez firmy wodociągowo-kanalizacyjne musi bowiem pokrywać koszty oraz umożliwiać osiągnięcie zysku<sup>25</sup>. Całkowita wielkość zysku nie ma znaczenia dla ewentualnego stwierdzenia praktyki antymonopolowej, ponieważ zakazane jest stosowanie nadmiernie wygórowanych cen, nie zaś osiągnięcie choćby największego zysku<sup>26</sup>.

W innym przypadku prezes Urzędu zakwalifikował jako cenę nadmiernie wygórowaną opłatę pobieraną przez Rejonowe Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji w Tychach za dostawę wody w wyniku wliczania do niej nadmiernych kosztów ubytków wody na sieci przesyłowej. Nadmierny poziom strat wody, wliczany w koszty jej zakupu, oznacza bowiem rażące zawyżanie ceny wobec wartości usługi dostawy<sup>27</sup>. Wskutek kolejnych odwołań strony od tej decyzji wypowiedział się również Sąd Najwyższy w postępowaniu kasacyjnym. Między innymi stwierdził, że ceną nadmiernie wygórowaną jest cena, która obiektywnie jest istotnie za wysoka dla danego towaru w ustalonych w konkretnej sprawie warunkach rynkowych. Nie można natomiast łączyć ceny nadmiernie

<sup>24</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 31.12.2008 r. (nr RWR 85/2008).

<sup>25</sup> Wyrok SOKiK z 15.07.2010 r. (sygn. akt XVII AmA 61/09).

<sup>26</sup> Wyrok SOKiK z 24.04.2002 r. (sygn. akt XVII AmA 73/01).

<sup>27</sup> Decyzja prezesa UOKiK 7.03.2007 r. (nr RKT-7/2007).

wygórowanej z samym naruszeniem zasady ekwiwalentności świadczeń, ponieważ cena wygórowana nie jest ceną ekwiwalentną. Nie należy także utożsamiać jej z samą wysokością marży zysku czy też rentownością stosującego ją podmiotu, gdyż ceną taką może być także cena zapewniająca niewielki zysk, jeżeli jej kalkulacja będzie uwzględniała wysoki poziom kosztów. Podkreślił również, że wykazanie w konkretnych okolicznościach faktycznych, iż stosowana cena jest nadmiernie wygórowana, napotyka wiele trudności wspólnych wszystkim praktykom antykonkurencyjnym o charakterze cenowym. Nie może bowiem prowadzić do kwalifikowania jako ograniczającej konkurencję ceny wyższej od ceny pobieranej przez konkurentów. Za najlepszą metodę badawczą takiej ceny uważa metodę kosztową (pozwalającą zestawić daną cenę z kosztami) oraz metodę porównawczą (pozwalającą weryfikować, czy w kalkulacji uwzględniono rozsądne koszty). Porównywanie danej ceny z cenami podmiotów działających na takich samych rynkach produktowych, w podobnych warunkach oraz stosujących analogiczne zasady kalkulacji taryf, Sąd uznał za jak najbardziej trafne<sup>28</sup>.

Łatwiej jest udowodnić praktykę ceny nieuczciwej, niemającej charakteru ceny nadmiernie wygórowanej. Jest to możliwe na przykład wtedy, gdy przedsiębiorca wodno-kanalizacyjny z jakichś powodów obejmuje kalkulacją kosztów pozycje, które nie mają uzasadnienia lub są zawyżone<sup>29</sup>. Za cenę nieuczciwą prezes UOKiK uznał cenę stosowaną przez Przedsiębiorstwo Wodociągów i Kanalizacji „Nysa” ze Zgorzelca za dostawę wody ustalonej w taryfie, w sytuacji dostarczania wody o pogorszonej jakości, dopuszczonej warunkowo przez Inspekcję Sanitarną<sup>30</sup>. Przy rozpatrywaniu odwołania od tej decyzji SOKiK zdefiniował pojęcie ceny nieuczciwej jako ceny nieekwiwalentnej w stosunku do wartości oferowanej w zamian za usługi lub świadczenia. Ponadto, ceną nieuczciwą określa się cenę ustaloną w sprzeczności z dobrymi obyczajami, rozumianymi jako normy postępowania nakazujące nienadużywania w stosunku do słabszego uczestnika obrotu posiadanej przewagi kontraktowej<sup>31</sup>. Sąd w uzasadnieniu uznał, że dla stwierdzenia praktyki, czyli wykazania nieuczciwości narzucania odbiorcom ceny, nie ma znaczenia sytuacja finansowa przedsiębiorcy czy przeniesienie ekonomicznych skutków bonifikat na podatników. Ceną nieuczciwą była też cena hurtowa wody narzucona odbiorcy – Zakładowi Gospodarki Komunalnej w Świętej Katarzynie przez Zakład Wodociągów i Kanalizacji w Oławie przez przyjęcie w jej kalkulacji zawyżonej wartości zakupu 1m<sup>3</sup>

<sup>28</sup> Wyrok SN z 18.02.2010 r.(sygn. akt III SK 24/09).

<sup>29</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 15.02.2002 r. (nr RGD-6/2002).

<sup>30</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 15.07.2008 r. (nr RWR – 29/2008).

<sup>31</sup> Wyrok SOKiK z 21.07.2009 r. (sygn. akt XVII AmA 73/08).

wody o 0,12 zł/m<sup>3</sup>, co w efekcie zawyżyło cenę końcową wody dla odbiorców finalnych<sup>32</sup>.

Warto odnotować istotną zmianę, jaka nastąpiła w orzecznictwie sądowym w odniesieniu do kwestii charakteru prawnego taryf na wodę i ścieki. SOKiK, kierując się wyrokami sądów administracyjnych przyjął, że w aktualnie obowiązującej wykładni prawa uchwała rady gminy zatwierdzająca taryfy na wodę i ścieki nie jest aktem prawa miejscowego. Jest natomiast aktem z zakresu administracji publicznej, czyli wyrazem władczego oddziaływania rady na kształt rozliczeń za usługi ze sfery publicznej pomiędzy przedsiębiorstwem wodociągowo-kanalizacyjnym a odbiorcami, jako podmiotami zewnętrznymi wobec rady gminy, w żaden sposób niepodporządkowanymi jej funkcjonalnie. Zatwierdzając taryfę, gmina kształtuje bowiem relację prawną (w zakresie rozliczeń) istniejącą pomiędzy tymi podmiotami<sup>33</sup>. Z kolei SOKiK, powołując się na to orzeczenie sądu administracyjnego dodał, że za niekwalifikowaniem taryf do aktów prawa miejscowego dostarcza argumentu także art. 40 ustawy o samorządzie gminnym. Ustęp 2 tego artykułu, który wskazuje w jakim zakresie organy samorządu mogą wydawać akty prawa miejscowego, nie wymienia wśród nich zasad prowadzenia gospodarki wodno-ściekowej gminy. Sąd podzielił więc stanowisko prezesa UOKiK co do tego, że ma on kompetencje do badania legalności taryf pod kątem ich zgodności z ustawą antymonopolową i odrzucił zarzut powoda, że organ antymonopolowy nie był uprawniony do ingerowania w uchwałę dotyczącą taryf<sup>34</sup>.

Zmiana kwalifikacji prawnej uchwały rady gminy w sprawie zatwierdzania taryf na zbiorowe zaopatrzenie w wodę i zbiorowe odprowadzenie ścieków, to znaczy uznanie, że nie stanowią one aktów prawa miejscowego, zmienia też charakter opłat (cen) wchodzących w skład tej taryfy. Nie mają one już charakteru cen sztywnych, których właściwością jest, że nie podlegają negocjacji z odbiorcami i tym samym nie istnieje możliwość ich obniżenia. Skoro są tylko wyrazem władczych relacji pomiędzy spółką wodno-kanalizacyjną a radą gminy, to ta cecha prawna taryf znika. Zmienia to położenie odbiorców w relacji z dostawcami wody, ponieważ w wypadku dużych odbiorców, mających znaczną siłę kontraktową, równoważącą w jakimś stopniu siłę ekonomiczną dostawców, mogą oni zostać zmuszeni do negocjacji. Opłaty te można natomiast kwalifikować jako ceny maksymalne, czyli nie mogą one być wyższe od poziomu opłat zatwierdzonych w taryfie.

<sup>32</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 14.12.2004 r. (nr RWR 39/2004).

<sup>33</sup> Wyrok NSA z 2.12.2003 r. (sygn. akt II SA /Kr 999/03), a także wyrok NSA z 21.07.2005 r. (sygn. akt OSK /1741/04).

<sup>34</sup> Wyrok SOKiK z 15.07.2010 r. (sygn. akt Ama 61/09).



Inną kategorią praktyk monopolistycznych stosowanych na rynku zbiorowego zaopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków jest zamieszczenie w umowach z odbiorcami zapisów, że dostawca wody nie ponosi odpowiedzialności za przerwy w dostawie spowodowane brakiem wody na ujęciu, awarią urządzeń lub sieci wodociągowej, zanieczyszczeniem wody na ujęciu w sposób niebezpieczny dla zdrowia oraz przerwą w dostawie energii elektrycznej zasilającej urządzenia wodociągowe. Takie postanowienia umowne są zakazaną w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów praktyką monopolistyczną, gdyż dostawca wody mający pozycję monopolistyczną nie może uchylać się od odpowiedzialności umownej za swe zawinione zachowania, czyli od bycia w stałej gotowości dostarczania wody i odprowadzania ścieków. Przerzucenie całego ryzyka niezrealizowania umowy o zaopatrzenie w wodę i odprowadzanie ścieków w związku z wymienionymi przyczynami – zdaniem SOKiK – należy uznać za niedopuszczalne; również dlatego, że w ten sposób przedsiębiorca wodociągowo-kanalizacyjny unika odpowiedzialności z tytułu niewykonania bądź nienależytego wykonania zobowiązania i wypłaty odbiorcom ewentualnie należnego odszkodowania w razie poniesienia szkód<sup>35</sup>. W celu uniknięcia zarzutu nadużywania pozycji dominującej w tym zakresie, przedsiębiorcy ci muszą zatem doprecyzować zapisy umowne tak, aby wyłączenie ich odpowiedzialności z tytułu braku wody na ujęciach dotyczyło jedynie okoliczności, za które nie ponoszą odpowiedzialności.

Gminom stawiane są też zarzuty, że przejmując odpłatnie urządzenia wodociągowe i kanalizacyjne – do czego są zobowiązane na mocy art. 31 ust. 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków – od osób, które wybudowały je z własnych środków, narzucają uciążliwe warunki umów przez uzależnienie ich przejścia od wyrażenia zgody przez te osoby na ustanowienie nieodpłatnej służebności przesyłu. Podobną praktyką jest wymuszanie na odbiorcy wody wykonania na własny koszt części robót niezwiązanych z budową przyłącza<sup>36</sup>.

Bezprawną praktyką antykonkurencyjną stosowaną przez przedsiębiorstwa wodociągowo-kanalizacyjne jest też uzależnianie wznowienia dostarczenia wody i odprowadzania ścieków (po ich wstrzymaniu na podstawie przyczyn, o których mówi art. 8 ust. 2 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, między innymi wskutek stwierdzenia nielegalnego poboru wody lub nielegalnego odprowadzania ścieków, czyli bez zawarcia

<sup>35</sup> Wyrok SA z 2009 r. (sygn. akt VI ACa 461/09).

<sup>36</sup> Decyzja prezesa z 23.07.2008 r. (nr RKR 14/2008).



umowy<sup>37</sup>) od pokrycia przez odbiorcę kosztów odcięcia i ponownego uruchomienia dostawy wody lub odbioru ścieków. Sąd apelacyjny, który wypowiedział się w tej kwestii, orzekł, że praktyka ta jest zakazana, gdyż samo ustanie przyczyny przerwania dostaw wody lub odprowadzania ścieków powinno skutkować przywróceniem ciągłości świadczenia usług. Opłaty takiej nie przewidują też przepisy wspomnianej ustawy. Praktyką bezprawną jest także zamieszczanie w umowie przez przedsiębiorstwo wodociągowo-kanalizacyjne możliwości rozwiązania umowy z przyczyn, które wykraczają poza przyczyny enumerowane w przepisach prawa. W Rybniku, na przykład, umowa mogła być rozwiązana przez dostawcę wody z trzymiesięcznym wypowiedzeniem, ze skutkiem na koniec miesiąca kalendarzowego, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania umowy przez odbiorcę. Również co do tego zachowania sąd apelacyjny zgodził się z organem antymonopolowym, że narzucenie odbiorcom wody takiego zapisu w umowie stanowiło nadmierną uciążliwość przez możliwość odcięcia dostępu do wody i kanalizacji w sposób wykraczający poza regulację ustawową<sup>38</sup>.

## Rynek zbierania i składowania odpadów komunalnych

Jest to szczególnie wrażliwy rynek jeśli chodzi o zakłócenia konkurencji ze strony gminy, zaś działalność organu antymonopolowego jest tu szczególnie intensywna. W przeciwieństwie do rynku zbiorowego zopatrzenia w wodę i zbiorowego odprowadzenia ścieków, stroną postępowań antymonopolowych są wprost gminy. Mają one bowiem na tym rynku pozycję monopolisty w zakresie działalności organizacyjnej podejmowanej dla utrzymania porządku i czystości na podległym im terenie. Monopol ten wynika z przepisów ustawy o samorządzie gminnym oraz ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach. Gminy mają obowiązek zapewnić czystość i porządek oraz warunki niezbędne do ich utrzymania, a zwłaszcza do wykonywania związanych z tym prac, tworząc w tym celu odpowiednie jednostki organizacyjne. Gmina, realizując te zadania, nie może jednak zapominać, że jest również przedsiębiorcą w rozumieniu ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, co oznacza, że ma obowiązek przestrzegania jej przepisów. Dlatego też podejmowane przez gminę działania w zakresie organizowania usług o charakterze użyteczności publicznej, w tym utrzymania porządku i czystości, podlega ocenie organów antymonopolowych<sup>39</sup>.

---

<sup>37</sup> Zgodnie z art. 28 ust 1 ustawy o zbiorowym zaopatrzeniu w wodę i zbiorowym odprowadzeniu ścieków, kto dopuszcza się takich zachowań, podlega karze grzywny do 5000 zł.

<sup>38</sup> Wyrok SA z 7.05.2010 r. (sygn. akt VIACa 1084/09).

<sup>39</sup> Wyrok SOKiK z 26.11.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 8/03).

Zakazana przez ustawę o ochronie konkurencji i konsumentów jest działalność gminy polegająca na narzucaniu właścicielom nieruchomości nieuczciwych warunków zakupu usług wywozu komunalnych odpadów stałych, w wyniku przyjęcia normatywnego sposobu określania ich ilości, na jaką opiewać musi umowa wywozu. Gmina nie może pominąć przeprowadzenia w tej sprawie konsultacji z mieszkańcami, lub referendum, jak również ustalać norm w oderwaniu od wielkości rzeczywistych lub deklarowanych przez poszczególnych dostawców odpadów, a także nie uwzględnić wykonania badań, których przedmiotem byłoby określenie ilości przeciętnych dla określonych grup dostawców.

Zdaniem prezesa UOKiK, gmina Trzcianka jako monopolista na tym rynku, postępując właśnie w ten sposób osiągnęła korzyści o wiele większe, niż gdyby działała w warunkach rynku konkurencyjnego. Korzyściami tymi było uniknięcie kosztów i wysiłku organizacji konsultacji społecznych oraz kosztów przeprowadzenia stosownych badań. Wskutek takiego zachowania, jak stwierdził organ antymonopolowy, nie można wykluczyć, że w rezultacie mieszkańcy gminy zostali obciążeni kosztami usług w rozmiarach, które obiektywnie przekraczają ich potrzeby<sup>40</sup>. SOKiK całkowicie podzielił to stanowisko, stwierdzając że: „przepis art. 4 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach nie upoważnia gminy do ustalenia regulacji dotyczących określenia ilości wywożonych nieczystości. Punkt 3 wskazanego przepisu uprawnia bowiem gminę do ustalania sposobu i częstotliwości pozbywania się odpadów komunalnych lub nieczystości z terenu nieruchomości, co nie jest równoznaczne z prawem ustalania norm ilościowych odpadów produkowanych przez każde gospodarstwo domowe”<sup>41</sup>.

Najbardziej jednak znacząca i budząca wiele kontrowersji jest działalność gmin dotycząca ograniczania konkurencji przez wykorzystywanie swoich ustawowych uprawnień w celu utrudniania prywatnym przedsiębiorcom, prowadzącym działalność gospodarczą z zakresu zbierania i utylizacji odpadów komunalnych, dostępu do tego rynku. Tutaj często gminy chronią swoje firmy komunalne lub własne interesy związane z gospodarowaniem składowiskiem odpadów stałych, utrudniając lub wręcz odmawiając udzielania zezwoleń przedsiębiorcom prywatnym na prowadzenie takiej działalności. Przedsiębiorcy ubiegający się o wydanie zezwolenia są zmuszani do odprowadzania odpadów zebranych z terenu gminy wyłącznie na składowisko przez nią wskazane, albo spotykają się z odmową przyjmowania tych odpadów na inne składowisko gminne, a także za składowanie pobierane są od nich opłaty w wysokości większej niż od podmiotu gminnego.

<sup>40</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 19.12.2000 r. (nr RPZ-27/2000).

<sup>41</sup> Wyrok SOKiK z 26.11.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 8/03).

Kwestię dopuszczenia przedsiębiorców prywatnych do świadczenia usług odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z obszaru gminy reguluje art. 7 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach<sup>42</sup>. Inicjatywa podjęcia i prowadzenia działalności na tym rynku należy do przedsiębiorcy. Dostęp do wykonywania tego rodzaju usług nie jest jednak całkiem wolny, ponieważ wymagane jest uzyskanie przez przedsiębiorcę (zgodnie z tym przepisem) zezwolenia, które w formie decyzji administracyjnej wydaje wójt, burmistrz lub prezydent miasta. Z ubiegania się o zezwolenie zwolnione są natomiast gminne jednostki organizacyjne zajmujące się odbieraniem odpadów komunalnych, co niewątpliwie już „na starcie” buduje przewagę rynkową firm gminnych w stosunku do przedsiębiorców prywatnych.

Aby otrzymać zezwolenie, przedsiębiorca niegminny musi spełnić wymagania, które są podane do wiadomości publicznej przez organ wykonawczy gminy. Jednym z wymagań – zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach – jest wskazanie we wniosku o udzielenie zezwolenia miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, wynikającego z wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, do którego odpady mają być przekazywane.

Kwestię wymagań precyzuje rozporządzenie ministra środowiska w sprawie szczegółowego sposobu określania wymagań jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia<sup>43</sup>. Rozporządzenie to w § 2 ust. 1 pkt 3 precyzuje, że miejsce odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych określa się w sposób precyzyjny, zrozumiały, niedyskryminacyjny, nieograniczający konkurencji oraz nieutrudniający dostępu do rynku przedsiębiorców świadczących usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. W przepisach tych nie ma odesłania, że to gmina określa miejsce odzysku i unieszkodliwiania w sensie geograficznym, czyli wskazuje konkretne składowisko, na którym te zabiegi mają być wykonywane. O tym, że wybór miejsca składowania należy do przedsiębiorcy, przesądza art. 8 ust. 2 pkt 2 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, który mówi, że przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinien we wniosku udokumentować gotowość ich przyjęcia przez przedsiębiorcę prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów, spełniającego wymagania odnoszące się do miejsc odzysku lub unieszkodliwiania, o których mowa jest w art. 9 ust. 3 i 4 ustawy

<sup>42</sup> Ustawa z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (t.j. DzU z 2008 r., nr 5, poz. 236).

<sup>43</sup> Rozporządzenie ministra środowiska z 30.12.2005 r. sprawie szczegółowego sposobu określania wymagań jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia (DzU z 2006 r., nr 5, poz. 33).

o odpadach<sup>44</sup>. Zatem to na przedsiębiorcy ubiegającym się o zezwolenie spoczywa obowiązek wskazania składowiska, na które mają trafić odpady, pod warunkiem, że jest ono urządzone zgodnie z przepisami o ochronie środowiska i ustawy o odpadach, a jednocześnie – w zgodzie z art. 9 ust. 2 tej ustawy – spełnione zostało kryterium wskazujące, że odpady, których nie można odzyskać lub unieszkodliwić w miejscu ich powstania, powinny być przekazywane do najbliższej położonych miejsc, w których mogą być poddane tym procesom (zasada bliskości). Na tym właśnie tle dochodzi do nadużycia pozycji dominujących przez gminy i zakłóceń konkurencji, ponieważ gminy najczęściej odmawiają udzielenia zezwolenia przedsiębiorcom, gdy we wniosku jest co prawda zachowana zasada bliskości położenia składowiska, ale jest to inne wysypisko, niż to, które wskazuje gmina. Wówczas przedsiębiorcy albo podporządkowują się woli gminy, albo rezygnują z prowadzenia działalności na jej rynku bądź zawiadamiają o takich praktykach organ antymonopolowy.

W aktualnym stanie prawnym miejsce składowania może być inne niż tylko to, które wskazuje gmina udzielająca zezwolenia. Przyjmując, że składowiskami czynnymi i legalnymi, spełniającymi normy ochrony środowiska są wszystkie składowiska wpisane do gminnych planów gospodarki odpadami (które są z kolei częścią powiatowego, a następnie wojewódzkiego planu gospodarki odpadami), to wybór przez przedsiębiorcę ubiegającego się o zezwolenie jednego z nich, które nie jest jednak składowiskiem gminnym, spełnia natomiast kryterium bliskości, będzie zgodne z regułami konkurencji określonymi w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów. W związku z cytowanymi wyżej przepisami ustawy o odpadach i utrzymaniu czystości i porządku w gminach, gminy nie mogą przypisać sobie uprawnień, ponad te, które wynikają z uregulowań. Przepisy o ochronie środowiska nakładają na nie kluczowe zadania z tego zakresu, natomiast nie dają prawa do ograniczania konkurencji. W wyborze miejsc składowania, w granicach wymienionych wyżej przepisów, spełniają one rolę pasywną, a nie regulacyjną i nie mogą odmówić wydania zezwolenia, jeżeli spełnione są opisane wyżej formalne warunki jego uzyskania.

W sprawach praktyk antykonkurencyjnych z tego obszaru organ antymonopolowy najpełniej wypowiedział się w dwóch decyzjach, dotyczących zachowania gminy Gorzów Wielkopolski na rynku zbierania i składowania odpadów. Prezes UOKiK uznał za ograniczające konkurencję narzucanie przez gminę przedsiębiorcom ubiegającym się o zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z terenu Gorzowa Wielkopolskiego – skła-

---

<sup>44</sup> Ustawa z 27.04.2001 r. o odpadach (t.j. DzU z 2007 r., nr 39, poz. 251).

dowania ich wyłącznie na wysypisku należącym do Zakładu Utylizacji Odpadów Sp. z o.o. w Chróściku oraz nakazał zaniechanie tej praktyki<sup>45</sup>.

Gmina Gorzów Wielkopolski wybudowała w Chróściku nowoczesne składowisko odpadów połączone z zakładem utylizacji, a jego prowadzenie powierzyła Zakładowi Utylizacji Odpadów, w którym ma 100% udziałów. W zarządzeniu prezydenta miasta określiła warunki wydania zezwolenia, a wśród nich podała, że przedsiębiorca ubiegający się o zezwolenie zobowiązany jest dostarczać zebrane odpady – zgodnie z art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach – do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwieniu, z uwzględnieniem najlepszej dostępnej techniki lub technologii, to jest do Zakładu Utylizacji Odpadów w Gorzowie Wielkopolskim. Wobec tego dyktatu, przedsiębiorcy, nie mając innego wyjścia a chcąc prowadzić działalność na rynku gminy Gorzów Wielkopolski, godzili się na wskazane składowisko. Tak między innymi postąpiła spółka Ragn-Sells Polska po dwuletniej walce z gminą, podczas której wskazywała inne miejsce składowania, zawiadamiając jednocześnie UOKiK o takim zachowaniu gminy.

Organ antymonopolowy, uważając, że opisane działanie gminy jest zakazaną praktyką monopolistyczną, swoje stanowisko uzasadnił następująco: „Ograniczenie przez gminę Gorzów Wlkp. konkurencji w wyniku przyjęcia zasady, iż odpady komunalne mogą być składowane wyłącznie na podległym jej wysypisku, niewątpliwie tę konstytucyjną zasadę wolności gospodarczej może naruszać. Ustawodawca bowiem nie wskazał wyraźnie, iż w zezwoleniu oraz w gminnym planie gospodarki odpadami należy umieścić tylko jedno miejsce składowania i unieszkodliwiania odpadów, a także, że lista przedsiębiorców prowadzących działalność w zakresie unieszkodliwiania odpadów, wskazanych w tym planie, nie może być aktualizowana. Należy przyjąć, iż gdyby ustawodawca chciał odebrać przedsiębiorcy prawo wyboru innego miejsca niż wskazane w planie składowiska, to musiałoby to zostać wyraźnie unormowane w art. 9 ustawy o odpadach, będącym kluczowym przepisem dla rozpatrywanego problemu. Tymczasem hipoteza tego artykułu takiego ograniczenia nie zawiera. Tym samym odmienna interpretacja art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach, wprowadzona przez gminę w życie, zdaniem organu antymonopolowego, jest nieuzasadniona. Jednocześnie takie zachowanie Gminy można uznać za sprzeczne z zasadami podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej, określonymi w art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej”.

---

<sup>45</sup> Decyzje prezesa UOKiK z 27.11.2003 r. (nr RWR 36/2003) oraz z 7.06.2006 r. (nr RWR 22 /2006).

Kluczowe jest też wyrażone w tej decyzji stanowisko wobec tego typu spraw: „Jeżeli jednak przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia posiada zapewnienie przyjęcia odpadów przez innego przedsiębiorcę, prowadzącego działalność w zakresie odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych i posiadającego w tym zakresie stosowne zezwolenia, to Gmina swoim działaniem nie jest upoważniona do odmowy wskazania tego wysypiska w wydawanym zezwoleniu, jeżeli zachowana jest zasada bliskości, o której mówi art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach. Odmawiając wydania takiego zezwolenia, tworzy ona bowiem bariery dla rozwoju nieskrępowanej konkurencji zarówno pomiędzy przedsiębiorcami świadczącymi usługi w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, jak również na rynku składowania odpadów (tj. pomiędzy przedsiębiorcami prowadzącymi te składowiska), co odbywa się ze szkodą dla końcowych nabywców tych usług”<sup>46</sup>.

SOKiK całkowicie podzielił rozstrzygnięcie organu antymonopolowego, stwierdzając że: „Gmina Gorzów Wlkp. w sposób ewidentny narzuciła przedsiębiorcy ubiegającemu się o zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie obrotu odpadami komunalnymi, możliwość składowania odpadów wyłącznie na składowisku należącym i prowadzonym przez Zakład Utylizacji Odpadów sp. z o.o., który to zakład jest spółką utworzoną przez gminę, w którym gmina posiada wszystkie udziały”<sup>47</sup>. Chociaż decyzja ta na szczeblu apelacji została umorzona ze względów formalnych z uwagi na to, że w obrocie prawnym funkcjonuje już inna, analogiczna decyzja prezesa UOKiK wydana w tej samej sprawie przeciwko gminie Gorzów Wlkp., i o takim samym rozstrzygnięciu końcowym, SOKiK w uzasadnieniu tego umorzenia ponownie podkreślił jej merytoryczną słuszność. Zgodził się ze stanowiskiem organu antymonopolowego, że ustawa o odpadach w art. 9 ust. 2 mówi o „najbliższych położonych miejscach”, do których należy przekazywać odpady celem poddania ich odzyskowi bądź unieszkodliwianiu, a nie jednym „miejscu”. Wobec tego, jeśli inne składowiska znajdujące się na terenie województwa spełniały wszelkie wymagania niezbędne do prowadzenia działalności w zakresie składowania i utylizacji odpadów komunalnych, a do tego ich położenie nie pozostawało w sprzeczności z „zasadą bliskości” wyrażoną w wymienionej ustawie, nie należało wyłączać ich z rynku<sup>48</sup>.

Odbiciem stanowiska organu antymonopolowego przedstawionego w omawianych decyzjach jest wyrok sądu apelacyjnego rozpatrującego sprawę tego samego rodzaju, odnoszącą się tym razem do zachowania gminy Katowice. Sąd

<sup>46</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 7.06.2006 r. (nr RWR 22/2006).

<sup>47</sup> Wyrok SOKiK z 28.11.2007 r. (sygn. akt Ama 78/06).

<sup>48</sup> Wyrok SOKiK z 13.10.2009 r. (sygn. akt XVII AmA 76/09).



apelacyjny orzekł, że odpady w świetle art. 9 ust. 2 ustawy o odpadach powinny być przekazywane do najbliższej położonych miejsc, a nie do jednego najbliższego miejsca. Podkreślił także, że zapewnienie przedsiębiorcom możliwości szerszego wyboru spośród miejsc składowania odpadów wymienionych w planie gospodarki odpadami nie prowadzi do naruszenia reguł służących ekologicznej polityce państwa lub wymaganiom w zakresie ochrony środowiska. Sztwonne określenie pojedynczych składowisk jawi się natomiast jako praktyka ograniczająca konkurencję. Rozstrzygnięcie kwestii, czy dane składowisko będzie przyjmować odpady spoza swojego terenu oraz czy można pozytywnie odpowiedzieć na wniosek przedsiębiorcy o nawiązanie współpracy w zakresie przyjmowania odpadów komunalnych pochodzących spoza gminy, na terenie której składowisko jest zlokalizowane, powinno należeć do właścicieli lub zarządców tych składowisk<sup>49</sup>.

Innym przykładem antykonkurencyjnego zachowania, mającego na celu ochronę podmiotu komunalnego przed konkurencją ze strony prywatnego przedsiębiorcy, była sytuacja na rynku zbierania i składowania odpadów komunalnych na terenie gminy i miasta Oleśnica. W tym wypadku prywatny przedsiębiorca zwrócił się do Miejskiej Gospodarki Komunalnej – jednoosobowej spółki gminnej o wyrażenie gotowości zawarcia z nim umowy o składowanie odpadów komunalnych na zarządzanym przez nią wysypisku gminnym. Wnioskodawca spotkał się jednak z odmową zawarcia takiej umowy. Spółka MGK powoływała się w tym względzie na art. 140 k.c., twierdząc, że jako właściciel składowiska ponosi wszelkie koszty związane z jego eksploatacją oraz że składowisko ma służyć jak najdłużej mieszkańcom miasta i gminy Oleśnica, a ponieważ wnioskodawca działa na różnych rynkach, nie ma pewności, czy odpady nie będą pochodziły także z innych miejscowości. Zdaniem organu antymonopolowego, głównym powodem tej odmowy było zachowanie przez MGK dotychczasowej pozycji monopolistycznej na rynku zbierania odpadów komunalnych<sup>50</sup>. Z tą oceną zgodził się również SOKiK, który podkreślił, że podmiot prowadzący jedyne składowisko na obszarze gminy jako monopolista nie miał prawa odmówić przyjmowania na nie odpadów w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Odnosząc się z kolei do korzystania z prawa własności, stwierdził, że prawo to nie ma charakteru bezwzględnie i podlega ograniczeniom wynikającym zarówno z zasady współżycia społecznego, jak i bezwzględnie obowiązujących przepisów prawa, co wprost wynika z art. 140 k.c., definiującego treść prawa własności. Przepisy ustawy o ochronie konkurencji

<sup>49</sup> Wyrok SA z 27.05.2009 r. (sygn. akt VIA Ca 1404/08).

<sup>50</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 2.04.2003 r. (nr RW 6/2003).



i konsumentów należą właśnie do tej grupy przepisów, które mogą prawo własności ograniczać<sup>51</sup>.

Nie była to jedyna przeszkoda, z którą spotkał się ten przedsiębiorca, ujawniając swój zamiar wejścia na rynek gminy i miasta Oleśnica. Spółka MGK narzuciła mu również bezwzględne zobowiązanie się do niekwestionowania wskazań wagi na wysypisku, do przyznania MGK uprawnienia do wstrzymania się od przyjmowania odpadów od zleceniodawcy w razie upływu 14 dni od terminu płatności za świadczoną usługę ich składowania, a także do przedstawiania kopii umów wraz z podaniem częstotliwości wywozu odpadów od swoich klientów z terenu miasta i gminy Oleśnica. Organ antymonopolowy wszystkie te dodatkowe wymagania zakwalifikował jako rozmyślnie praktyki, które miały na celu utrudnienie potencjalnemu konkurentowi funkcjonowanie na rynku. Odnośnie do żądania świadczenia udostępnienia kopii umów na wywóz odpadów stwierdził, że żądanie to jest w istocie ujawnieniem informacji będących tajemnicą przedsiębiorstwa bezpośredniemu rywalowi i stanowi zakazaną praktykę nadużywania pozycji dominującej, polegającą na uzależnieniu zawarcia umowy od przyjęcia lub spełnienia przez drugą stronę dodatkowego świadczenia, które nie jest ani rzeczowo, ani zwyczajowo związane z głównym przedmiotem umowy<sup>52</sup>. SOKiK, rozpatrując odwołanie od wydanej w tej sprawie decyzji, zwrócił uwagę jeszcze na to, że wymuszanie na konkurencji ujawniania tajemnicy przedsiębiorstwa jest sprzeczne z interesem publicznym, ponieważ może spowodować monopolizację rynku odbioru i składowania odpadów na terenie miasta i gminy Oleśnica<sup>53</sup>.

Przejawem zakazanej praktyki antykonkurencyjnej na omawianym rynku, w której doszło do kierowania się partykularnym interesem gmin, jest także przypadek działalności Celowego Związku Gmin CZG-12. Jego członkami jest 14 gmin z województwa lubuskiego i zachodniopomorskiego. Związek ten jest właścicielem i administratorem składowiska zlokalizowanego w Długoszynie, z którego korzysta także przedsiębiorca „Veolia” Usługi dla Środowiska SA, świadczący usługi odbioru i wywozu odpadów komunalnych z terenu 13 gmin należących do Związku, w tym z Sulęcina. Spółka „Veolia” złożyła zawiadomienie do UOKiK, że Zakład Usług Komunalnych sp. z o.o. z Sulęcina jako jedyny otrzymuje od Związku 20% bonifikatę na magazynowanie odpadów komunalnych na składowisku w Długoszynie, zebranych z terenu gminy Sulęcina. Bonifikat takich nie otrzymują inni przedsiębiorcy dostarczający odpady na to wysypisko,

<sup>51</sup> Wyrok SOKiK z 5.03.2003 r. (sygn. akt XVII Ama 40/02).

<sup>52</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 13.12.2004 r. (nr RWR 38/2004).

<sup>53</sup> Wyrok SOKiK z 17.10.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 34/05).

mimo że pochodzą one także z obszaru gmin wchodzących w skład CZG-12, w tym z gminy Sulęcín. Organ antymonopolowy zachowanie cenowe Związku, polegające na pobieraniu od podmiotu niegminnego wyższej opłaty za tę samą usługę, niż od podmiotu komunalnego należącego do gminy będącej członkiem Związku, uznał za antykonkurencyjne i utrudniające w praktyce spółce „Veolia” efektywne konkurowanie z firmą uprzywilejowaną<sup>54</sup>.

Jak różnorodne są sposoby zdobywania rynku metodami naruszającymi reguły konkurencji, pokazuje działalność Towarzystwa Budownictwa Społecznego Wrocław sp. z o.o. oraz firmy WPO „Alba” SA. Towarzystwo zleciło spółce WPO „Alba” świadczenie usług wywozu odpadów stałych z jego zasobów mieszkaniowych. W tym celu spółka zawarła z najemcami mieszkań indywidualne wieloletnie umowy o odbiór odpadów. W umowach tych jednak umieszczono klauzulę, że „wypowiedzenie umowy jest skuteczne w przypadku dokonania tej czynności przez wszystkich odbiorców (zleceniodawców) korzystających z usług zleceniobiorcy”, oraz że „zleceniobiorca uprawniony jest do jednostronnej zmiany wysokości wynagrodzenia”, co w praktyce sprawiło, że zleceniobiorca niezadowolony z podwyżki został faktycznie pozbawiony możliwości odstąpienia od umowy i nawiązania jej z tańszym wykonawcą. W ocenie organu antymonopolowego, chociaż nie wydano w tej sprawie formalnej decyzji, narzucenie najemcom mieszkań wymienionych postanowień umownych nie tylko narusza interesy ekonomiczne konsumentów, ale przez zamknięcie rynku odbioru odpadów komunalnych – wyznaczonego granicami zasobów mieszkaniowych TBS – dla innych przedsiębiorców godzi także w efektywną konkurencję.

### Lokalny rynek dostępu do infrastruktury drogowej

Źródłem pozycji dominującej gmin na tym rynku są przepisy ustawy o drogach publicznych<sup>55</sup>. Artykuł 19 ust. 1 i ust. 5 tej ustawy stanowi, że organ administracji rządowej lub jednostki samorządu terytorialnego, do którego właściwości należą sprawy z zakresu planowania, budowy, przebudowy, remontu, utrzymania i ochrony dróg jest zarządcą drogi, zaś w granicach miasta na prawach powiatu zarządcą wszystkich dróg publicznych, z wyjątkiem autostrad i dróg ekspresowych, jest prezydent miasta. W świetle powyższego, gmina jest wyłącznie uprawniona do tworzenia przystanków komunikacji miejskiej na swoim obszarze, a także do wyrażania zgody na korzystanie z tychże przystanków przez inne podmioty. Również prawo do stawiania przystanków przysługuje wyłącznie

<sup>54</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 13.11.2009 r. (nr RWR 30/2009).

<sup>55</sup> Ustawa z 21.03.1985 r. o drogach publicznych (t.j. DzU z 2007 r., nr 19, poz. 115).

gminie. W tym zakresie gmina ma monopol prawny, co oznacza, że przewoźnicy nie mogą wybudować własnych przystanków. Z kolei art. 1 ustawy wskazuje, że z drogi publicznej może korzystać każdy, zgodnie z jej przeznaczeniem, z ograniczeniami i wyjątkami przewidzianymi w przepisach prawa. Uprawnienie to obejmuje także przedsiębiorców wykonujących regularne przewozy osób w transporcie drogowym na podstawie zezwolenia udzielonego im przez właściwy organ lub też przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie takiego zezwolenia. Przedsiębiorcy zajmujący się przewozem osób powinni mieć zatem na drodze publicznej możliwość zatrzymywania swoich pojazdów na przeznaczonych do tego przystankach autobusowych, w wydzielonych w pasie drogowym odpowiednio oznakowanych zatokach. Zatem każda odmowa gminy udostępnienia danemu przewoźnikowi przystanku autobusowego znajdującego się na trasie jego przejazdu, z którego mogą swobodnie korzystać inni przewoźnicy, może być poczytana jako praktyka ograniczająca konkurencję na rynku przewozu osób komunikacją autobusową i zakazana na mocy ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Tego typu zachowania, czyli odmowa przewoźnikom wyrażenia zgody na korzystanie z przystanków komunikacji zbiorowej na przykład w centrum miasta, stanowiących własność gminy, są kwalifikowane najczęściej jako praktyki, które przeciwdziałają ukształtowaniu się warunków do rozwoju konkurencji i podziału rynku według kryteriów podmiotowych<sup>56</sup>. Takie praktyki organ antymonopolowy zwalcza systematycznie, a mimo to wciąż ujawniają się one w różnych miastach. Często kryje się za tym obrona własnych komunalnych przewoźników albo wybranych firm prywatnych. W Lublinie gmina odmówiła wyrażenia zgody na korzystanie z przystanków Lubelskiej Korporacji Komunikacyjnej sp. z o.o., a nie miała nic przeciwko temu, by z tych samych przystanków korzystała spółka z o.o. MPK Lublin, w której gmina Lublin ma 100% udziałów. Organ antymonopolowy, badając tę sprawę nie miał wątpliwości, że takie działanie gminy było sprzeczne z regułami konkurencji i na nic się zdało odwołanie gminy od jego decyzji do SOKiK, a następnie złożenie apelacji. Sąd Apelacyjny, oddalając apelację stwierdził: „Aby zatem odmówić danemu przewoźnikowi możliwości zatrzymania pojazdów na pewnych przystankach, powinny istnieć rzeczywiste oraz istotne ku temu przyczyny, niepodlegające domysłom czy spekulacjom. Nadto urzeczywistnienie się tych przyczyn powinno być w niniejszym postępowaniu udowodnione, w przeciwnym bowiem wypadku obrany przez gminę sposób postępowania może być potraktowany jako naruszający zasady konkurencji. Dowodu w tym zakresie gmina Lublin nie przeprowadziła, nie składając żadnych wniosków w tym zakresie”<sup>57</sup>.

<sup>56</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 8.03.2001 r. (nr RKT-7/2001).

<sup>57</sup> Wyrok SA z 8.01.2008 r. (sygn. akt VIA Ca 481/07).

Podobnie postąpiła gmina Rybnik, wypowiadając przewoźnikom prywatnym zrzeszonym w Stowarzyszeniu Prywatnych Przewoźników „Dewax” umowy o udostępnienie zatok przystankowych na terenie miasta Rybnika, uzasadniając to dużym natężeniem ruchu drogowego w centrum miasta oraz tym, że istniejące zatoki są „ledwo wystarczające dla potrzeb komunikacji miejskiej”. Ponadto gmina wskazała, że gdy chodzi o kierunek Rybnik – Żory, to na tej trasie „od zawsze” wykonuje przewozy PPKS Rybnik, w związku z czym przedsiębiorca ten jest uprzywilejowany w tym znaczeniu, że jako jedyny oferuje tabor „wysokopojemny” i obsługuje wszystkie przystanki. SOKiK, oddalając odwołanie gminy, przytoczył trafne argumenty obnażające monopolistyczne działania gmin w tego rodzaju praktykach i ich szkodliwe skutki z punktu widzenia interesu publicznego. Stwierdził, że „Umieszczenie przystanku ma istotne znaczenie dla możliwości pozyskania pasażera. Jest faktem powszechnie znanym, że odległość do przystanku jest istotnym kryterium wyboru środka transportu. Jeśli więc wybór przystanku determinuje wybór przewoźnika, to ulega naruszeniu wolna konkurencja pomiędzy przewoźnikami. Przewoźnik traci w ten sposób wpływ na istotny czynnik, od którego zależy jakość oferty”<sup>58</sup>.

Mniej więcej takich samych argumentów jak gmina Rybnik użyła także gmina Jelenia Góra<sup>59</sup>, odmawiając udostępnienia prywatnemu przewoźnikowi przystanku miejskiego ważnego dla opłacalności przewozu osób na trasie Jelenia Góra – Kowary i Jelenia Góra – Karpacz. Dyskryminacja tego przewoźnika polegała na tym, że na rzeczonym przystanku bez przeszkód mogły zatrzymywać się autobusy należące do MZK, do PKS Jelenia Góra i do trzech mniejszych przewoźników. Stojąc na stanowisku, że problemy gminy w zakresie organizacji transportu zbiorowego nie mogą usprawiedliwiać ograniczenia dostępu do rynku podmiotom, które chcą na nim działać, prezes UOKiK nie przyjął tej linii obrony<sup>60</sup>.

Nieco inną praktyką antymonopolową z rynku przewozu osób komunikacją zbiorową była praktyka gminy Wrocław, która nadużyła pozycji dominującej na rynku dystrybucji biletów komunikacji miejskiej przez ograniczanie liczby sprzedawców detalicznych biletów okresowych na okaziciela, co nie tylko ograniczyło konkurencję i działalność gospodarczą wielu kiosków Ruchu, które nie mogły sprzedawać tego rodzaju biletów, ale utrudniło także zaopatrywanie się w nie mieszkańcom Wrocławia. Gmina tłumaczyła ograniczenie liczby punktów

<sup>58</sup> Wyrok SOKiK z 24.04.2002 r. (sygn. akt XVII Ama 76/01).

<sup>59</sup> Wyrok SOKiK z 19.10.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 62/05).

<sup>60</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 23.03.2009 r. (nr RWR 4/2009).

sprzedaży biletów okresowych „nasyconiem rynku”, czyli wystarczającą w jej odczuciu liczbą takich punktów. Prezes Urzędu nie podzielił jednak tego wyjaśnienia i stwierdził, że gmina Wrocław utworzyła bezprawną barierę wejścia na rynek sprzedaży biletów okresowych komunikacji miejskiej, której przedsiębiorca ubiegający się o taką sprzedaż nie jest w żaden sposób pokonać, przez co ograniczyła wolność gospodarczą małych przedsiębiorców, niwecząc wykonywanie przez nich zamierzonej usługi handlowej<sup>61</sup>.

### Rynek usług cmentarnych i pogrzebowych

Znaczące w działalności komunalnej gmin są również interwencje organu antymonopolowego, wkraczające w zarządzanie cmentarzami komunalnymi i w wykonywanie na ich terenie usług pogrzebowych. Trzeba nadmienić, że dochodzi tu do szczególnie licznych, zakazanych ustawą praktyk ograniczających konkurencję. Zajmowanie bowiem pozycji monopolu prawnego na rynku usług cmentarnych przez gminę lub podmiot działający w jej imieniu na terenie cmentarza komunalnego (a jest to najczęściej jednostka gminy bądź podmiot prywatny, któremu na podstawie umowy gmina powierzyła prowadzenie spraw cmentarnych), umożliwia monopolizację dochodowego rynku usług pogrzebowych, na którym powinny panować reguły wolnej konkurencji. Usługami tymi są zarówno czynności związane z pochówkiem, w większości wykonywane na terenie cmentarza, jak i kopanie grobu i jego formowanie, murowanie kwater, budowa nagrobków, prowadzenie ceremonii pogrzebowej itp. Ten monopol prawny wynika z ustawy o cmentarzach i chowaniu zmarłych<sup>62</sup>, określającej co wchodzi w skład usług cmentarnych oraz wyznaczającej wójtów, burmistrzów i prezydentów jako odpowiedzialnych za utrzymanie cmentarzy i zarządzanie nimi, oraz z art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym, który sprawy cmentarzy komunalnych wprowadził do zadań własnych gminy.

Z prawnego stanu bycia właścicielem cmentarza i wyłącznym realizatorem zadań cmentarnych gminy wnioskują, że mogą nim dowolnie zarządzać, niezależnie od tego, jakiego rodzaju skutki wywołuje to w sferze konkurencji. Sprowadza się to do zamykania cmentarzy komunalnych dla usług pogrzebowych wykonywanych przez przedsiębiorców prywatnych i zastrzegania ich wyłącznie dla zarządców cmentarzy, jeżeli prowadzą oni również taką działalność, co w praktyce jest regułą. Zarządcy cmentarzy, widząc swój wpływ na warunki

<sup>61</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 19.09.2003 r. (nr RWR 24/2003).

<sup>62</sup> Ustawa z 31.01.1959 r. o cmentarzach i chowaniu zmarłych (t.j. DzU z 2000 r., nr 23. poz. 295, ze zm.).

konkurencji na rynku usług pogrzebowych, nawet jeśli wprost nie ograniczają dostępu do cmentarza, to starają się pogorszyć warunki konkurencyjne swoim rywalom, obciążając ich opłatami za korzystanie z urządzeń cmentarnych, którymi nie obarczają własnej działalności, albo zmuszając do przekazania części usług pogrzebowych wykonywanych na terenie cmentarza. Bywa też, że gminy w umowach o zarządzanie cmentarzem dają zarządcom wyłączność na wykonywanie tych usług lub zatwierdzają cenniki za korzystanie z urządzeń cmentarnych, odnoszące się tylko do ich konkurentów. Stosują takie praktyki po to, by rodziny zmarłych osób powierzały wykonywanie pochówków przedsiębiorcom, którzy wykonują kompleksowe usługi pogrzebowe, a po wtóre robią to taniej. Z danych posiadanych przez organ antymonopolowy wynika, że przedsiębiorcy będący jednocześnie zarządcami cmentarzy komunalnych i wykonawcami czynności pogrzebowych zagarniają nierzadko ponad 80% rynku usług pogrzebowych.

W Poznaniu gmina powierzyła zarządzanie swoimi cmentarzami Spółdzielni Pracy „Uniwersum”, która równolegle wykonuje także usługi pogrzebowe. Co prawda, Spółdzielnia na mocy umowy z gminą była zobowiązana do umożliwienia innym przedsiębiorcom pogrzebowym dokonywania obrządku na terenie cmentarzy komunalnych, jednak ustalając ceny za korzystanie z urządzeń cmentarnych, które okazały się cenami nadmiernie wygórowanymi, zbudowała sobie tym sposobem bezprawną przewagę konkurencyjną nad swoimi rywalami<sup>63</sup>.

W Sobótce zarządca cmentarza – Zakład Usług Komunalnych „Hadlu”, którego jedynym udziałowcem jest gmina Sobótka, nadużył pozycji dominującej na lokalnym rynku usług cmentarnych przez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji w następstwie zakazywania przedsiębiorcom pogrzebowym samodzielnego kopania i formowania grobów ziemnych oraz wykopywania i murowania komór grobowych. Ustalenie tego typu zakazów przez ZUK wprowadziło na tyle skuteczne bariery dostępu do rynku, że przejął on cały subrynek usług pogrzebowych kosztem innych przedsiębiorców<sup>64</sup>. Broniąc się, ZUK podnosił, że było to podyktowane koniecznością ochrony porządku publicznego. Tego typu argumenty nie są jednak akceptowane przez organy antymonopolowe. SOKiK na tę obronę odpowiedział, że ewentualne nieprawidłowości w świadczeniu usług w zakresie wykonywania grobów ziemnych i murowanych „nie mogą tłumaczyć wprowadzenia przez administratora cmentarza całkowitego, nieograniczonego w czasie zakazu wykonywania tego typu usług przez wszystkich przedsiębiorców pogrzebowych”<sup>65</sup>.

<sup>63</sup> Wyrok SOKiK z 23.01.2007 r. (sygn. akt XVII AmA 41/06).

<sup>64</sup> Zob. decyzja prezesa UOKiK z 27.05.2008 r. (nr RWR 20/2008).

<sup>65</sup> Wyrok SOKiK z 10.11.2009 r. (sygn. akt AmA 63/08).



Szczególnie naganne, a przy tym dość typowe były praktyki, które miały miejsce w Zielonej Górze, gdzie zarządca cmentarzy – spółka gminna, prowadząca również konkurencyjną działalność na rynku usług pogrzebowych, ograniczyła konkurencję przez podział rynku według kryteriów podmiotowych. Będąc gospodarzem trzech cmentarzy komunalnych, obciążała konkurencyjnych przedsiębiorców pogrzebowych opłatami cmentarnymi za nadzór nad wykonywaniem usług pogrzebowych na cmentarzu w kwocie 400 zł oraz za każdorazowy wjazd na cmentarz w kwocie 85 zł i równocześnie nie obciążała tymi opłatami własnej działalności<sup>66</sup>. Stanowisko organu antymonopolowego co do pobierania tego typu opłat jest takie, że zgodnie z art. 140 k.c., gmina lub działający w jej imieniu podmiot realizujący gminne zadania własne mogą czerpać korzyści ze swojej własności, o ile nie narusza to ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. W danej sprawie miałyby to miejsce, gdyby spółka gminna w takim samym wymiarze obciążała ustalonymi opłatami również koszty swojej działalności albo nie pobierała ich od nikogo, przez co warunki konkurencji byłyby równe dla wszystkich przedsiębiorców pogrzebowych.

Takie same skutki, jeśli chodzi o zakłócenie warunków konkurencji na rynku usług pogrzebowych, miało zawarcie przez gminę Bolesławiec z wybranym przez nią przedsiębiorcą umowy o administrowanie ośmioma cmentarzami leżącymi na jej terenie. W umowie tej zawarto postanowienie, że w przypadku wykonywania usługi pogrzebowej przez inny podmiot, jest on zobowiązany wnieść jednorazową opłatę w wysokości 428 zł. Pobieranie tej opłaty od innych przedsiębiorców pogrzebowych i niewliczanie jej do kosztów własnej działalności – w wyniku czego oferta cenowa administratora cmentarzy mogła być korzystniejsza od oferty cenowej konkurentów – było, zdaniem organu antymonopolowego, zakazaną praktyką monopolistyczną<sup>67</sup>.

Obciążanie tego rodzaju opłatami tylko konkurentów przedsiębiorcy, któremu gmina zleciła prowadzenie usług cmentarnych, może być także wynikiem porozumienia zawartego pomiędzy gminą a tym przedsiębiorcą. Taką właśnie, zakazaną w świetle postanowień ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów umowę zawarła gmina Dzierżoniów z przedsiębiorcą, któremu powierzyła zarządzanie cmentarzem komunalnym. Porozumienie to miało charakter zakazanego porozumienia cenowego, którego celem i skutkiem było ograniczenie dostępu do rynku usług pogrzebowych przedsiębiorcom pragnącym wykonywać tego typu usługi na cmentarzu komunalnym. Powstała w ten sposób przewaga konkurencyjna administratora cmentarza nad innymi przedsiębiorcami – których dostęp

<sup>66</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 10.09.2009 r. (nr RWR 24/2009).

<sup>67</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 15.05.2006 r. (nr RWR 17/2006).



do cmentarza zależał od wpłaty 350 zł – spowodowała szybką monopolizację rynku usług pogrzebowych. Administrator cmentarza w ciągu dwóch lat zwiększył swój udział w tym rynku z 21,92% do 51,75%<sup>68</sup>.

Najczęściej firmy administrujące cmentarzami komunalnymi uzasadniają pobieranie wspomnianych opłat związanymi z tym wydatkami i kosztami utrzymania cmentarza. Tego typu argumentacja jest jednak odrzucana zarówno przez UOKiK, jak i SOKiK. W jednym z wyroków ów sąd wypowiedział się, że okoliczność powoływania się na koszty utrzymania cmentarza komunalnego nie ma wpływu – z punktu widzenia regulacji zawartych w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów – na ocenę działań przedsiębiorców pobierających taką opłatę<sup>69</sup>.

Posiadanie monopolu prawnego na rynku usług cmentarnych sprzyja również powstawaniu innych praktyk ograniczających konkurencję. I tak, gmina Wrocław nadużyła pozycji dominującej, dokonując zakazanego podziału rynku według kryteriów podmiotowych w następstwie pobierania zróżnicowanych opłat za usługę kremacji w zależności od tego, czy dotyczyła ona ciała osoby mającej prawo stałego lub czasowego pobytu na terenie gminy Wrocław, czy też osoby spoza gminy. Zróżnicowanie kwot gmina uzasadniała tym, że mieszkańcy Wrocławia zobowiązani są za życia do wnoszenia wynikających z przepisów opłat i podatków lokalnych. Gmina otrzymuje też procentową część z podatków dochodowych swoich mieszkańców. Podatki te i opłaty przeznaczone są między innymi na utrzymanie substancji komunalnej, w tym cmentarzy. Zasadne jest zatem, aby po śmierci koszt kremacji mieszkańców Wrocławia był niższy, niż osób, które nie partycypowały wcześniej w utrzymaniu infrastruktury miejskiej. Organ antymonopolowy miał jednak na to inny pogląd, stwierdzając że w świetle ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów różnicowanie podmiotowe ze względu na miejsce zamieszkania nie może znaleźć aprobaty i zakazał gminie tej praktyki<sup>70</sup>.

Gmina Wrocław nadużyła pozycji dominującej na rynku usług cmentarnych również przez narzucanie uciążliwych warunków umów, przynoszących jej nieuzasadnione przychody w wyniku odmowy zwrotu części opłaty za tak zwane przedłużenie ważności grobu na okres lat 10 w wypadku wcześniejszej ekshumacji zwłok, to jest przed terminem wygaśnięcia ważności grobu. Zdaniem organu antymonopolowego, nie było jakiegokolwiek uzasadnienia dla tego rodzaju praktyki troską o finanse publiczne, na co powoływała się gmina, bowiem bez zbędnej zwłoki zwalniane miejsce pochówku jest przekazywane innemu dys-

<sup>68</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 29.11.2002 r. (nr RWR 24/2002).

<sup>69</sup> Wyrok SOKiK z 21.02.2007 r. (sygn. akt AmA 30/06).

<sup>70</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 27.10.2005 r. (nr RWR 67/2005).

ponentowi, za które musi on uiścić pełną opłatę<sup>71</sup>. SOKiK, rozpatrując odwołanie gminy i potwierdzając rozstrzygnięcie prezesa UOKiK, wyraził jednak inne zdanie w kwestii wysokości zwrotu wniesionej opłaty. Jego zdaniem, zwracana kwota powinna odpowiadać wysokości opłaty uiszczanej za wykonanie pochówku (liczonej za lata nieskorzystania z miejsca grzebalnego), jednak należy w niej uwzględnić koszty poniesione na utrzymanie cmentarza, wobec tego jej wysokość „co do zasady niewątpliwie będzie mniejsza od wysokości opłaty za wykonanie pochowku”<sup>72</sup>.

Tego samego typu praktyki narzucania osobom uprawnionym do dysponowania grobami uciążliwych warunków umów użytkowania miejsca pod grób ziemny oraz pod budowę grobu murowanego zastosowała gmina Kraków na cmentarzach komunalnych, osiągając z tego tytułu nieuzasadnione korzyści. Sąd, oddalając odwołanie gminy Kraków od wydanej w tej sprawie decyzji przez organ antymonopolowy, podniósł że: „Nie jest usprawiedliwieniem dla stosowania wykazanych w sprawie praktyk monopolowych okoliczność, że gmina jest zobowiązana do utrzymywania i racjonalnego gospodarowania gruntami cmentarnymi, że korzystanie z cmentarzy i urzędzeń cmentarnych związane jest z koniecznością uzyskania stosownych zezwoleń i uiszczaniem opłat oraz że sprawując pieczę nad terenami cmentarnymi ponosi znaczne nakłady finansowe związane z utrzymaniem ich właściwego stanu technicznego, użytkowego i estetycznego”<sup>73</sup>.

## Kartele przetargowe

Prawdopodobieństwo występowania karteli przetargowych w obszarze działalności gospodarczej gmin jest szczególnie duże. Gminy w skali kraju są organizatorem setek, o ile nie tysięcy przetargów rocznie. W sumie jest to rynek zamówień, na którym wydawane są miliardy złotych ze środków publicznych. Przetargi są organizowane tam, gdzie na rynku może zmieścić się tylko jeden przedsiębiorca wykonujący zamówioną usługę lub dostawę. Taki rodzaj konkurencji przyjęto określać jako konkurencję o rynek. Polega ona na tym, że skoro na danym rynku może działać tylko jedna firma, to aby stać się jego beneficjentem, musi wygrać wolny przetarg o wytwarzanie lub świadczenie usług na prawie wyłączności<sup>74</sup>.

<sup>71</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 9.11.2004 r. (nr RWR 33/2004).

<sup>72</sup> Wyrok SOKiK z 2.11.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 127/04).

<sup>73</sup> Wyrok SOKiK z 23.08.2006 r. (sygn. akt XVII AmA 83/05).

<sup>74</sup> Z. Jurczyk: *Podstawy współczesnej regulacji w sektorach infrastrukturalnych*, tom 7, *Ekonomia*, Wydawnictwa Uniwersytetu Wrocławskiego, Wrocław 2000, s. 61.

Przetargi mogą być, niestety, również przedmiotem zmwów monopolistycznych. Zmowy kartelowe mogą mieć charakter wertykalny lub horyzontalny. Pierwsza jest znową pomiędzy organizatorem przetargu i firmą wygrywającą, druga znową pomiędzy konkurentami uczestniczącymi w przetargach. W przypadku wertykalnego porozumienia przetargowego stroną porozumienia jest gmina, która jako organizator przetargu wchodzi w sekretną znowę co do warunków przetargu z jednym z jego uczestników, innymi słowy „ustawia przetarg” pod z góry naznaczonego zwycięzcę.

W polskiej ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, właśnie z uwagi na szczególną szkodliwość zmwów kartelowych, zostały one objęte odrębnym postanowieniem. Zgodnie z art. 6 ust. 1 pkt 7 tej ustawy, zakazane jest uzgadnianie przez przedsiębiorców przystępujących do przetargu lub przez tych przedsiębiorców i przedsiębiorcę będącego organizatorem przetargu warunków składanych ofert, w szczególności zakresu prac lub ceny.

Do typowych taktyk uzgadniania ofert należą:

– rotacja ofert, która polega na tym, że konkurenci umawiają się, iż będą zwyciężać w przetargach na zmianę; w kolejnych przetargach tylko jeden z nich dostarcza ofertę zwycięską, zaś pozostali – oferty z ceną zbyt wysoką;

– podział rynku; w tym wypadku oferenci umawiają się, kto z nich wygra na danym rynku według kryterium geograficznego lub innego; dla ukrycia oferty zwycięskiej nie musi być ona wygrywająca od razu, gdy uzgodniono, że pierwszy zwycięzca rezygnuje z kontraktu torując drogę do jego realizacji przedsiębiorcy z góry wytypowanemu;

– podział zysku; oferenci wyznaczają z góry, kto wygra przetarg, nie składając ofert lub składając oferty komplementarne gorsze (wyższe ceny); w zamian wygrywający wypłaca pozostałym sumę pieniędzy, która pochodzi z dodatkowych zysków, osiągniętych wskutek zawartego porozumienia;

– wywieranie presji, gdy niektórzy oferenci opierają się, odmawiając przystąpienia do znowy; zdarzają się nawet groźby użycia przemocy fizycznej.

W znowach kartelowych, w przeciwieństwie do wcześniej omówionych praktyk monopolistycznych, to nie gminy są najczęściej ich sprawcami. Inicjatorami i stronami porozumienia są z reguły przedsiębiorcy niezwiązani z gminami, działający w skali rynku krajowego albo tylko lokalnego. Porozumienia kartelowe wymierzone są w innych przedsiębiorców, którzy uczestniczą w danym przetargu, ale nie są stronami porozumienia oraz przynoszą szkody ekonomiczne gminom, podnosząc koszty wykonania zamówienia. Gminy są więc ofiarami karteli przetargowych, z tego też powodu powinny zwracać szczególną uwagę na tę stronę przetargów. Oceniając wrażliwość gmin na ten aspekt organizowa-

nych przez nie przetargów według liczby spraw, które trafiają do organu antymonopolowego, można odnieść wrażenie, że temu zagadnieniu gminy nie poświęcają wiele uwagi. Trzeba jednak dodać, że nie jest łatwo odkryć i udowodnić zмовę pomiędzy uczestnikami przetargu (czy to w wymiarze horyzontalnym, czy wertykalnym), czyli że przetarg został ukartowany. Z doświadczenia organu antymonopolowego wynika, że nawet jeśli takie zawiadomienia o podejrzeniu ukartowanego przetargu napływają – najczęściej ze strony przegranych przedsiębiorców – to rzadko przeprowadzone postępowanie wyjaśniające potwierdza stawiane zarzuty.

Na podstawie dotychczasowej praktyki z zakresu karteli przetargowych można wskazać najbardziej symptomatyczne sygnały, że dany przetarg może być przedmiotem porozumienia:

- interesowanie się przez zwycięzcę kolejnością miejsc uczestniczących w przetargu przedsiębiorców i następnie złożenie rezygnacji, by umożliwić realizację zamówienia przez firmę, która zajęła miejsce drugie, z wyższą ceną;
- istnienie związków rodzinnych wśród uczestników przetargu;
- prowadzenie odrębnych działalności pod tym samym adresem;
- istnienie powiązań gospodarczych, technologicznych i prawnych (ten sam park maszynowy, zobowiązania obligacyjne lub wieloletnia współpraca uczestników przetargu – raz jako firma prowadząca, innym razem jako podwykonawca);
- korzystanie z tej samej skrzynki elektronicznej oraz strony internetowej;
- udział w dotychczasowych przetargach tych samych firm, przy rzucającej się w oczy rotacji ofert zwycięskich;
- niezupełnienie dokumentacji przetargowej oferty zwycięskiej po wezwaniu organizatora przetargu;
- powtarzalność tego typu zachowań.

We Wrocławiu działał kartel, którego stronami byli dwaj przedsiębiorcy biorący udział w przetargu zorganizowanym przez gminę, dotyczącym świadczenia usług kontroli biletów w środkach komunikacji miejskiej. Informacje o tym oraz istotne dane prezes UOKiK uzyskał od firmy konkurencyjnej, która współpracowała z tymi przedsiębiorcami w przetargach wcześniejszych. Zgodnie z przyjętym planem, miasto Wrocław zostało podzielone na trzy rejony (ryniki), a każdy z nich miał być obsługiwany tylko przez jedną firmę, która uzyskiwała największą liczbę punktów. Obaj przedsiębiorcy złożyli oferty na obsługę każdego z tych rejonów, ale w taki sposób, by podzielić się rynkiem. W tym celu uzgodnili swoje oferty – na wszystkie trzy rejony były one niemal identyczne. Zmawiający się przedsiębiorcy przedstawili jednakową cenę i identyczne cztery wskaźniki, które gmina opracowała dla tego przetargu, zmieniając się jedynie miejscami

w zależności od rejonu, tak że jeden z nich zdobył zamówienie na obsługę rejonu I i III, a drugi rejonu II. Dokonując analizy całego zgromadzonego materiału, prezes Urzędu doszedł do konkluzji, że nie było możliwe, aby odkryta zgodność ofert była przypadkowa oraz aby spółka „Iven” wygrywając w rejonie II podała identyczne współczynniki jak spółka „Aspa-Redis” w rejonie I i III. W jego przekonaniu, między przedsiębiorstwami nastąpiła uzgodniona rotacja ofert, bowiem jedynym wytłumaczeniem tak daleko idącej zbieżności współczynników przetargowych może być tylko wspólne przygotowanie ofert. Ważną okolicznością takiej oceny zachowań było również to, że w trakcie prowadzonego postępowania antymonopolowego nie potrafili oni racjonalnie wytłumaczyć, skąd się wzięła ta zbieżność<sup>75</sup>.

SOKiK, podtrzymując decyzję organu antymonopolowego, że wygrywający przetarg działali w porozumieniu, podniósł, iż wykazanie istnienia zmowy przetargowej jest niezwykle trudne dowodowo. „Podmioty, które dopuszczają się takich działań mając świadomość ich nielegalnego charakteru, zwykle tuszują swe porozumienie. Zatem oceniać je możemy zwykle po rezultatach, przesłankach i całokształcie okoliczności sprawy, które to w tej konkretnej sprawie, zdaniem sądu, jednoznacznie dowodzą wystąpienia zmowy przetargowej. Nie da się bowiem inaczej racjonalnie wytłumaczyć podania przez powódkę i zainteresowanych zbliżonych parametrów ofert zgłoszonych do przetargu, a pozostałe okoliczności sprawy zgodnie i jednoznacznie wskazują na uzgodnienie między podmiotami warunków składanych ofert, co stanowi niedozwoloną praktykę ograniczającą konkurencję”<sup>76</sup>.

W Poznaniu z kolei kartel przetargowy uformował się na lokalnym rynku usług oczyszczania placów i ulic. O podejrzeniu zawarcia nielegalnego porozumienia organ antymonopolowy został powiadomiony przez prezydenta miasta Poznania. Porozumienie było dobrze skonstruowane, obejmowało ceny i zachowanie umawiających się stron przed przetargiem oraz w trakcie przetargu. Zostało wymierzone w pozostałych uczestników przetargu, których łącznie było kilkunastu.

W zmowie wzięło udział pięciu przedsiębiorców. Polegała ona na tym, aby odpowiednio zróżnicować (pod względem ceny) złożone przez nich oferty, a następnie, korzystając z możliwości jakie daje ustawa o zamówieniach publicznych, doprowadzić do celowego wykluczenia niektórych oferentów będących członami porozumienia. Chodziło o oferentów, których oferty były najkorzystniejsze cenowo, a wykluczenie miało nastąpić przez niezłożenie przez nich w określonym terminie wymaganych przez art. 22 ust. 5 tej ustawy oświadczeń

<sup>75</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 2.07.2003 r. (nr RWR 12/2003).

<sup>76</sup> Wyrok SOKiK z 17.04.2008 r. (sygn. akt XVII AmA 117/05).

o pozostawaniu w stosunku zależności lub dominacji z innymi uczestnikami postępowania lub zamawiającym albo osobami po stronie zamawiającego biorącymi udział w postępowaniu. W ten sposób przedsiębiorcy ci mieli doprowadzić do tego, że przetarg wygrywał przedsiębiorca będący członkiem tajnego porozumienia, oferujący wyższą cenę. Takie działanie podejmowano jednak dopiero wówczas, gdy stwierdzono, że wykluczenie nie spowoduje wyboru przedsiębiorcy spoza porozumienia, którego oferta cenowa jest bardziej atrakcyjna od oferty przedsiębiorcy będącego w porozumieniu, na rzecz którego działał wykluczony. Innym sposobem wygrania przetargu przez wytypowanego przedsiębiorcę oferującego odpowiednio wysoką cenę było celowe wycofanie się pozostałych oferentów po otwarciu ofert, gdy wiadomo było, jakie oferty wpłynęły. W rezultacie zwyciężyła oferta droższa od tych, które przepadły z powodu niedostarczenia wymaganych przez gminę dokumentów, zgodnie ze „specyfikacją istotnych warunków zamówienia”. Na to, że takie zachowania były wynikiem wcześniejszego porozumienia, wskazywały silne związki prawne, gospodarcze i organizacyjne, takie jak umowy dzierżawy pojazdów samochodowych pomiędzy firmami ubiegającymi się o realizację przedmiotu przetargu, zarówno przed, jak i po przeprowadzeniu przetargu, umowy obligacyjne dotyczące wykonania określonych prac związanych z oczyszczaniem miasta czy związki rodzinne. O koordynacji zachowań świadczył także fakt, że oferty stron zawierały takie same błędy. W rezultacie, w ocenie prezesa UOKiK, tylko zawarcie wcześniejszego porozumienia uzasadniało tego typu zachowanie stron w czasie przetargu<sup>77</sup>.

W Lublinie kartel przetargowy objął rynek usług utrzymania, kompleksowej konserwacji i renowacji zieleni komunalnej. W porozumieniu kartelowym wzięło udział czterech przedsiębiorców, w tym spółka gminna Miejskie Przedsiębiorstwo Zieleni. Przedmiotem zmywy był podział rynku, a polegał on na tym, że uczestnicy przetargu nie składali konkurencyjnych ofert w rejonie (było ich 12), w którym miała wygrać wskazana oferta zwycięska, przy czym wszystkie oferty pod względem ceny były zbliżone do maksymalnych cen zakreślonych przez organizatora przetargu – gminę Lublin. Warto dodać, że zawiadomienie do Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o podejrzeniu zawarcia nielegalnego porozumienia wniosła Delegatura Najwyższej Izby Kontroli w Lublinie.

O tym, że doszło do uzgodnionego działania oferentów w związku z dwoma przetargami w wyżej wymienionym zakresie, zorganizowanymi przez gminę Lublin, zaważyły następujące okoliczności:

– posądzeni o zмовę przedsiębiorcy utrzymywali między sobą kontakty w sprawie uzgodnienia warunków przetargu i uczestnictwa w nim;

<sup>77</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 21.09.2005 r. (nr RPZ-28/2005).

- wspólne występowanie przez nich z wnioskami związanymi z przetargiem, na przykład o przedłużenie do trzech lat okresu obowiązywania zawartych umów o wykonywanie usługi, a także podejmowanie jednakowych działań w określonych sytuacjach zaistniałych w toku postępowań przetargowych;
- złożenie ofert, które wzajemnie ze sobą nie kolidowały;
- zbieżność cen oferowanych przez strony porozumienia z ustaloną przez zamawiającego szacunkową wartością zamówienia.

W uzasadnieniu stwierdzenia zawarcia przez czterech przedsiębiorców zakazanej praktyki porozumienia przetargowego, opisaney w ustawie o ochronie konkurencji i konsumentów, organ antymonopolowy stwierdził, że przedsiębiorcy ci dokonali podziału przedmiotu zamówienia, uzgadniając, których rejonów będzie dotyczyć oferta każdego z nich, przy jednoczesnym założeniu braku kolizji ofert. „Porozumienie zmierzało w istocie do zniweczenia zamawiającemu możliwości wyboru najkorzystniejszej spośród ofert składanych przez wykonawców, przy zachowaniu mechanizmu konkurencji i współzawodnictwa uczestników rynku, działających w warunkach niepewności co do zachowań konkurentów”<sup>78</sup>.

## Reasumpcja

Przedstawiona działalność interwencyjna organu antymonopolowego, odnosząca się do praktyki gospodarczej gmin, pokazuje wagę i skalę tych interwencji. Mają one zasadnicze znaczenie dla konkurencji i tym samym dla możliwości prowadzenia działalności gospodarczej przez przedsiębiorców (przeważnie małych i średnich) na lokalnych rynkach, tak bardzo zależnych od tego, jak zachowują się na nich gminy. Interwencje te są również znaczące dla cen świadczonych przez gminę usług o charakterze użyteczności publicznej. Działalność decyzyjna organu antymonopolowego nie dotyczy wyłącznie wyżej przedstawionych rynków i zagadnień, jest bowiem znacznie szersza, tym niemniej są to rynki kluczowe i co ważne, liczba nadużyć, które zaburzają konkurencję wcale nie spada.

*dr Zbigniew Jurczyk*  
*dyrektor Delegatury*  
*Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów*  
*we Wrocławiu*

---

<sup>78</sup> Decyzja prezesa UOKiK z 10.06.2008 r. (sygn. akt nr RLU 21/2008).



# DYSKUSJA

---

**Jacek Jezierski, prezes Najwyższej Izby Kontroli:** Dwóch prelegentów przedstawiło podstawy prawne i zasady konstytucyjne dotyczące zaangażowania gmin w działalność gospodarczą, aby mogły one realizować najistotniejsze potrzeby społeczności lokalnych. Uzyskaliśmy również spojrzenie praktyków – kontrolerów Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów oraz Najwyższej Izby Kontroli, pokazujące przykłady tego, w jaki sposób gminy się angażują, na ile służy to zaspokajaniu potrzeb społecznych, jaka działalność gmin w dziedzinie przedsiębiorczości budzi kontrowersje i problemy co do zgodności z zasadami funkcjonowania wolnego rynku. Zasygnalizowano nam również istnienie wielu zjawisk związanych z aktywnością gmin w gospodarce, które nierzadko bywają wątpliwe z punktu widzenia prawidłowości funkcjonowania całej administracji. Mamy zatem na szali konieczność realizowania i wychodzenia naprzeciw potrzebom społeczności lokalnej, a z drugiej strony – funkcjonowanie na wolnym rynku i wymóg zachowania na nim konkurencji. Zachęcam Państwa do zabrania głosu.

**Prof. dr hab. Hanna Sochacka-Krysiak, kierownik Zakładu Finansów Samorządu Terytorialnego w Katedrze Ekonomiki i Finansów Samorządu Terytorialnego Szkoły Głównej Handlowej:** Przede wszystkim wyrażam szczerze uznanie dla Najwyższej Izby Kontroli za podjęcie inicjatywy prowadzenia badań w sferze działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego, która jest stosunkowo mało eksponowana w literaturze, a może nawet i w badaniach empirycznych. Pragnę wyjść nieco poza ramy naszkicowane przez autorów referatów. Dwaj pierwsi Panowie referenci jako przedstawiciele świata nauki zaprezentowali prawne aspekty, można rzec – trochę z pozycji akademickiej, natomiast ostatni prelegent pokazał ciekawe zjawiska z praktyki. Ja natomiast chciałabym, być może trochę subiektywnie, przedstawić pewne ekonomiczno-społeczne aspekty problemu działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego w ujęciu nie tyle prawno-systemowym, ile teoretyczno-porównawczym.

Otóż wydaje mi się, że dobrze byłoby zacząć od dwoistości funkcji samorządu terytorialnego w warunkach gospodarki rynkowej regulowanej, a nawet nadzorowanej przez państwo, o co ostatnio upominają się niezwykle energicznie

krytycy orientacji neoliberalnej, nawiązując do ostatniego kryzysu finansowego. Dwoistość funkcji samorządu w moim pojęciu polega na tym, że z jednej strony samorząd terytorialny jest podmiotem władzy publicznej, a z drugiej strony ponosi odpowiedzialność za stan gospodarki lokalnej. Powołuję się tu na Pana doktora Wojciecha Misiąga, którego definicja wyraźnie wskazuje na odmienność samorządu, z którym państwo dzieli władzę publiczną, od systemu rad narodowych. W związku z tym jednostki samorządowe z mocy prawa muszą wykonywać określone zadania publiczne, w których mieszczą się zarówno usługi świadczone nieodpłatnie, jak i dotyczące tak zwanej infrastruktury, stanowiącej bazę dla rozwoju gospodarczego.

Działania zmierzające do stopniowej komercjalizacji sfery usług komunalnych dotyczą także tych, które są związane z zapewnieniem warunków bytowych mieszkańcom oraz komfortu życia. Dokonuje się to również przez zapewnienie atrakcyjności terenu dla przedsiębiorców prywatnych, którzy mogą być mniej lub bardziej zachęceni do tego, żeby lokować swoje przedsiębiorstwa w gminie mającej lepsze drogi i lepsze wyposażenie w urządzenia komunalne. Przypominam przy tym, że atrybutem sektora publicznego jest – z definicji – wykluczenie zysku jako celu działalności; celem jest tu mianowicie zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczności, w tym wypadku lokalnych, w ramach konsumpcji zbiorowej. Próby komercjalizacji, a potem prywatyzacji wprowadzają natomiast element zysku, niezależnie od tego, czy to będzie przedsiębiorstwo stanowiące własność jednostki samorządowej czy też sprywatyzowane, ale działające pod nadzorem i na obszarze samorządu. W sferze tak zwanej użyteczności publicznej w poszczególnych państwach europejskich przedsiębiorstwa działają z zasady w ramach tak zwanych cen reglamentowanych, ograniczanych ze względów społecznych. W Królestwie Holandii, na przykład, przedsiębiorstwa zaopatrujące zarówno podmioty gospodarcze, jak i gospodarstwa domowe w energię służącą ogrzewaniu i oświetleniu mają reglamentowane ceny, ustalane na poziomie mniej więcej 70-80% kosztu wytworzenia, natomiast reszta jest dopłacana z budżetu. To jest dość powszechna cecha usług komunalnych, zaś usługi edukacyjne i kulturalne są w większości nieodpłatne albo całkowicie nieodpłatne.

Pojawia się tu jednak pewien dylemat – czy jednostka samorządowa powinna w dziedzinie gospodarczej ewentualnie finansować tylko te właśnie urządzenia, usługi z dziedziny infrastruktury oraz inne, zaspokajające potrzeby w ramach konsumpcji zbiorowej, czy też ma prowadzić bezpośrednio działalność gospodarczą. Przypomnę, że art. 92 Traktatu rzymskiego z 1957 r., będącego podstawą utworzenia Europejskiej Wspólnoty Gospodarczej, zawiera sformułowanie, które w zasadzie wyklucza ewentualne wspieranie poszczególnych przedsiębiorstw ze środków publicznych, ponieważ tego rodzaju działania są z natury rzeczy se-

lektywne, w dużym stopniu uznaniowe i zawsze pojawia się zagrożenie złamania zasad rzetelnej konkurencji rynkowej. Myślę, że ten argument można by w jakimś stopniu przenieść na grunt jednostek gospodarczych działających w sferze samorządu. Powołam się tu na dorobek naukowy Instytutu Badań nad Gospodarką Rynkową, który opublikował wiele prac na ten temat. Wśród argumentów przeciw masowemu i systemowemu zezwoleniu jednostkom samorządowym na prowadzenie działalności gospodarczej bezpośrednio przez stanowiące ich własność firmy za najważniejszy uważane jest niebezpieczeństwo ich uprzywilejowywania. W opracowaniach Instytutu widnieje cały katalog form, za pomocą których można wypierać z rynku prywatnych przedsiębiorców i preferować własne firmy. Przytoczę przykład miasta, opisanego w czasopiśmie samorządu terytorialnego „Wspólnota”, gdzie pod hasłem walki z bezrobociem założono firmę produkującą materiały budowlane, czyli spoza sfery użyteczności publicznej, po czym na cele działalności inwestycyjno-remontowej miasta tylko w tej firmie kupowano materiały. W konsekwencji zbankrutowało kilkanaście małych prywatnych zakładów, powiększając grono bezrobotnych o tę samą liczbę osób jaką tworzyli nowo zatrudnieni w firmie stanowiącej własność miasta.

Uzupełniając moją wypowiedź o ujęcie porównawcze, wspomnę tu o Europejskiej Karcie Samorządu Lokalnego. Jest to dokument, który wprawdzie nie ma charakteru dyrektywnego, ale stanowi zbiór zaleceń dotyczących między innymi zadań samorządowych. Występuje tu oczywiście pojęcie zadań własnych i zadań zleconych, ale mowa jest również o takich zadaniach, które mogą być podejmowane z własnej inicjatywy, jeżeli nie są niezgodne z obowiązującym prawem i nie łamią monopolu państwa. Reszta zadań samorządowych powinna być dopuszczalna co do ich podjęcia i wykonywania. Jeżeli chodzi o przedsiębiorstwa stanowiące własność samorządu, w Europejskiej Karcie Samorządu Lokalnego nie ma bezpośredniego podziału na zadania komercyjne i zadania publiczne. Mogę jednak powiedzieć jak to jest w praktyce, zwłaszcza w Holandii i Szwecji. Otóż nie obowiązują tam żadne ograniczenia dotyczące podejmowania działalności gospodarczej przez jednostki samorządowe. Pytani o to Holendrzy powiedzieli mi, że nie ograniczają prawnie możliwości podejmowania przez jednostki samorządowe działalności gospodarczej wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej, ponieważ jednostki te mają niezwykle skromne dochody własne i bardzo mało wydajne podatki. Stąd gminy podejmują różnorodną aktywność gospodarczą. Burmistrz miasta Aalten przy granicy holendersko-niemieckiej z dumą oprowadzał po fermie hodowlanej członków delegacji, w której uczestniczyłam, twierdząc że gmina czerpie z tej fermy pokaźne dochody. W Szwecji natomiast, gdzie w tym względzie panuje podobna swoboda, gminy nie są zainteresowane prowadzeniem działalności gospodarczej, ponieważ tam,

podobnie jak w innych krajach skandynawskich, dochody własne z podatków są dość wysokie. W Szwecji właśnie, a także w Norwegii, Danii i Finlandii wpływy z podatku dochodowego od osób fizycznych są dochodami własnymi samorządu. Dlatego gminy nie są zainteresowane wzięciem odpowiedzialności za prowadzenie działalności gospodarczej, wolą ulokować wolne środki w banku lub, będąc osobami prawnymi, stać się akcjonariuszem w przedsiębiorstwie o kapitale mieszanym i czerpać przychody z dywidendy z tego tytułu.

W pozostałych państwach europejskich dominują jednak rozwiązania, które Polska częściowo zaadaptowała, czyli swego rodzaju warunkowe zezwolenie na zaangażowanie samorządu w sferę przedsiębiorczości. Owe warunki, to wymieniona przez moich przedmówców (referentów) luka podażowa, czyli brak ze strony przedsiębiorców prywatnych ofert zaspokajających potrzeby wykraczające poza sferę użyteczności publicznej, dotyczących na przykład bazy hotelowej czy gastronomicznej. W Wielkiej Brytanii w 1988 r. wprowadzono zakaz samorządowej działalności gospodarczej, która jest postrzegana jako zagrożenie konkurencji na rynku lokalnym. Istnieje nawet możliwość zaskarżenia do sądu decyzji gminy, dotyczącej założenia takiego przedsiębiorstwa przez zagrożoną firmę prywatną. Jeżeli gmina przegra proces, musi zlikwidować przedsiębiorstwo. Podobne przepisy obowiązują w Danii, gdzie warunkiem dopuszczenia samorządu do komercyjnej działalności gospodarczej jest ewentualna konieczność wypełnienia luki podażowej oraz ograniczenia bezrobocia. We Francji działalność gospodarcza jednostek samorządowych ma uzupełniać, a nie wypierać przedsiębiorców prywatnych, zaś w niektórych krajach związkowych Republiki Federalnej Niemiec wymagana jest zgoda *ex ante* urzędu antymonopolowego, który chroni przedsiębiorców prywatnych. Wydaje się, że polskie rozwiązania normatywne oznaczają pewne dostosowanie się do standardów europejskich.

Nie wracając do uwarunkowań naszego systemu, o czym panowie prelegenci mówili wcześniej, pozwolę sobie zaprezentować własny pogląd w tej sprawie. Wydaje mi się, że nie musimy w sposób fundamentalny zmieniać prawa o działalności gospodarczej jednostek samorządowych, natomiast powinniśmy prowadzić badania, organizować skrupulatny nadzór, przyglądać się tej działalności i po prostu wykorzystywać płynące stąd doświadczenia do korygowania ewentualnych błędów legislacyjnych. Pozwolę sobie przypomnieć, że na całym świecie najwyższy organ kontroli państwowej – podobnie jak Najwyższa Izba Kontroli – ma w swoim katalogu zadań wykorzystywanie wyników kontroli do korygowania obowiązującego prawa przez wnioski legislacyjne.

**Prof. dr hab. Irena Lipowicz, rzecznik praw obywatelskich:** Chcę bardzo podziękować za wybór tematu dzisiejszego seminarium i powiedzieć, że jestem pod wielkim wrażeniem postawy Izby, jak również rzetelności kontroli w sprawach, które są dziś rzeczywiście tak palące. To subiektywne podejście, ale mówię to trochę (nawiązując też do referatu Pana profesora Czesława Martysza) z punktu widzenia założeń, które przyjęliśmy, gdy reaktywowaliśmy samorząd terytorialny i do czego tak naprawdę działalność gospodarcza miała służyć. Chodziło nam rzeczywiście o to, aby gmina, a potem jeszcze inne szczeble samorządu mogły uzupełnić „ofertę” i w lepszy sposób realizować zadania publiczne, nie podcinając korzeni przedsiębiorczości i nie naruszając interesów gospodarczych podmiotów ze swojego terenu.

Myślę, że trzeba się zastanowić nad tym, czy rzeczywiście jeszcze pozostajemy w obszarze tego podstawowego celu – jak powiedziała Pani profesor Hanna Sochacka-Krysiak mówiąc o krajach skandynawskich. Wiemy, dlaczego dzieje się inaczej: stałe niedofinansowanie samorządu terytorialnego sprawia, że rozpaczliwie poszukuje on dodatkowych źródeł dochodu. Są nimi albo fundusze europejskie, co niestety napędza zadłużenie gmin ze względu na udział własny, albo działalność gospodarcza. Mamy zatem konflikt dwóch dóbr: z jednej strony chodzi o zachowanie ustabilizowanej, konstytucyjnej pozycji samorządu terytorialnego, ale z drugiej strony o to, żeby nie podcinać podstaw egzystencji własnym podmiotom gospodarczym.

Wniosek pozasystemowy jest taki, że w istocie problemem jest niedofinansowanie samorządu oraz że katalog jego zadań wymaga rozszerzenia. Minęło dwadzieścia lat i widzimy wyraźnie, że samorząd ma czasem potrzebę stworzenia, na przykład, szkoły wyższej, więc być może jest to takie zadanie, o które należałoby rzeczywiście rozszerzyć ustawowe pojęcie edukacji. Ustawodawca powinien korygować i przesuwając dopuszczalną granicę, aby odpowiadała ona wymaganiom historycznym. Wydaje mi się jednak, że otwarcie drzwi do pełnej działalności komercyjnej spowoduje konflikt interesów i może sprawić, że gmina czy inne podmioty zaczną się zachowywać trochę – proszę wybaczyć to określenie – autoagresywnie, to znaczy nastąpi swoista agresja wobec własnej społeczności, która ma prawo w pełni rozwijać się gospodarczo. Dotychczas wydawało mi się, że te przesłanki, gdybyśmy się nimi kierowali, byłyby wystarczające z zastrzeżeniem, że ustawodawca powinien być też wyczulony na sygnały czasu (na przykład w zakresie edukacji wyższej, która nie jest typową działalnością komercyjną, albo innych jeszcze form) oraz powinien niekiedy korygować i przesuwać tę granicę.

**Dr Zbigniew Jurczyk, dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu:** Odnosząc się do przedmówczyni, chcę zaznaczyć, że nie widzę powodu, dla którego gminy mogłyby się podjąć na przykład działalności w zakresie szkolnictwa wyższego. Uważam, że nie powinny wchodzić tam, gdzie dobrze radzi sobie sektor prywatny, a jeśli chodzi o szkolnictwo wyższe, to radzi sobie świetnie. Nie rozumiem, dlaczego gminy miałyby tracić energię i środki na coś, co nie należy do ich właściwości, a przecież i bez tego mają wiele do zrobienia; zostawmy to sektorowi prywatnemu. Jeśli są jakieś luki podażowe, to niech gmina tam właśnie kieruje swoje zainteresowanie.

**Prof. dr hab. Irena Lipowicz:** Mieliśmy kilka gmin, w których argumentowano, że jest duże bezrobocie, że nie ma chętnych do utworzenia prywatnej szkoły wyższej, publiczna też nie istnieje, a wskaźnik skolaryzacji jest niski. W takiej sytuacji – dlaczego nie?

**Dr Zbigniew Jurczyk:** Z mojego doświadczenia wynika, że tam gdzie zaangażowany jest sektor publiczny, zdobywa on na starcie przewagę w stosunku do sektora prywatnego. I to już by była nierównowaga na tym rynku w stosunku do sektora prywatnego.

**Prof. dr hab. Mirosław Stec, członek Kolegium NIK:** Rozpocznę od stwierdzenia, że świetnie wybrano temat seminarium, bowiem jest to rzeczywiście niesłychanie ważna problematyka, mająca istotne znaczenie dla charakterystyki ustroju terytorialnego naszego państwa. Pytanie o zakres prowadzonej przez jednostki samorządu terytorialnego, a zwłaszcza gminy, działalności gospodarczej nie jest tylko pytaniem o szerszy czy węższy zakres zadań i kompetencji, a zatem o swoisty ich „ilościowy” kształt, ale ma wymiar „jakościowy”, dotyczący samej istoty samorządu. Widzę tę sprawę bowiem szerzej – jaka powinna być aktualnie rola samorządu, jego funkcje i miejsce w systemie ustrojowym naszego państwa? Stawiam tezę, że dzisiaj, po dwudziestu latach jego funkcjonowania, postrzeganie samorządu tylko w takich kategoriach, jakie właściwe były naszemu widzeniu gminy na początku lat dziewięćdziesiątych, jest absolutnie nieprzystające do współczesnego kontekstu działania samorządu, znacząco zmienionych uwarunkowań (choćby wynikających z akcesji Polski do Unii Europejskiej), a także aspiracji i oczekiwań polskiego społeczeństwa. Nie można zatem tego okresu potraktować jako czasu, w którym nic się nie zmieniło,



bo zmieniło się bardzo wiele. Także gdy chodzi o prawny kontekst działania samorządu. W związku z tym w pełni zasadne jest pytanie – czym jest samorząd, przede wszystkim gminny, w chwili obecnej i czym powinien być?

Postawiwszy powyższe pytania nawiążę do wypowiedzi Pana profesora Marka Szydły, z którym chcę polemizować, przy czym polemika będzie oznaczała nie tyle niezgodę na stwierdzenia wypowiedziane przez referenta, ile wskazanie, że jego wywody prowadzą do wyraźnego zawężenia sfery działania i odpowiedzialności gminy, z którym to ograniczeniem fundamentalnie się nie zgadzam. Punktem wyjścia jest oczywiste zdanie (oparte na konstytucyjnej podstawie), że gmina, tak jak każda jednostka samorządu terytorialnego uczestniczy w sprawowaniu władzy publicznej, co oznacza, że realizuje istotną część zadań publicznych w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. By zadania te wykonać, niezbędne jest wyposażenie jej w odpowiednie, co oznacza również odpowiednio zróżnicowane, instrumentarium. Nie ma sporu co do tego, że jest nim przede wszystkim szeroko rozumiane instrumentarium publicznoprawne, administracyjnoprawne, a zatem wykorzystujące formy charakterystyczne dla wykonywania *imperium*. Pod tym względem sytuacja się nie zmieniła, tak jak było w 1990 r., jest i dzisiaj. Właściwe organy samorządu (w tym wójt czy burmistrz) są równocześnie organami administracji wykonującymi w sposób władczy kompetencje przewidziane w ustawach szczególnych. Takie ujęcie zostało przesądzone tak w ustawie ustrojowej, jak później wpisane zostało do Konstytucji. Należy jednak wyraźnie powiedzieć, że jednostki samorządu terytorialnego są zarówno podmiotami prawa publicznego, jak i podmiotami prawa prywatnego, czyli podmiotami posługującymi się innym instrumentarium, właściwym dla tego typu jednostek. Widoczne to jest wyraźnie w przepisach Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego, zgodnie z którą, przypomnę, „samorząd lokalny oznacza prawo i zdolność społeczności lokalnych, w granicach określonych prawem, do kierowania i zarządzania zasadniczą częścią spraw publicznych na ich własną odpowiedzialność i w interesie ich mieszkańców”. Mieszczą się w nich zadania, których natura nie wymaga posługiwania się instrumentami władczymi. Przy ich wykonywaniu niepotrzebne jest władztwo administracyjne, tylko instrumentarium charakterystyczne dla prawa prywatnego. By pozostać w ramach terminologii prawa rzymskiego – nazywa się ją sferą *dominium*. A zatem gmina, czy każda inna jednostka samorządu terytorialnego, jako podmiot prawa prywatnego, czyli między innymi właściciel określonego majątku, będzie z niego korzystać, by realizować zadania, które nie mają właśnie takiego charakteru jak te należące do sfery *imperium*. Ale to nie oznacza, że w tej sferze nie mieszczą się sprawy publiczne! To są sprawy publiczne, tylko realizowane inną metodą. Innych jednostka samorządu terytorialnego realizować nie może. Jakże charak-



terystyczne są w tym zakresie zadania ustawowo przypisane samorządowi województwa, wśród których tylko znikoma część wymaga posłużenia się władztwem administracyjnym.

Problem, jaki pojawił się w kontekście przeprowadzonej kontroli NIK dotyczy pytania – dokąd sięga uprawnienie samorządu, zwłaszcza gminy, do prowadzenia działalności w formach niewładczych za pomocą środków majątkowych będących jego własnością? Dwadzieścia lat temu (a nawet piętnaście, kiedy przyjmowano ustawę o gospodarce komunalnej) klarownie ujmowano odpowiedź na to pytanie. Uprawnienie to, ale i zarazem obowiązek, dotyczyło sfery użyteczności publicznej oraz wąsko zakreślonych kilku innych zakresów z zastrzeżeniem, że działalność nie będzie miała charakteru komercyjnego (zarobkowego). Dzisiaj samorząd, zajmując się w dalszym ciągu zadaniami należącymi do kanonu „klasycznych” spraw z zakresu użyteczności publicznej, podejmuje się – i chce to wyraźnie zaakcentować – prowadzenia działalności, która tak naprawdę wykracza poza wąsko rozumianą sferę użyteczności publicznej. Jakie zatem kryterium pozwoli potraktować te nowe sfery działania gminy jako mieszczące się i zgodne z interesem publicznym? Żadna bowiem jednostka samorządu terytorialnego nie może działać nie uwzględniając – i to wyłącznie – interesu publicznego. Odpowiedzi należy szukać – z jednej strony – w przepisach ustrojowych, z drugiej zaś – w sferze nowych wyzwań stojących przed samorządem terytorialnym. I znajdujemy je wyraźnie sformułowane w ustawie o samorządzie województwa, w której przesądza się, że samorząd ten ustala strategię i prowadzi politykę rozwoju województwa. Jest to jego fundamentalne zadanie. Natomiast gdy chodzi o samorząd gminny, to takiego zadania w ustawie ustrojowej się nie formułuje. I jest to konsekwencją faktu, że w 1990 r. nie uzmysławiano sobie – jak zasadniczą rolę za kilkanaście lat będzie odgrywać rozwój gminy jako fundamentalny cel jej działania, do którego realizacji niezbędne będzie prowadzenie określonej polityki, a nie tylko zaspokajanie zbiorowych potrzeb jej mieszkańców. I nie mam wątpliwości, że obecnie, mimo braku formalnego zakotwiczenia tego zadania w przepisach ustrojowych dotyczących gminy, stanowi ono przejaw swobody kształtowania dobrowolnych jej zadań, których podejmowanie leży, bez wątpienia, w interesie publicznym. Szczególną postacią takiej aktywności jest działalność gospodarcza i to właśnie ta, która nie ma tego „klasycznego” charakteru użyteczności publicznej. Dyskusja na ten temat trwała od samego początku, jednak była sprowadzona do dylematu – czy gmina może, czy nie może prowadzić działalności tak zwanej komercyjnej, czyli nastawionej na zysk. Ostatecznie w 1996 r. uchwalono ustawę o gospodarce komunalnej, w której sformułowano dość istotne ograniczenia. Ale już wtedy wskazano w niej na istotny kierunek wyznaczania sfery możliwego działania i odpowiedzialności gminy przez

sformułowanie zawarte na samym końcu wyliczenia sytuacji, w których gminy mogą zawiązywać spółki lub do nich przystępować. Jest tam skonstruowana przesłanka, która właśnie odnosi się do wskazanego wyżej zakresu. Otóż gmina może to czynić, gdy działalność takiej spółki jest ważna dla rozwoju gminy. Czyli rozwój gminy jest tym kluczem, który umożliwia jej podejmowanie zadań bez potrzeby powoływania się na konkretną podstawę ustawową. W tej sferze gmina nie posługuje się bowiem narzędziami charakterystycznymi dla władztwa administracyjnego (wtedy podstawa prawna jest absolutnie konieczna), lecz instrumentami prawa prywatnego przynależnymi jej z racji bycia podmiotem tego prawa, czyli osobą prawną. W konkluzji wyrażam pogląd, że gmina, jeżeli realizuje zadania publiczne w sferze dominialnej przy wykorzystaniu swego majątku, w tym prowadząc działalność gospodarczą, nie posługując się środkami o charakterze administracyjnoprawnym i mając na uwadze realizację celu jakim jest rozwój gminy, nie musi powoływać się na konkretną, zawartą w ustawach prawa materialnego podstawę prawną podejmowanych działań w formach prawem przewidzianych. Nie jest też konieczne odwołanie się do wyliczenia zawartego w art. 7, jako że ma ono charakter li tylko przykładowy (przesądzony użyciem zwrotu „w szczególności”) i w żaden sposób nie wyczerpuje całego zakresu znaczeniowego pojęcia „zadania własne gminy”.

Czy jednak nie istnieją dalsze granice samodzielności w kształtowaniu zakresu działalności przez gminę? Czy, w szczególności, nie stwarza takiego ograniczenia art. 7 Konstytucji i zasada legalizmu tam sformułowana? Otóż nie ulega wątpliwości, że dla działań władczych, dla indywidualnych aktów administracyjnych, czyli zawsze w odniesieniu do sfery *imperium*, musi być indywidualna podstawa prawna dokładnie wskazująca na zakres umocowania organu administracyjnego. I to jest wymóg wynikający z wyrażenia „na podstawie prawa”. Natomiast „w granicach prawa” oznacza uprawnienie do podejmowania działań w takim zakresie, w jakim nie zostaną przekroczone owe granice prawa. Sformułowanie „w granicach prawa” odnosi się zatem przede wszystkim do sfery dominialnej. Jak są zatem wytyczane owe „granice prawa”? Są one ustalane w całym ustawodawstwie, którego najlepszą egzemplifikację przedstawił w swej wypowiedzi Pan dyrektor Delegatury Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów we Wrocławiu. Jest bowiem oczywiste, że samorząd terytorialny, jeżeli zacznie prowadzić działalność gospodarczą, podlega całemu ustawodawstwu odnoszącemu się do tej sfery aktywności ludzkiej, w tym zwłaszcza prawu antymonopolowemu, ustawodawstwu o pomocy publicznej, o zamówieniach publicznych i wielu innym tego typu ustawom. Jego przestrzeganie zapewniają odpowiednie organy nadzoru – tak ogólnego (wojewoda), jak szczególnego (między innymi regionalne izby obrachunkowe, UOKiK, UZP). Choć nie jest to zadanie łatwe

dla tych organów (w tym ocenianie, na ile te działania w sferze aktywności gospodarczej mieszczą się w przesłance rozwoju gminy), to jednak dotychczasowe dokonania, zwłaszcza UOKiK, pokazują, że jest to nie tylko możliwe, ale i służy właściwemu pojmowaniu swej roli przez samorząd gminny.

W kontekście powyższego stanowiska wróć krótko do samej „Informacji o wynikach kontroli”, stanowiącej podstawę naszej dyskusji, która w kilku miejscach wzbudziła moje istotne zastrzeżenia. Uważam, że pewne zawarte w niej oceny wynikają z tego, że postrzega się samorząd właśnie jako tylko władzę publiczną stosującą instrumentarium publicznoprawne, a zatem szukającą dla każdego działania samorządu indywidualnej podstawy prawnej. Dlatego nie przychyliam się już do pierwszego wniosku o podjęcie inicjatywy legislacyjnej, zmierzającej w kierunku doprecyzowania przepisów art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej, zapewniającego przestrzeganie przepisów art. 166 Konstytucji, ograniczających aktywność jednostek samorządowych do realizacji określonych ustawowo zadań publicznych. Nie ma bowiem ustawowo określonego spisu zadań publicznych. Z Konstytucji (art. 163) wynika, że samorząd terytorialny realizuje te zadania publiczne, które nie zostały zastrzeżone dla innych organów. A w ramach systemu samorządowego to domniemanie kompetencji przysługuje gminie (art. 164 ust. 3). Oczywiście jest, że to domniemanie dotyczy sfery dominialnej, bo przecież nie byłoby sensu pozostawiać domniemania kompetencyjnego w sferze władztwa administracyjnego, skoro i tak nie istniałaby podstawa prawna. Nie można by przecież wydać wówczas żadnej decyzji.

Jest wiele spraw ważnych dla społeczności lokalnych, nieuregulowanych w ustawodawstwie, których rozstrzygnięciem, wobec sporu samorządu z wojewodą – działającym w trybie nadzoru – co do legalności podjętych działań, ostatecznie zajęły się sądy. Tytułem przykładu – otóż sąd orzekał co do prawa gminy do nadania imienia parkowi. W przepisach nie ma żadnej wzmianki o tym, że gmina takie prawo posiada. Wojewoda zakwestionował to działanie gminy ze względu na brak wyraźnej podstawy prawnej, zaś sąd orzekł, że w tym przypadku takie prawo wynika bezpośrednio z konstytucyjnej zasady samodzielności gminy w wykonywaniu jej zadań w granicach określonych prawem, ale bez potrzeby wskazywania konkretnej podstawy prawnej.

Odniosę się też do dwóch spraw konkretnych, ujętych w „Informacji”. Pierwsza dotyczy przystępowania do spółki sportowej. Od 2006 r. do tego roku obowiązywała ustawa o sporcie kwalifikowanym, a to pojęcie obejmuje też sport zawodowy. W ustawie sformułowany był wyraźny przepis, mówiący o możliwości dofinansowania sportu kwalifikowanego przez samorząd terytorialny, przy czym pewne konkretne formy tego dofinansowania były wskazane w dalszych przepisach. Czy to oznacza, że wyczerpują one wszystkie przejawy tego dofi-

nansowania? Gdyby tak było, to kompletnie zbyteczny byłby ten przepis ogólny. Wystarczyłyby tylko te dwa konkretne. A jeżeli został wprowadzony, to po to, by umożliwić także inne formy dofinansowania, także przez przystąpienie gminy do spółki sportowej. Pod jednym wszakże warunkiem, o którym wyżej mówiłem. Należy w uchwale rady gminy wskazać, że spółka, do której przystępuje gmina, i jej działalność służy rozwojowi gminy, na przykład przez prowadzenie działalności nakierowanej na rozwój kultury fizycznej i sportu jej mieszkańców. A to bardzo ważne zadanie publiczne spoczywające na samorządzie terytorialnym.

Druga sprawa odnosi się do zamku w Książu. Miasto – za pośrednictwem Przedsiębiorstwa Zamek Książ, utworzonego celem ochrony i opieki nad tym kompleksem zabytkowym – prowadziło usługi hotelarskie w zamku. W „Informacji” poddano krytyce ten fakt, stwierdzając, że jest to przejaw prowadzenia klasycznej działalności komercyjnej, do której gmina nie ma upoważnienia (nie mieści się w sferze użyteczności publicznej). Rzeczywiście, prowadzenie hotelu to działalność komercyjna. Tyle tylko, że w tym przypadku stanowi ona działalność uboczną firmy gminnej, której zasadniczym zadaniem, publicznym zadaniem (ochrona zabytków!), jest opieka, utrzymanie w należytym stanie i wykorzystanie w celach społeczno-kulturalnych ogromnego kompleksu, jakim jest zamek Książ. Ponieważ w zamku tym jest część mieszkalna, jest kwestią racjonalnego zarządzania tym obiektem, by ją wykorzystywać w sposób pozwalający uzyskiwać dochód, choć w części pokrywający koszty utrzymania zamku. Uznałbym wręcz za zasadne, w sytuacji niewykorzystywania owej części mieszkalnej komercyjnie, postawienie zarzutu niegospodarności gminie przez rezygnację z możliwych dochodów z tego tytułu. Rozumowanie zaprezentowane w „Informacji” prowadzi do przyjęcia wniosku, w moim przekonaniu całkowicie chybionego, że samorządowi nie wolno prowadzić jakiegokolwiek działalności komercyjnej, także jeżeli jest to działalność uboczna wykonywana w związku z prowadzeniem działalności o charakterze *par excellence* użyteczności publicznej. Jeżeli, posługując się innym przykładem, OSiR (ośrodek sportu i rekreacji) prowadzi kąpielisko miejskie, na które bilet wstępu nie pokrywa kosztów jego utrzymania, a pozostawienie go w takiej wysokości ze względów społecznych jest w pełni uzasadnione, to ta sytuacja oznacza konieczność dofinansowywania takiej instytucji z budżetu gminy. I czy w takim przypadku prowadzenie na terenie kąpieliska odpłatnych usług gastronomicznych czy handlowych, generujących dochód dla OSiR, będzie stanowić naruszenie zakazu prowadzenia działalności komercyjnej? Dla mnie takie podejście byłoby nie tylko ekonomicznie nieracjonalne i niegospodarne, ale także ustrojowo za daleko idące. Dlatego nie podzielam w tej kwestii stanowiska zawartego w „Informacji”, jak i poglądów Pana profesora Marka Szydły, który jednoznacznie stwierdza, że samorząd terytorialny nie

może prowadzić żadnej komercyjnej działalności gospodarczej. Z przedstawionego referatu wynika, że nie przewiduje w tym zakresie jakiegokolwiek zróżnicowania sytuacji, zmierzającego do dopuszczenia w określonych przypadkach prowadzenia przez gminy działalności komercyjnej, jak choćby w przykładach wskazanych wyżej. W moim przekonaniu, decydować powinien zasadniczy cel czy charakter prowadzonej działalności. Jeżeli tym celem jest rozwój gminy, to może ona przystępować do spółek realizujących ten cel. Podobnie, 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.

Na zakończenie dwie uwagi. Pierwsza o rysującej się tendencji w podejściu do diskutowanych zagadnień. Otóż obecne koncepcje rozwoju regionalnego naszego kraju opracowywane przez rząd, jak i wiele wypowiedzi przedstawicieli doktryny, a także pierwsze sygnały dochodzące z Kancelarii Prezydenta, wskazują, że rząd i prezydent dążą w swej polityce do wyraźniejszego „upodmiotowienia” samorządu zarówno gminnego, jak i wojewódzkiego w sferze rozwoju. A to oznaczać musi zwiększenie uprawnień i kompetencji jednostek samorządu terytorialnego, także w sferze gospodarczej. Samorząd, tak samo jak i całe państwo, musi być bardziej aktywny w oddziaływaniu na sferę gospodarczą, także przez kreowanie podmiotów gospodarczych bądź przystępowanie do nich, jeżeli to zostanie uzasadnione polityką rozwoju danej jednostki samorządowej. A rozwój gminy, rozwój miasta oddziałuje przecież w wielu aspektach w sposób konstytutywny na rozwój regionalny, a niekiedy jest wręcz motorem rozwoju całego regionu.

Ostatnia uwaga jest już innego typu i w zasadzie stanowi pytanie do nas wszystkich, do Pana prezesa i do członków Kolegium. Czy nie warto by tematem następnego naszego seminarium uczynić zagadnienie, które nasunęło mi się podczas czytania „Informacji”, a które sprowadza się do pytania – jaki jest zakres samodzielności i niezależności w stwierdzaniu przez NIK, w tym wypadku nielegalności, niezgodności z prawem działania gminy i innych jednostek samorządu terytorialnego, jeżeli z orzeczenia sądowego wydanego w tej sprawie wcześniej wynika, że to działanie nie zostało uznane za niezgodne z prawem, a zatem że jest ono legalne. Mam zasadnicze wątpliwości, czy NIK wolno w takim przypadku kwestionować tę ocenę, a wręcz stwierdzić, że działanie to wykroczyło poza dopuszczalny zakres samodzielności gminy i tym samym pozostało w sprzeczności z obowiązującym prawem.

**Dr Czesława Rudzka-Lorentz, dyrektor Departamentu Administracji Publicznej NIK:** Całą wypowiedź Pan profesora dotyczącą granic prowadzenia przez samorząd działalności gospodarczej zrozumiałam tak, że praktycznie takich ram nie ma, że samorządowi dopuszczone jest wszystko, że dobrze dobrany przepis czy teza usprawiedliwia każdą działalność JST. Pamiętam, jak mnie uczono na studiach, że są dwojakie funkcje jednostek lokalnych: endogeniczne oraz egzogeniczne, utożsamiane jako miastotwórcze i obsługowe. Był wyraźny podział, że jeśli istnieje coś, co jest świadczone na zewnątrz i stanowi równocześnie funkcję realizowaną na obszarze jakiejś jednostki samorządu, ale jest otwarte na zewnętrznego odbiorcę, to mamy do czynienia z funkcją miastotwórczą, a nie samorządową. Natomiast samorządowymi były wszelkie działania obsługowe, czyli te, które służyły rzeczywiście społeczności lokalnej. W każdym konkretnym wypadku mamy spór; weźmy choćby wspomniane szkoły wyższe. W wielkim mieście zdecydowana większość uczących się tam będzie z tego miasta, zatem będzie to niejako „sprawa miejska”. Natomiast funkcję uczelni wyższej prowadzonej na przykład przez Pułtusk – gdyby była uczelnią samorządową, a odbiorcą jej usług edukacyjnych młodzież z całej Polski, trudno uznać za obsługową.

Mnie się wydaje, że jednak powinniśmy spróbować wrócić do sprawy generalnej. Ja też tworzyłam podstawy samorządu terytorialnego i pamiętam doskonale nasze dyskusje. Chodziło o to, żeby umożliwić i funkcjonowanie, i poprawę warunków życia ludności, i rozwój, ale bez wyłączenia czy upośledzenia działalności podmiotów, które nie są podmiotami samorządowymi. Tymczasem obecnie zmierzamy do czegoś, co zaprzecza totalnie tej tezie; widzę to w wielu interpretacjach i postawach twórców, również prawa. Choćby Pan profesor Michał Kulesza, który też prezentuje tezę, że właściwie samorząd nie ma przypisanych prawem ograniczeń. W moim przekonaniu tak być nie powinno. Zgadzam się natomiast z interpretacją UOKiK, że jeśli jakaś aktywność samorządu miałaby w jakikolwiek sposób upośledzać warunki funkcjonowania innych podmiotów, to nie powinna być dopuszczona.

**Piotr Miklis, dyrektor Delegatury NIK we Wrocławiu:** Chciałbym tylko sprostować jedną sprawę z wypowiedzi Pana profesora Mirosława Steca. Mianowicie: wyroku w sprawie wspomnianego klubu sportowego na Dolnym Śląsku nie ma. Wyroki, które są dostępne w orzecznictwie, prezentujemy na stronie 45 i 46 „Informacji” i one także odnoszą się do tej sprawy z zakresu ustawy o sporcie kwalifikowanym, o której Pan profesor mówił. Zdecydowanie są one jednoznaczne, jednolite, bez względu na to, jaka instancja je podejmowała i można w skrócie scharakteryzować ich kierunek, że takiej działalności podejmować nie wolno.



**Prof. dr hab. Mirosław Stec:** W wypowiedzi swojej wyraźnie stwierdziłem, że chodzi o sytuację, w której w tej samej sprawie – z jednej strony – mamy do czynienia z orzeczeniem sądowym o charakterze merytorycznym, z drugiej ze stanowiskiem NIK odmiennie oceniającym ten sam stan faktyczny. Znane jest orzecznictwo NSA w tego typu sprawach, ale moją wątpliwość budzi zajmowanie przez NIK stanowiska, gdy sąd administracyjny wcześniej odnośnie do tego stanu faktycznego wydał orzeczenie odmierne. A co do dyskutowanego przypadku nie mogę się zgodzić z przedmówcą, gdyż WSA we Wrocławiu takie orzeczenie wydał i choć jest to postanowienie o umorzeniu postępowania w wyniku wycofania wniosku przez wnioskodawcę, to jednak jego walor nie ma charakteru jedynie formalnego, lecz także merytoryczny, bowiem wycofanie wniosku jest merytorycznie badane przez sąd i jeżeli zostanie uznane za służące obejściu prawa lub uniknięciu uznania aktu administracyjnego za niezgodny z prawem, to w takim przypadku sąd postępowania nie umorzy i rozpozna sprawę merytorycznie. W tym przypadku sąd umorzył postępowanie, a zatem uznał, że wycofanie wniosku o stwierdzenie niezgodności uchwały rady miejskiej nie narusza prawa, bowiem uchwała ta, po dokonaniu określonych w niej zmian, zgodna jest z prawem. Tak należy czytać orzeczenie WSA we Wrocławiu. I osobiście uważam, że trafnie sąd odczytał przepisy, o których mówiłem wyżej, gdyż za zgodne z prawem należy uznać działanie gminy, polegające na przystąpieniu do spółki, także sportowej, jeżeli będzie to służyć rozwojowi gminy oraz realizacji jej zadań w sferze sportu i kultury fizycznej. Na ile zapoznałem się z dokumentami w tej sprawie, a zwłaszcza ze statutem klubu, te przesłanki zostały spełnione.

**Dr Ryszard Paweł Krawczyk, przewodniczący Krajowej Rady Regionalnych Izb Obrachunkowych:** Jestem pełen uznania dla „Informacji o wynikach kontroli”, którą przedstawiła delegatura dolnośląska, ponieważ działalność gospodarcza jednostek organizacyjnych samorządu terytorialnego jest problemem, który w chwili obecnej nie pozwala nam spokojnie spać. Regionalne izby obrachunkowe uważają, że sprawy zaszły chyba za daleko. Stosunkowo niedawno, bo w sierpniu, Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych przedstawiła ministrowi Michałowi Boniemu i minister Julii Piterze raport dotyczący właśnie spółek komunalnych (jest on opublikowany na stronach internetowych Krajowej Rady).

Odnosząc się do dzisiejszych wystąpień, muszę powiedzieć, że wysłuchałem ich z olbrzymim zainteresowaniem. Sądzę, że nie mówilibyśmy teraz o gospodarce prowadzonej przez spółki komunalne, gdyby – po pierwsze – nie pojawiało się coraz więcej wypadków, w których działalność tych spółek przynosi po



prostu stratę, która musi być pokrywana z budżetu gminy. Po drugie – gdybyśmy nie podejrzewali, że tworzone są w praktyce spółki „słupy”, które przejmują na siebie zadłużenie samorządu. Regionalne izby obrachunkowe to dostrzegają i taki sygnał przekazaliśmy premierowi. Poprosiliśmy również kilka instytucji (dwie komisje i trzy ministerstwa) o pilną nowelizację art. 72 ustawy o finansach publicznych, który dotyczy tak zwanego długu publicznego.

Odnosząc się do referatu Pana profesora Marka Szydły, oczywiście można stwierdzić, że podział na *dominium* i *imperium* Autorowi gdzieś umknął i niewątpliwie referat byłby jeszcze bogatszy, gdyby tego typu rozważania się w nim znalazły. Chcę zwrócić uwagę, że Autor, może niezbyt mocno, ale jednak zaprezentował tezę, że należałoby się chyba odwoływać do pojęcia dobra wspólnego, jeżeli mamy wątpliwości co do granic prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego poza sferą użyteczności publicznej. To jest bardzo odważna teza, ponieważ ilekroć czytam prasę i słucham różnych wypowiedzi polityków, mam wrażenie, że chyba ustawodawca „pomylił się” w art. 1 Konstytucji wpisując takie pojęcie albo ci, którzy wypowiadają się na tematy publiczne zapominają po prostu o brzmieniu tego artykułu. Wydaje mi się, że po 1989 r. polski ustawodawca nie ma szczególnych osiągnięć jeżeli chodzi o ustawodawstwo samorządowe, jest w tym zakresie bierny, wychodząc chyba z założenia, że gospodarka finansowa samorządu terytorialnego wykazuje statyczność. Z doświadczenia regionalnych izb obrachunkowych wynika, że jest akurat odwrotnie. Musimy naprawdę zastanowić się, czy niektóre instrumenty – szczególnie finansowe, jednostki samorządu terytorialnego chcą stosować, i czy mieszczą się one w obowiązującym prawie. Musimy także brać po uwagę, jakie konsekwencje dla gospodarki finansowej, dla budżetu właśnie, dla społeczności lokalnych będą miały w przyszłości. Jeżeli obecnie istnieje gmina, która ma 130-milionowy budżet i zadłużenie szpitali wynoszące prawie 110 mln zł, to można postawić pytanie – co będzie, jeżeli przyjdzie ten dług spłacić?

Wracając do zagadnień, które są przedmiotem tego spotkania: odniosłem wrażenie, że co do kwestii prowadzenia działalności gospodarczej przez jednostki samorządu terytorialnego, szczególnie przez spółki, to tutaj raczej nie ma problemów spornych, natomiast zagadnieniem kontrowersyjnym są granice działalności gospodarczej prowadzonej przez jednostki samorządu terytorialnego. Proszę zwrócić uwagę na to (co zresztą było podkreślane w referatach), że mamy obecnie w tym zakresie trzy konstrukcje prawne; w każdej ustawie samorządowej mamy do czynienia z inną. Niewątpliwie nie ułatwia to interpretacji prawa, szczególnie tym, którzy prawo muszą stosować i baczyć, żeby ich nie posądzono o to, że to prawo naruszają. W praktyce spotykamy tworzenie spółek przez związki międzygminne. O co w tym chodzi? Czy czasem nie o to, żeby zna-

leźć miejsce zatrudnienia dla znajomych? Przecież to jest klasyczny nadmierny wzrost administracji, z czym, o ile wiem, rząd zamierza w przyszłym roku walczyć. W spółkach osobowych mamy do czynienia z odpowiedzialnością całym majątkiem za zobowiązania. Jeżeli tak, to jak się to ma do art. 50 ustawy o samorządzie gminnym, który nakazuje szczególną staranność w zarządzie mieniem komunalnym. To są po prostu dwie rzeczy wzajemnie się wykluczające, dlatego myślę, że należałoby chyba metodą drobnych kroków najpierw ujednoczyć sferę pojęć. Przypominam tylko, że w ustawach ustrojowych mamy do czynienia z pojęciem gminna, powiatowa, wojewódzka, samorządowa jednostka organizacyjna; w ustawie o finansach publicznych z 2009 r. w art. 59 – z pojęciem jednostki podległej jednostce samorządu terytorialnego; w art. 9 nowej ustawy o finansach publicznych – z pojęciem inne samorządowe osoby prawne; w ustawie o regionalnych izbach obrachunkowych – z pojęciem samorządowe jednostki organizacyjne, w tym samorządowe osoby prawne. Na marginesie należy zauważyć, że w nowej ustawie o finansach publicznych ustawodawca wprowadził odmienne od konstytucyjnego znaczenie pojęcia „organy władzy publicznej”. Bardzo trudno jest inspektorowi kontroli, który styka się z konkretnym stanem faktycznym, dokonać odpowiedniej klasyfikacji. Wiem to z praktyki działania regionalnych izb obrachunkowych i myślę, że w Najwyższej Izbie Kontroli występują podobne problemy, choć oczywiście Izba ma instrumentarium prawno-doradcze o wiele lepiej rozbudowane, niż „chałupnictwo”, jakie uprawia się w ramach regionalnych izb obrachunkowych.

Następny problem: zawieranie umów przez jednostki samorządu terytorialnego ze spółkami prawa handlowego. Chodzi o dostawy, roboty budowlane lub usługi. Ustawa o gospodarce komunalnej nie wyłącza stosowania Prawa zamówień publicznych, a samo Prawo milczy na ten temat. W związku z tym, dlaczego dopuściliśmy, że tak zwane umowy *in-house* mogą być zawierane bez stosowania ustawy o zamówieniach publicznych? – Bo tak stwierdziło orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości. Dwa albo trzy lata temu w Najwyższej Izbie Kontroli była również podobna dyskusja, na temat pojęć „komunalna osoba prawna”, „samorządowa osoba prawna”. Jak ta sprawa wygląda w literaturze? Z jednej strony mamy do czynienia z tezą wynikającą z orzeczenia Sądu Najwyższego z 2006 r., że spółki kapitałowe z udziałem jednostek samorządu terytorialnego są takimi samymi spółkami jak każde inne, następnie ze stanowiskiem profesora Antoniego Agopszowicza, że spółki komunalne to te, gdzie większość udziałów bądź akcji posiada jednostka samorządu terytorialnego, i wreszcie ze stanowiskiem profesora Tomasza Dybowskiego, że całość udziałów musi być komunalna, abyśmy mogli mówić o spółce komunalnej. Dlaczego to mówię? – Dlatego, że jako pracownicy regionalnych izb obrachunkowych spo-

tykamy się coraz częściej z zarzutami, że możemy działać nielegalnie próbując kontrolować spółki komunalne; wszystko zależy od tego, jaką interpretację się przyjmie.

Kolejna kwestia – co mamy zrobić w sytuacji, kiedy wojewoda uznaje, że można utworzyć spółkę komunalną ze względu na to, że jest ona ważna dla rozwoju gminy, a ma się zajmować prowadzeniem sportu kwalifikowanego, sportu zawodowego. Jest to taki przypadek, z jakim mieliśmy do czynienia we Wrocławiu. Uważam, że postępowanie wojewody było tutaj chyba bardzo niewłaściwe. Wojewoda jako organ państwowy ma prawo wycofać skargę z sądu, ale dlaczego nie zdecydował się, żeby tę sprawę rozstrzygnął sąd? Wycofanie skargi z sądu przez wojewodę wywołało daleko idące reperkusje dla pewnej praktyki, jaka się ukształtowała. W Legnicy, Łodzi, następnie na Wybrzeżu były takie przypadki, natomiast Naczelny Sąd Administracyjny uznawał, że powołanie tego typu spółki jest w świetle obowiązującego prawa działaniem nielegalnym; było to również nielegalne w świetle ustawy o sporcie kwalifikowanym. Doskonale wiemy, że ustawa o sporcie kwalifikowanym dopuszczała wówczas dwa przypadki przekazywania środków z budżetów jednostek samorządu terytorialnego na rzecz takiego sportu. Ustawodawca mówi nieśmiało: wspieranie. Można się zastanawiać, co to znaczy, po co znowu pojęcie nieostre. Ustawodawca stale używa w takich wypadkach określeń nieostrych, na przykład: „znaczne ożywienie rynku lokalnego”, „bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie na poziom życia wspólnoty samorządowej”, „spółka ważna dla rozwoju gminy”. Nie jest przecież problemem udowodnienie, że określone przedsięwzięcie, jako „ważne dla rozwoju gminy” mieści się w granicach obowiązującego prawa. Nie jestem akurat, w tym przypadku zwolennikiem interpretowania tego pojęcia w sposób ekstenywny. Mam wrażenie, że w wielu wypadkach – a sądownictwo chyba też do tego dopuściło – mamy do czynienia z działaniami *contra legem*, które są następnie w wyniku nowelizacji ustaw w państwie przyjmowane.

Ostatnia sprawa. Mówiłem o przerzucaniu zadłużenia z jednostek samorządu terytorialnego na spółki komunalne. Zdaniem regionalnych izb obrachunkowych, jest to w tej chwili bardzo istotny problem. Stoimy na stanowisku, że mamy do czynienia z oficjalnym długiem publicznym i tak zwanym długiem nieoficjalnym. Rozporządzenia dotyczące sprawozdawczości w zasadzie wyraźnie wskazują na to, że z jednej strony pokazuje się dług oficjalny – dług publiczny, a z drugiej strony pozostałe zadłużenie, które do długu samorządu terytorialnego nie wchodzi. To w przyszłości spowoduje określone konsekwencje. Już teraz około 300 jednostek nie ma zdolności kredytowej, a kiedy w 2014 r. wejdzie w całości nowa ustawa o finansach publicznych, tych jednostek samorządu terytorialnego będzie więcej; jeżeli chodzi o powiaty, jest to około 30%. I wreszcie

problem długu związków międzygminnych. Panie profesorze, myślę, że ten związek komunalny, o którym Pan wspominał, spełniający tak istotną rolę dla Górnego Śląska, już dawno przekraczał wszelkie granice. Chcę tylko zwrócić uwagę na to, że nowy art. 244 ustawy o finansach publicznych zleca związkom wykazywanie swoich zobowiązań, które będą – oczywiście proporcjonalnie do udziałów gmin – wliczane do poziomu długu, co spowoduje znaczne pogorszenie kondycji finansowej samorządu terytorialnego.

Jeszcze jedno zdanie do wypowiedzi Pana profesora Mirosława Steca. Myślę, że koncepcja, którą Pan profesor przedstawia nie jest nowatorska, bo przecież spór o to, czym jest samorząd i jaki jest jego zakres działania, jest tak stary jak samo istnienie samorządu, ale w obecnych warunkach jest koncepcją niezwykle odważną. Obawiam się, że przy niejednolitości pojęć, jakie funkcjonują w polskim ustawodawstwie, a przy tym wobec braku reakcji ustawodawcy na to co się dzieje w samorządzie, może ona doprowadzić do olbrzymiego bałaganu w funkcjonowaniu gospodarki samorządu terytorialnego, co nie oznacza, że nie należy o tym mówić; wręcz przeciwnie – na pewno trzeba mówić. Konstytucja wyraźnie wskazuje w art. 165 na samodzielność samorządu terytorialnego i przez działalność orzeczniczą czy nadzorczą nie powinniśmy na pewno stwarzać niepotrzebnych barier dla rozwoju samorządu terytorialnego. Mam nadzieję, że instytucja, którą reprezentuję, czyli regionalne izby obrachunkowe, takich nadmiernych barier nie stwarza.

**Prof. dr hab. Artur Nowak-Far, członek Kolegium NIK:** Przyłączę się do wszystkich głosów, które są w jednej sprawie zgodne – że temat został wybrany znakomicie i również że przedstawiono nam znakomite materiały do dyskusji. Wydaje się, że warto by było, już wtórnie, rozdzielić materię przedstawioną zarówno w referatach, jak i w materiale poglądowym, na dwie kwestie: jakości prawa i jakości jego stosowania. To są nieco inne kwestie, a tutaj się trochę mieszają, choć przecież dają dość spójny obraz tego co się w rzeczywistości społeczno-gospodarczej dzieje.

W moim rozumieniu, całość tego materiału dotyczy trzech spraw, które są kluczowe. Pierwsza – to legitymizacja działań gmin, które angażują się w działalność gospodarczą, oraz jej zakres. Druga – nie mniej ważna i łącząca się oczywiście z tą pierwszą – to kwestia ryzyka, które się z tym wiąże i legitymowanego zakresu tego ryzyka. Trzecią istotną sprawą jest zasygnalizowanie problemu znalezienia takiego modelu funkcjonowania gmin, również w sferze gospodarczej, który zachowałby właściwą równowagę sektora publicznego i prywatnego. Dlaczego to są zagadnienia kluczowe – widać choćby w obszarze poszukiwa-

nia równowagi sektorowej. Przyjęcie koncepcji, że gmina jest odpowiedzialna za swój rozwój i może podejmować jakiegokolwiek działania mieszczące się w tej (definiowanej przecież przez nią samą) koncepcji rozwoju byłoby podejściem zbyt etatystycznym i naruszającym konstytucyjną zasadę pomocniczości. Zaakceptowanie takiego podejścia przecież jest wyrazem „łatwego” przekonania, że wszystko co jest działaniem gminy mieszczącym się w ramach jakiejś ogólnie rekonstruowanej „zwykłej przyzwoitości”, sprzyja jej rozwojowi. Powstaje jednak pytanie – gdzie w takim układzie jest miejsce dla działań sektora prywatnego? Proszę zwrócić uwagę, że właściwie tylko jeden obszar problemu został dobrze zidentyfikowany w tym zakresie – tam gdzie wspomniano o zjawisku tak zwanego wypychania, ale w odniesieniu do wypychania zaproponowano takie jego rozumienie, które jest odległe od najczęściej spotykanej konwencji jego rozumienia w teorii sektora publicznego i teorii finansów publicznych. Mówiono mianowicie, że gdy gmina angażuje się w jakąś działalność gospodarczą, to może wypchnąć sektor prywatny z pola rynkowego. A przecież teoria sektora publicznego mówi o jeszcze innym, bardziej złożonym i bardziej istotnym gospodarczo skutku – o takim wymiarze wypychania sektora prywatnego, które wynika stąd, że jak gospodarcza aktywność gmin ma znaczniejsze rozmiary, to przecież zwiększają się ich potrzeby pożyczkowe. Wchodzą one wtedy na rynek pożyczek i zaczynają o fundusze pożyczkowe konkurować z sektorem prywatnym. Jest to więc zjawisko systemowe, które w dzisiejszych wystąpieniach nie zostało wystarczająco dogłębnie zanalizowane – w rozmiarze adekwatnym do jego znaczenia makroekonomicznego.

Jest jeszcze jedna kwestia warta zwrócenia naszej uwagi – mianowicie zagadnienie legitymizacji działalności gospodarczej gmin. Jakiegokolwiek działania gminy są legitymizowane, moim zdaniem, wedle dosyć prostych reguł, zgodnie z którymi akceptowalne są te formuły aktywności, które uzasadniają jej istnienie jako jednostki sektora publicznego i jako wspólnoty przymusowej. Oznacza to, że gminy powinny przestrzegać swoiście rozumianej zasady pomocniczości – ich gospodarcze zaangażowanie nie powinno mieć miejsca tam, gdzie istnieje możliwość świadczenia danej (potrzebnej lokalnej społeczności) usługi przez sektor prywatny. W kontekście tej zasady pojawia się ciekawe pytanie, dotyczące tego, czy jest uzasadnione angażowanie się gmin w świadczenie usług edukacyjnych w zakresie szerszym niż przypisany im jako działania obowiązkowe przez prawo. Społeczeństwo (i odzwierciedlające jego preferencje reguły stosowania prawa) uznaje, że istnieje pewien poziom świadczenia usług, który jest konieczny i taki, który konieczny nie jest. W naszym systemie – ze względu na to, jak zasobnym albo niezasobnym społeczeństwem jesteśmy – przyjęto model, w którym się mówi, że do pewnego momentu świadczenie usług edukacyjnych

jest obowiązkiem władzy publicznej. To skłania mnie do ogólniejszego wniosku co do możliwości sformułowania uniwersalnej definicji użyteczności publicznej. Moim zdaniem, nie uda nam się podać konkretnej definicji dlatego, że użyteczność publiczna jest pojęciem, które musi być rekonstruowane na podstawie reguł prawnych, jednak owa interpretacja będzie zależała od kontekstu ich stosowania. Wpływa na nią poziom dobrobytu społeczeństwa, jak również poziom jego ogólnych aspiracji. Dla ilustracji tej tezy posłużę się metaforą, że jeszcze do niedawna mieliśmy bardzo proste definicje na przykład wykluczenia społecznego, a w tej chwili – z punktu widzenia rozwoju komunikacji elektronicznej – mówi się o wykluczeniu społecznym wynikającym z braku dostępu do szerokopasmowego Internetu. To jest też jakiś obszar oczekiwanych działań, ale pokazuje on zmienione w porównaniu do przeszłości aspiracje i pewien poziom technologiczny, również poziom dobrobytu, do którego dochodzimy i który definiuje użyteczność publiczną. Jest to zatem pojęcie, które zawsze powinno się odnosić do kwestii tak zwanych miękkich, a więc – powtarzam – szczególnie do dobrobytu społecznego i sposobu społecznej rekonstrukcji jego atrybutów.

Wydaje mi się, że bardzo ważnym elementem, który został podjęty właściwie we wszystkich dzisiejszych wystąpieniach, jest kwestia ryzyka. Moim zdaniem, w odniesieniu do gmin, które angażują się w działalność gospodarczą, dochodzi do bardzo niepokojących rozkładów ryzyka. Zwykle jest tak, że znamy ryzyko państwa, które się podejmuje jakiejś działalności – świadczenia dobra publicznego związanego na przykład z obroną narodową. Natomiast nie za bardzo jasny jest i do końca nieustalony w prawie rozkład ryzyka, który powstaje w układzie, o którym wspominał Pan profesor Mirosław Stec, mianowicie: kto korzysta z premii za ryzyko wtedy, kiedy dane przedsięwzięcie gospodarcze podjęte przez gminę udaje się oraz jaki jest rozkład korzyści z tego sukcesu pomiędzy poszczególnymi grupami społecznymi. Także koszty takich przedsięwzięć mogą nie być rozłożone sprawiedliwie. To właśnie w kontekście rachunku korzyści i kosztów, uwzględniającego ryzyko, pojawia się problem rozkładu tego ryzyka – gdy porównamy scenariusze przedsięwzięć udanych i nieudanych, może się okazać, że kto inny przejmuje premie za podejmowane ryzyko gospodarcze, a na kogoś innego spada koszt tego przedsięwzięcia wtedy, gdy okazuje się nieudane. W zakresie tak prowadzonej oceny ryzyka pojawia się poważny problem podmiotowej odpowiedzialności za zobowiązania powstałe także w sytuacji, gdy zaangażowanie gmin naruszałoby prawo europejskie i rodziło odpowiedzialność państwa – bo wtedy mówimy zasadniczo o odpowiedzialności państwa (zasadniczo budżetu centralnego) za delikty gmin. W tym kontekście trzeba zauważyć modele odpowiedzialności założone w przedstawionych – bardzo ciekawych – opiniach, że za delikty gminy ona sama ponosi odpowiedzialność. To założenie



jednak nie zawsze jest prawidłowe. Gdy gmina ma bardzo duży dług, zaczyna to być problem nas wszystkich. Założenie to nie ma zastosowania także w przypadku, gdy gmina narusza prawo europejskie – jej delikt traktuje się jako delikt całego państwa. W dodatku w żadnym państwie członkowskim reguły wtórnego rozliczenia w takich przypadkach nie są na tyle jasne, żeby wyraźnie mówiły, że to ostatecznie gmina ma ponieść ciężar ewentualnych z tego tytułu kar czy odszkodowań. Pod koniec lat dziewięćdziesiątych ubiegłego wieku Holandia próbowała zmienić swoje prawo w taki sposób, że to właśnie gminy miałyby płacić, ale ostatecznie nie przyjęto regulacji, które ustanowiłyby tę zasadę odpowiedzialności. Wśród państw członkowskich Unii Europejskiej nie ma takiego, które by wyraźnie wskazywało na właśnie taki rozkład ryzyka, że odpowiedzialność finansową za delikt gminy ponosiłaby ona sama.

I ostatnia kwestia, która tutaj została podniesiona i którą uważam za niezmiernie ważną – skutki gminnego zadłużenia dla pozycji państwa w kontekście jego odpowiedzialności na poziomie Unii Europejskiej, czyli w kontekście stosowania Paktu Stabilności i Wzrostu. Może to się skończyć tym, że państwo będzie płacić kary do budżetu unijnego z tego tytułu. Chciałbym zwrócić uwagę, że nawet nie dlatego, że jest gotowa zmiana ustawy o finansach publicznych będziemy mieć tutaj bardzo poważny problem, ale został przedstawiony 29 września 2010 r. pakiet legislacyjny, który dotyczy zarządzania gospodarczego w Unii Europejskiej. Są to cztery projekty aktów prawnych, które zmieniają na zasadzie rozporządzenia (a więc unijnego aktu, stosowanego bezpośrednio) zasady sprawozdawczości finansowej w zakresie zadłużenia, również jednostek podziału terytorialnego, w tym gmin, i które nakazują zachowywać własne standardy przejrzystości i własne standardy rozliczenia. Być może, jeżeli ten pakiet zostanie przyjęty, to nagle okaże się, że mamy problem z wypłacalnością i ze zdolnością kredytową większej liczby jednostek, w tym wypadku gmin, niż przedstawiono tu wcześniej.

**Dr Wojciech Misiąg, doradca prezesa NIK:** W państwowym długi publicznym mamy w tej chwili proporcje: 93% długi Skarbu Państwa i 7% gminy. Z długi samorządowego 90% jest skoncentrowane w najbogatszych miastach i prawdopodobnie około 50–60% stanowi prefinansowanie unijne, więc jest to dług z zapewnionymi środkami na spłatę. Na pewno cały dług samorządowy jest mniejszy niż roczny deficyt budżetu państwa. Zatem akurat w tej kwestii trochę rozpełniano psychozę.

W dzisiejszej dyskusji zabrakło mi próby odpowiedzi na pytanie, dlaczego tak się dzieje? Bo nie jest przecież tak, że dość powszechne łamanie zasad prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej bierze się z przyjemności łama-



nia prawa. Jakieś przyczyny przecież istnieją i oczywiście można powiedzieć, że jest to sposób na robienie miejsca dla swoich i działanie tak naprawdę wbrew mieszkańcom. Jeżeli tak, to sprawa jest prosta i trzeba z tym walczyć. Na ogół, jeśli mamy do czynienia z działaniami ewidentnie nielegalnymi, dzieje się tak dlatego, że mamy działaczy samorządowych, którym ciasno w czystej działalności urzędniczej i chętnie zajęliby się biznesem za nieswoje pieniądze. To są dość częste przypadki, ale są też tego przyczyny systemowe, o których trzeba powiedzieć.

Pierwsza kwestia, dla mnie tutaj istotna. Całą polską transformację rozumiałem w ten sposób, że jak mieliśmy do 1990 r. władzę publiczną nad obywatelami, to teraz mamy mieć władzę publiczną sprawowaną w imieniu obywateli i na ich rzecz. To powinno być widoczne szczególnie w jednostce samorządu terytorialnego, gdzie tysiące ludzi ma swojego burmistrza, swoją radę, która ma załatwiać ich sprawy, oczywiście w granicach prawa. Mamy unitarne państwo, natomiast trzeba bardzo wyraźnie powiedzieć, że tę granicę gdzieś ustawiliśmy.

Nie mam wątpliwości, że istotną kwestią jest ochrona konkurencyjności, w związku z tym tam, gdzie konkurencyjność jest łamana, taka działalność nie powinna mieć miejsca. Zasadne jest pytanie, czy powinniśmy powiedzieć, jakim regułom ma odpowiadać ta działalność gospodarcza, jakie zasady muszą być przestrzegane. Dobrym przykładem tego była dzisiaj dyskusja, czy gminy powinny, czy nie powinny prowadzić szkół wyższych. Niech prowadzą – jeżeli będą to robiły na równych zasadach. Tu akurat sprawa jest o tyle prosta, bo szkoła tworzona przez miasto będzie musiała na tej samej zasadzie ubiegać się o zezwolenie na prowadzenie działalności u ministra nauki, jak szkoła prywatna i szkoła publiczna tworzona z mocy ustawy. Ale my próbujemy zrobić coś innego – oprócz tego, że mówimy, iż obowiązuje zasada konkurencyjności, to jeszcze wskazujemy: tu możecie, a tu nie możecie. Ustalimy za was, gdzie możecie działać, gdzie prowadzenie działalności gospodarczej jest w interesie społeczności, mieszkańców, a gdzie nie. To jest moim zdaniem zbędne, bo tworzymy samorządność i bardzo pilnujemy, żeby ona wszędzie działała tak samo, jednolicie, żeby to było jasne i widoczne.

To jest jedna kwestia, bardzo ważna – czyli ta granica. Nie odbyliśmy przez dwadzieścia lat dyskusji, gdzie ta granica powinna być tak naprawdę wyznaczona i dzisiaj zauważalne są dwie tendencje: z jednej strony głosy mówiące, że samorządność jest tłumiona, a z drugiej – że trzeba doprecyzować pewne kwestie, bo będzie bałagan i każdy będzie działał inaczej. To jest myśl, która dzisiaj też się pojawiła, może niedosłownie, ale oddaje ducha. Jest bałagan, bo każdy robi co innego. To miało między innymi na tym polegać, że każdy będzie robił trochę co innego, ale w zależności od tego, jaka jest potrzeba.

Istnieje jeszcze sprawa przyczyn utrudniania konkurencji. Byłoby zbyt prosto, gdybyśmy powiedzieli, że to są skutki fobii przeciwko sektorowi prywatnemu. Musimy niesłychanie uważać, żeby nie podsycać tego typu nastrojów. Jeżeli chcemy, aby gminy zostawiały miejsce dla działalności prywatnej, to musimy dać dość jasny sygnał, że nie będziemy ich ścigać za każdy przypadek wpuszczenia firm prywatnych tam, gdzie mogły same zarabiać pieniądze. To jest tak jak z partnerstwem publiczno-prywatnym, którego mamy znikome przykłady. Dlaczego? – dlatego, że jeśli prywatny partner coś zarobi, to wszyscy radni są przekonani, że poniosą za to konsekwencje, bo prokurator ich oskarży o to, że pozwolili na przekazanie korzyści do sektora prywatnego. Jest to zatem kwestia, która też moim zdaniem blokuje ustanowienie normalnych relacji. Tam, gdzie mógłby działać sektor prywatny, trochę już niestety zrobiliśmy przez ostatnie lata, żeby to utrudnić i w ten sposób powstało miejsce, które trzeba wypełnić.

Samorząd dostał wszystko, co najbardziej niewdzięczne do robienia na rzecz obywateli. Tak niestety było i jeśli dzisiaj mówimy o lukach popytowych, to zdajmy sobie sprawę, że te luki są za każdym razem gdzie indziej i że nie my zadekretujemy ich listę, tylko powiemy: jeżeli wchodzić w działalność gospodarczą, bo jest luka popytowa, to w porządku. Sprawa jest jednak trudna do oceny, bo jeśli czegoś mieszkańcom brakuje i chce się im to zapewnić, to może się okazać, że pewna działalność gospodarcza jest czasami opłacalna dopiero począwszy od pewnego progu. Na przykład, nie da się zarobić na księgarni w małej miejscowości, choć jest ona tam potrzebna, bo parę tysięcy ludzi chciałoby mieć dostęp do niej. Pojawia się też problem dróg i telekomunikacji, a te potrzeby i luki popytowe są zupełnie inne. Nie jest tak, że jak Polska długa i szeroka, wszyscy są niedofinansowani i muszą sobie dorabiać działalnością gospodarczą, ale wydaje się, że najważniejsze jest, żebyśmy próbowali patrzeć w ten sposób, że to co jest działalnością w granicach prawa, a co nie, w dużym stopniu zależy od tego, na ile prawo zdecyduje się dać swobodę rządzenia swoimi sprawami wspólnotom lokalnym. Oczywiście można określić to bardzo rygorystycznie, wtedy nic nie będzie wolno i wszyscy będą dokładnie wiedzieli, co można, a czego nie. Tu muszę dodać, że mamy awersję w ustawodawstwie do tworzenia przepisów otwartych w rozsądny sposób. W 2006 r. w odniesieniu do samorządu wprowadzono w ustawie o finansach publicznych przepis, że wolno zaciągać zobowiązania poza bieżący budżet, jeśli to jest niezbędne do utrzymania ciągłości pracy jednostki. Okazało się to sensacją, po raz pierwszy coś takiego zrobiono. Byłem przekonany, że ten przepis zostanie rozszerzony na cały sektor finansów publicznych, tymczasem zlikwidowano go. Boję się, żebyśmy w takim samym kierunku nie poszli z przepisami dotyczącymi samorządu i nie próbowali w podobnym kierunku modyfikować prawa.

**Dr Zbigniew Jurczyk:** Chciałbym podnieść dość istotną kwestię. Otóż, czasami skala problemu gminy wydaje się niewielka, ale pomnożmy ją przez setki gmin. W sumie toczy się tam bogate życie gospodarcze, gminy tworzą rynek dla tysięcy firm, dla dziesiątków tysięcy ludzi zatrudnionych. Ograniczeniem przestrzeni dla swobodnej działalności na tych rynkach niestety uderzamy w zasadę wolności gospodarczej. W związku z tym nie możemy patrzeć na zagadnienie tylko przez pryzmat gminy. Pan profesor Artur Nowak-Far pokazał właśnie, jak gminy na rynku finansowym mogą blokować dostęp do kredytów, ale również w związku z tym zawsze podmiot publiczny będzie miał lepszą ofertę kredytową ze strony banku, niż podmiot prywatny.

Uważam, że zasadą działalności gospodarczej powinna być konkurencja i gminy nie powinny wypychać nikogo z tej konkurencji, a prawo nie powinno im tego umożliwiać. A takie zakusy są, zwłaszcza na rynku zbierania odpadów. Przygotowane są już projekty ustaw. Dlatego UOKiK walczy teraz w Ministerstwie Ochrony Środowiska, opiniuje projekty, wedle których gmina ma być właścicielem tego rynku. Tak samo na rynku przewozów osób autobusami: to nie przewoźnicy mają wybierać trasy, tylko gmina będzie wybierała przewoźników i trasy, które ci przewoźnicy będą obsługiwali. Jeśli w ten sposób prawo zostanie ustanowione, to Urząd Ochrony Konkurencji i Konsumentów nie będzie miał tam nic do zrobienia. W związku z tym uczulam osoby, które uczestniczą w procesach legislacyjnych, że problem stanowi nie tylko to, że się tam chce poszerzyć pojęcie działalności gospodarczej gminy, ale chce się zmonopolizować gminne rynki, które dzisiaj na szczęście jeszcze są konkurencyjne.

**Jan Koltun, dyrektor Delegatury NIK w Poznaniu:** Ten problem trzeba monitorować. Jeśli nie będzie monitorowany przez Najwyższą Izbę Kontroli, przez regionalne izby obrachunkowe czy przez ludzi nauki, to nastąpi wchodzenie socjalizmu tylnymi drzwiami. Tak jak powiedział przed chwilą Pan dyrektor Zbigniew Jurczyk – jeśli nie będzie konkurencyjności, to będzie monopol, a on się może umacniać, jeżeli nie przerwiemy tej możliwości.

Jeszcze kwestia, która nie była poruszana, a która wyniknęła z naszej kontroli sprzed tygodnia – wyprowadzanie majątku przez spółki prawa handlowego. Miasto podejmuje uchwałę i tworzy spółkę, przekazuje 14 hektarów w centrum miasta i zezwala na kilkuprocentowy udział jednego właściciela. Spółka (handel hurtowy warzywami, owocami, rybami) nie podejmuje żadnej działalności, a zarządzają nią urzędnicy. Po kilku latach prezydent stawia wniosek przed radą, że tę spółkę jednak trzeba zlikwidować, ale teraz już nie obowiązuje uchwała rady o sprzedaży 14 hektarów, tylko wystarczy decyzja, że udziały trzeba sprzedać.

Kto ma pierwszeństwo kupna tych udziałów, tych 14 hektarów? Ten skromny udziałowiec? Tę kwestię też trzeba brać pod uwagę.

**Prof. dr hab. Marcin Trzebiatowski, członek Kolegium NIK:** Pozwolę sobie na małą uwagę do kontrolerów; może okaże się Państwu przydatna, chociaż wiem, że w praktyce istnieją pewne trudności. W przypadku sporów dotyczących pojęcia użyteczności publicznej powoływałbym się często na praktykę wspólnotową. Przecież przepisy w ustawie o UOKiK (mówię tu w pewnym skrócie) są wzorowane na aktach wspólnotowych, do których jest też bogate orzecznictwo wspólnotowe. Pamiętam, jak zacząłem się zajmować parę lat temu prawem europejskim, nie było z reguły problemu ze stwierdzeniem, że gmina czy jakaś jednostka samorządowa zagraniczna (niemiecka, francuska czy angielska) realizuje zadania publiczne, tylko że podlega w tym zakresie całkowicie regułom konkurencji. Nie widzę zatem tutaj problemu z punktu widzenia Państwa stanowiska, bo je całkowicie potwierdzam. Ochrona konkurencji – to stanowisko urzędników UOKiK, jak i kontrolerów, jest całkowicie słuszne, tylko chodzi o to, żeby w razie czego móc się bronić wspomnianym argumentem, powołując się na orzecznictwo wspólnotowe. Istnieje pewnego rodzaju paradoks, że jak się dyskutuje politycznie i powołuje się na prawo europejskie, to wszyscy są zgodni i podporządkowują się regułom wspólnotowym, natomiast jak się powołuje na kazus z orzecznictwa europejskiego w sprawach *stricte* prawnych, to słyszy się: nie, my mamy swoje zasady, a tam są inne reguły. Jest to swego rodzaju niekonsekwencja.

Nawiązując do wypowiedzi Pana profesora Artura Nowaka-Fara oraz innych osób, chciałem też zwrócić uwagę na generalnie duże znaczenie działalności gospodarczej gmin w sektorze finansowym. To rzeczywiście jest problem; ponieważ miałem z tym do czynienia, mogę w tej sprawie zająć stanowisko. Weźmy na przykład problematykę szpitali – skoro za szpitalem stoi gmina (idzie o zakłady opieki zdrowotnej, zwłaszcza te jeszcze niesprywatyzowane), to utworzył się niemal od razu znaczący rynek kredytodawców – obok banków (a właściwie zamiast banków, niechętnych zoz-om), specjalnie po to, żeby gminom udzielać kredytów czy pożyczek na finansowanie długów szpitali. W wyniku tego następuje teraz zbijanie na tym prywatnych fortun, a także fortun komorników (współpracujących z kredytodawcami), bo kredytodawcy zdają sobie sprawę, że działalność zoz-ów jest obciążona dużymi długami, ale jest zasadniczo finansowana z budżetu. Tak jest zbudowany system finansowania i to jest dosyć niebezpieczne, stanowi też pewien argument za tym, żeby gminy jednak ograniczyć w swobodzie prowadzenia działalności gospodarczej. Oczywiście w przypadku służby zdrowia, w jej obecnym kształcie, trudno mówić o radykalnych ograni-

zeniach, ale na pewno na przyszłość – w związku z planami reformy służby zdrowia – należy mieć na uwadze, żeby gmina zbyt daleko nie posuwała się w tej swobodzie, a dokładniej – żeby nawet nie tyle nie wpuszczać gmin w tego rodzaju ryzykowną działalność, ile żeby przynajmniej wprowadzić tam odpowiedni, zabezpieczający system finansowania. W przeciwnym razie za gminami pójdzie osobny rynek finansowy, który będzie na ich działalności zarabiał w sposób niekontrolowany, budząc wątpliwości.

Podam jeszcze jeden przykład przestrzegający przed zbyt dużą swobodą gmin w działalności gospodarczej, z tym że już w aspekcie ogólnym; jest to przykład lubelski, dotyczący działalności *stricto* biznesowej, a związany z pewnymi nadużyciami. Nie będę podawał nazw, bo to nie ma znaczenia, choć sprawa ta jest znana z prasy lokalnej. Chodzi o spółkę, która zajmuje się, powiedzmy, działalnością wystawienniczą, ekspozycyjną. Często nawiązuje się interesy na granicy działalności gminnej czy miejskiej i działalności prywatnej, w której dochodzi do utworzenia spółki. Otóż, została utworzona spółka cywilna, w której samorząd inwestuje znaczny majątek w postaci nowego dużego budynku, mającego realną wartość gospodarczą. Natomiast prywatny przedsiębiorca wymyśla sobie, raczej na poczekaniu, znak towarowy x, który ma w rzeczywistości wartość minimalną, tylko że na podstawie różnych mechanizmów prawnych, opinii, stwierdza, że ten znak ma wysoką wartość, równą prawie wartości tego budynku. Potem następują zmiany, spółka się rozpada, dochodzi do podziału majątku i ten prywatny przedsiębiorca przejmuje budynek lub przynajmniej jego znaczną część. Jest to zasadniczo przykład na nieuczciwość osób prywatnych, ale głównie na wzbogacenie się osób prywatnych kosztem pieniędzy publicznych. To, czy dochodzi do tego przy świadomej czy nieświadomej działalności samorządu, nie ma większego znaczenia. Na tle podanego przykładu istotne jest bowiem przede wszystkim to, aby nie stwarzać niepotrzebnych pokus rozwijania działalności gospodarczej gmin; dotyczy to wspomnianej działalności w dziedzinie wystawienniczej, która nie wymaga udziału w niej jednostek samorządowych (do promowania miast czy gmin powinna wystarczyć działalność patronacka). Zgadzam się więc z tymi wypowiedziami, które postulują ograniczenie działalności gospodarczej gmin – choć inna to już rzecz, jak szeroko takie ograniczenia miałyby być określone.

**Jacek Jezierski, prezes Najwyższej Izby Kontroli:** Zamykając spotkanie, chciałem zakończyć je jedną konkluzją, nie jest to jednak możliwe, bo okazało się, że poglądy Państwa są wręcz skrajnie różne w niektórych aspektach – od uznania, aby gmina w sposób prawie nieograniczony mogła angażować się w działalność gospodarczą, do tezy, że w uzasadniony sposób może ją prowadzić

tylko wtedy, kiedy to jest absolutnie niezbędne dla podstawowych funkcji samorządu, i to rozumianych dość wąsko. Myślę, że głosy Państwa były dla nas – dla Najwyższej Izby Kontroli – bardzo pożyteczne.

To seminarium zorganizowaliśmy przede wszystkim z punktu widzenia naszych potrzeb, które pojawiły się w ramach kontroli. Najprościej mówiąc, chodziło o wzbogacenie poglądu na to, jak oceniać zaangażowanie gmin w spółki i mieliśmy nadzieję, że dyskusja pozwoli nam precyzyjnie określić granice, o których tu była mowa. Obawiam się, że tak się nie stało i może nasze oczekiwania były nieuzasadnione, tym niemniej sama wymiana poglądów i pewien spór, który tutaj się objawił, jest dla NIK pouczający. Wzbogaca wiedzę wszystkich – kierownictwa, czyli osób odpowiedzialnych za kreowanie ostatecznych ocen, bo to przecież i Państwo dyrektorzy, i my prezesi ostatecznie przesadzamy, jak oceniamy badane zjawiska, a także kontrolerów. Czasem wskaźniki, wyznaczniki, którymi się posługujemy, są jaśniejsze i precyzyjniejsze, a niekiedy bardziej rozmyte i zawsze istnieje pewna doza indywidualnego podejścia. Indywidualnego nie w sensie jednoosobowego, bo siła naszej instytucji polega na tym, że do ostatecznych ocen dochodzimy w sposób kolegialny, wieloetapowo, ale na każdym etapie indywidualna osoba może mieć wpływ na tę ocenę.

Niewątpliwie pokazano tu też przykłady zaangażowania gmin, które nie budzą większych kontrowersji, ale i takie, które zaczynają prowadzić do skrajności, gdzie ewidentnie występują pewne patologie. Jeżeli spółki, czy w ogóle ich zaangażowanie w działalność gospodarczą, są motywowane chęcią dania zatrudnienia swoim najbliższym (czyli klasycznym nepotyzmem) czy kryminogennego wyprowadzenia kapitału gminy na zewnątrz, z takim zamiarem od samego początku, to już wchodzimy w zasadzie w zakres prawa karnego, i takie przykłady tu też padały. Zarówno NIK w swoich kontrolach, jak i UOKiK takie sytuacje stwierdza i Państwo (zwracam się tu do naszych gości) je napotykają w swojej działalności. My pewnie będziemy się i z tym konkretnym problemem – czyli zaangażowaniem gmin – spotykali coraz częściej. Jeśli tak będzie rozumiany rozwój, to gminy będą szukały coraz szerszych pól angażowania swojej energii, swoich środków finansowych, swoich możliwości i swojego majątku w działalność, która będzie im potencjalnie przynosiła dochody, ale tym samym w coraz większym stopniu narażała na ryzyko.

Niewątpliwie jednym z powodów zarówno kontroli, jak i chęci przedyskutowania całego problemu było to, że coraz częściej widzimy straty w działalności gospodarczej gmin czy ich zaangażowanie kapitałowe w przedsięwzięcia innych osób. Problem jest na tyle wielowątkowy, że wymaga niezwyklej delikatności i staranności przy programowaniu kontroli i potem przy ocenianiu. Nawiążę do tego, o czym mówił Pan doradca Wojciech Misiąg – do zawężania, do obawy

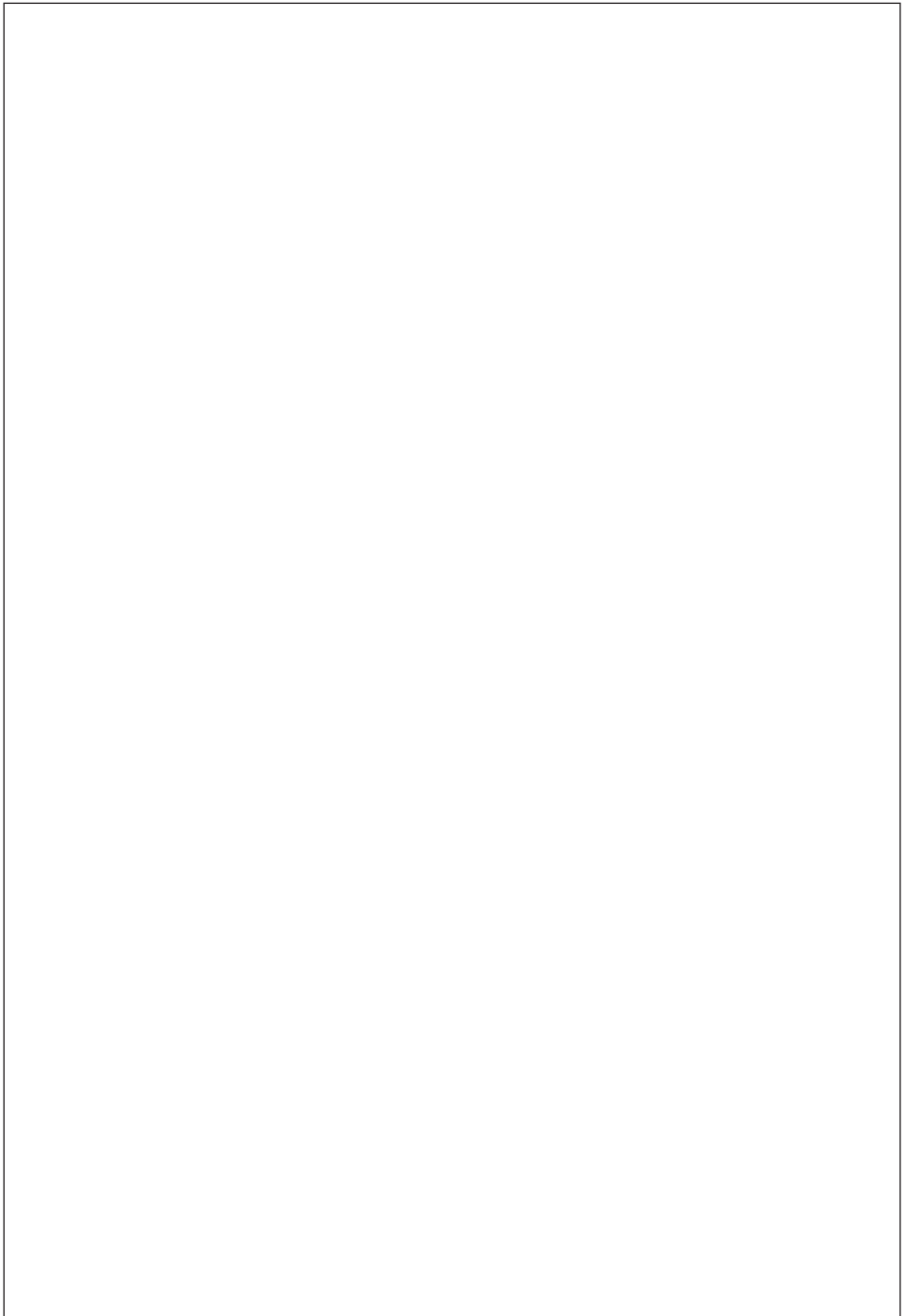
przed tworzeniem katalogów otwartych. W uzasadnionych przypadkach ten pogląd też jest mi bliski i w moim przekonaniu, w wielu wnioskach *de lege ferenda* właśnie staramy się wymusić uszczegółowienie pewnych rozwiązań, które być może wcale nie wymagają doregulowania. Czasem za bardzo rutynowo do tego podchodzimy; z jednej strony mówimy generalnie, że prawo jest przeregulowane, a z drugiej sami do tego przykładamy rękę. Ale nam jako kontrolerom jest łatwiej, kiedy mamy wszystko doregulowane, bo łatwiej wtedy przesądzać sprawę, oceniać tylko, czy to służy tak naprawdę państwu.

Myślę, że w tej dyskusji poruszono wiele ciekawych wątków, a przede wszystkim wynika z niej sporo inspiracji dla nas, również w kontekście kolejnych kontroli. Powoli dopinamy plan kontroli, już niedługo trafi on pod obrady Kolegium, być może coś i z tej dyskusji bezpośrednio znajdzie zastosowanie właśnie w kolejnych kontrolach w przyszłym roku. Niestety nie da się po dzisiejszym spotkaniu uznać, że już wiemy, jak mamy oceniać zaangażowanie gospodarcze samorządów. Wiemy natomiast, że to jest problem trudny do oceny i że granice, które Pan profesor Mirosław Stec próbował nam dookreślić, są dość płynne i muszą być każdorazowo indywidualnie i bardzo głęboko rozpatrywane, aby można było stwierdzić, na ile zaangażowanie gospodarcze gminy w daną działalność służy podstawowym interesom, do jakich gmina została powołana, a na ile chęci innej aktywności, która może nie zawsze jest uzasadniona.

Dziękuję bardzo serdecznie wszystkim Prelegentom, Dyskutantom i Państwu za udział w dzisiejszym posiedzeniu seminaryjnym Kolegium Najwyższej Izby Kontroli.







**NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI**  
**DELEGATURA WE WROCŁAWIU**  
WYCIĄG

LWR-410-11/01/2009

Nr ewid. 168/2009/P09186/LWR

**Informacja**  
**o wynikach kontroli**  
**funkcjonowania wybranych spółek**  
**z udziałem samorządu gminnego**  
**na terenie Dolnego Śląska**

Wrocław, wrzesień 2010 r.

## 1. WPROWADZENIE

Nowy podział zadań, kompetencji i własności pomiędzy państwo, a samorząd terytorialny, jaki ukształtował się w Polsce w wyniku reform zapoczątkowanych w 1990 r., spowodował konieczność określenia roli gmin w nowym systemie ekonomicznym. Gminy stały się rzeczywistymi uczestnikami życia gospodarczego kraju, a dysponując własnym majątkiem o dużej wartości, otrzymanym w ramach procesu komunalizacji, w sposób realny wpływają na kształt przedsiębiorczości na swoim terenie.

Badania przeprowadzone przez Ministerstwo Skarbu Państwa za pośrednictwem konsorcjum firm doradczych i prawniczych<sup>1</sup> wykazały, że 68% gmin prowadziło działalność komercyjną poprzez „własne” spółki.

Zgodnie z art. 9 ust. 1 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej<sup>2</sup>, zwanej dalej „ustawą o gk”, gmina aby realizować ciężące na niej zadania publiczne, może tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także przystępować do takich spółek. Organem uprawnionym do tworzenia lub przystąpienia gminy do spółek oraz rozwiązywania i występowania z nich pozostaje rada gminy (art. 18 ust. 2 lit. f ustawy o sg). Kapitałowe uczestnictwo gminy w spółkach handlowych jest przejawem prowadzenia przez gminę działalności gospodarczej<sup>3</sup>, bowiem art. 10 ust. 1 ustawy o gk w zakresie, w jakim mówi o dopuszczalnych przypadkach uczestniczenia gmin w spółkach poza sferą użyteczności publicznej, jest normatywnym rozwinięciem art. 9 ustawy o sg, mówiącego o tym, że odrębna ustawa (czyli właśnie ustawa o gk) ma określić dopuszczalne przypadki, w których gmina może poza sferą użyteczności publicznej prowadzić działalność gospodarczą.

Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 7 maja 2001 r.<sup>4</sup> wskazał, że „zasada wolności działalności gospodarczej – patrząc pod kątem podmiotowym – nie obejmuje

---

<sup>1</sup> W 2004 r. przez: [1] Doradca Consultants Ltd., [2] ARUP, [3] A. Wiśniewski Kancelaria Prawnicza Spółka Komandytowa, [4] Gdańska Fundacja Kształcenia Menedżerów.

<sup>2</sup> DzU z 1997 r., nr 9, poz. 43, ze zm.

<sup>3</sup> Sąd Najwyższy w postanowieniu nr III CZ 112/99 z 19 października 1999 r. stwierdził: „Działalnością gospodarczą gminy jest – prowadzona w formie komunalnych zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego – działalność w zakresie zadań własnych, określonych w art. 7 ust. 1 ustawy (...) o samorządzie gminnym, których celem jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, a także – w przypadkach określonych w odrębnej ustawie – działalność w zakresie wykraczającym poza te zadania. (...) Wśród wielu przejawów działalności gminy, jako korporacji publicznoprawnej, mieści się także prowadzenie działalności gospodarczej; w tych wypadkach gmina – a ściślej, powołane lub utworzone przez nią jednostki – jest więc przedsiębiorcą (podmiotem gospodarczym)”.

<sup>4</sup> W sprawie K. 19/00, OTK Z.U. 2001, nr 4, poz. 82.

w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem. Z użycia w art. 20 i art. 22 Konstytucji zwrotu „wolność działalności gospodarczej” wynika, że chodzi o działalność jednostek (osób fizycznych) oraz instytucji „niepaństwowych” (czy też – szerzej rzecz ujmując – niepublicznych), które mają prawo samodzielnego decydowania o udziale w życiu gospodarczym, zakresie i formach tego udziału, w tym możliwie swobodnego podejmowania różnych działań faktycznych i prawnych, mieszczących się w ramach prowadzenia działalności gospodarczej. (...). Formuły wolnościowej nie można używać w odniesieniu do państwa i innych instytucji publicznych, których bezpośredni udział lub pośredni wpływ na gospodarkę nie jest wykluczony, ale których działalność podlegać musi innemu reżimowi pod względem konstytucyjnym niż działalność podmiotów prywatnych. (...). „Filarami”, na których wspiera się społeczna gospodarka rynkowa, są wolność działalności gospodarczej i własność prywatna, a także solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych.

Gmina zgodnie z art. 165 ust. 1 Konstytucji RP oraz art. 2 ust. 2 ustawy o sg posiada osobowość prawną i w związku z tym, w zakresie w jakim organizuje i świadczy usługi z zakresu użyteczności publicznej, jest traktowana jako przedsiębiorca w rozumieniu ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów (art. 4 pkt 1 lit. a)<sup>5</sup>, co powoduje, że jej działalność podlega wówczas ocenie co do ustalonych przez tę ustawę zasad wolnej i niezakłóconej konkurencji. Ustawa zakazuje nadużywania pozycji dominującej na rynku właściwym przez przedsiębiorcę (gminę), m.in. poprzez podział rynku według kryteriów terytorialnych, asortymentowych lub podmiotowych, co stanowi przeciwdziałanie dla ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji (art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 i 7 ustawy antymonopolowej).

## **2. PODSUMOWANIE WYNIKÓW KONTROLI**

### **2.1. Ogólna ocena kontrolowanej działalności**

#### Ocena ogólna

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia funkcjonowanie objętych kontrolą spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska z uwagi na prowadzenie działalności gospodarczej niezwiązanej z realizacją zadań publicznych gmin z naruszeniem ustawowych ograniczeń.

---

<sup>5</sup> DzU nr 50, poz. 331, ze zm.

Niewłaściwie sprawowany był nadzór prawny nad tworzeniem i przystępowaniem gmin do spółek komunalnych. W konsekwencji nielegalnie zaangażowano środki publiczne w działalność tego rodzaju spółek, często przynoszącą straty, co skutkowało obniżeniem wartości mienia komunalnego.

Podkreślić należy, że opisane wyżej działania wynikały m.in. z nieprawidłowego stosowania istniejących przepisów – przy czym skala wykrytych nieprawidłowości wskazuje na konieczność doprecyzowania przepisów normujących aktywność gospodarczą gmin.

Ocena ta wynika z poniższych ocen cząstkowych.

Oceny cząstkowe w zakresie:

*Przedmiotu działalności prowadzonej przez spółki komunalne w odniesieniu do zadań gmin*

Najwyższa Izba Kontroli negatywnie ocenia tworzenie i przystępowanie gmin do spółek prowadzących działalność gospodarczą poza sferą użyteczności publicznej niezwiązaną z realizacją zadań publicznych samorządu gminnego. Gminy podejmowały działalność gospodarczą o charakterze komercyjnym nastawioną na zysk z naruszeniem ustawowych ograniczeń wynikających z art. 10 ust. 1-3 ustawy o gospodarce komunalnej w związku z art. 9 ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym i zasad wolnej konkurencji.

*Sprawowania nadzoru nad funkcjonowaniem spółek z udziałem gmin*

NIK negatywnie ocenia nierzetelność nadzoru prawnego Wojewody Dolnośląskiego nad procesem tworzenia i przystępowania gmin do spółek prawa handlowego. Wobec 23% uchwał rad gmin nie podejmowano czynności nadzorczych lub bezzasadnie odstępowano od tych czynności, choć uchwały zawierały zapisy sprzeczne z prawem co do przedmiotu działalności spółek. Lepiej natomiast sprawowany był nadzór właścicielski nad funkcjonowaniem spółek.

*Gospodarności, w tym efektywności finansowej funkcjonowania spółek komunalnych*

Sytuacja finansowo-ekonomiczna spółek komunalnych była zróżnicowana – na 11 skontrolowanych podmiotów 3 poniosły stratę na działalności przy dodatnim wyniku finansowym 8 spółek. NIK ujawniła nieprawidłowości polegające m.in. na nielegalnym obniżeniu kosztów amortyzacji i uzyskaniu nieuprawnionych zwolnień podatkowych na łączną kwotę 10.024,7 tys. zł. Ponadto gminy udzielały pomocy finansowej spółkom komunalnym poprzez preferencyjne udzielanie ulg i zwolnień, często z naruszeniem obowiązujących przepisów oraz pokrywały straty na działalności gospodarczej poprzez zwiększenie kapitału zakładowego i akcyjnego.

### *Realizacji zamówień publicznych*

NIK negatywnie ocenia sposób udzielania zamówień publicznych przez spółki komunalne, ponieważ środki finansowe wydawane były bez zachowania wymogów ustawy – Prawo zamówień publicznych. Dotyczyło to kwoty 230,2 mln zł, tj. 47,8% wartości ogółu zamówień udzielonych przez skontrolowane spółki.

### *Zachowywania ustawowych ograniczeń dotyczących zatrudnienia i wysokości wynagrodzeń dla członków organów spółek komunalnych*

Pozytywnie NIK ocenia przestrzeganie zasad ustalania wysokości wynagrodzeń osób reprezentujących gminy w organach spółek komunalnych, choć i w tym zakresie stwierdzono występowanie nieprawidłowości, polegających na naruszaniu ustawowych ograniczeń co do wynagradzania członków rad nadzorczych i wypłacania odpraw zarządom spółek. Skala tych nieprawidłowości i liczba nie były jednak wielkie.

## **2.2. Ważniejsze ustalenia kontroli**

### **2.2.1. Przedmiot działalności prowadzonej przez spółkę komunalną w odniesieniu do zadań gminy**

#### **Działalność podstawowa niezwiązana z zadaniami publicznymi gminy**

We wszystkich 5 skontrolowanych gminach miejskich stwierdzono przypadki prowadzenia działalności gospodarczej z naruszeniem ustawowych ograniczeń wynikających z art. 10 ust. 1-3 *ustawy o gk* w związku z art. 9 ust. 2 *ustawy o sg*<sup>6</sup>, określających ograniczenia w prowadzeniu działalności gospodarczej, choć

<sup>6</sup> Gminy mogły prowadzić działalność gospodarczą poza sferą użyteczności, jeżeli: [1] wystąpią łącznie warunki w zakresie niezaspokojonych potrzeb wspólnoty samorządowej i ujemnego wpływu bezrobocia na poziom życia tych wspólnot, a zastosowanie innych działań i środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia; [2] zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową; [3] powyższe ograniczenia nie mają jedynie zastosowania do posiadania przez gminy akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradcą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy. Po zmianie wprowadzonej na podstawie ustawy z 25 czerwca 2010 r. o sporcie (DzU nr 127, poz. 857 – wejście w życie 16.10.2010 r.) przepis ten został rozszerzony poprzez dodanie po słowach „ważnych dla rozwoju gminy” zapisu „w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej”.

w różnym zakresie. Działalność tę prowadzono często także bez uzasadnienia ekonomicznego. Postępowanie takie należy ocenić jako nielegalne i niegospodarne.

Wszystkie wskazane niżej przypadki prowadzenia działalności gospodarczej przez samorządy gminne z naruszeniem wskazanych wyżej przepisów zostały zidentyfikowane zarówno na podstawie treści stosownych wpisów tych spółek w Krajowym Rejestrze Sądowym, gdzie określono przedmiot ich działania w sposób wykraczający treściowo poza realizację zadań publicznych gmin, jak też na podstawie ustaleń kontroli faktycznej.

Dwa miasta (Polkowice, Wrocław) poprzez większościowy udział kapitałowy w spółkach prowadziły działalność gospodarczą w zakresie usług hotelarsko-restauracyjnych i niepublicznej szkoły wyższej oraz sportu zawodowego, która nie tylko wykraczała poza sferę użyteczności publicznej, ale która w swojej podstawowej (zasadniczej) części w ogóle nie była związana z realizacją zadań publicznych gmin. Powyższe działania oznaczają, że środki publiczne przekazane dotychczas na objęcie kapitału w 3 spółkach na łączną kwotę 30.019,7 tys. zł (w badanym okresie 21.204 tys. zł) zostały wydatkowane z budżetu gmin z naruszeniem art. 35 ust. 2 i art. 167 ust. 2 *ustawy o finansach publicznych*. Stanowiło to podstawę do podjęcia działań nadzorczych przewidzianych w *art. 12 ustawy o RIO*.

Ponadto przedsięwzięcia te były niegospodarne, bowiem w każdej z tych 3 spółek odnotowano stratę: [1] AQUA HOTEL SA w Polkowicach – 1.468,8 tys. zł, [2] ZamPol Sp. z o.o. w Polkowicach – 172,2 tys. zł, [3] WKS „Śląsk Wrocław” SA – 4.995 tys. zł.

### Komersyjna działalność gospodarcza w ramach spółek realizujących zadania publiczne gmin

W dwóch gminach na pięć objętych kontrolą (Legnica, Wałbrzych), w 6 spółkach na 23, w których gminy te posiadały 100% udziały, uwidoczniło w KRS działalność komercyjną, polegającą m.in. na świadczeniu usług hotelarsko-gastro-nomicznych, wykonywaniu robót budowlanych na rzecz podmiotów prywatnych, hurtowej i detalicznej sprzedaży towarów. W 5 spółkach podjęto już taką działalność, co oznaczało zaangażowanie gmin w działalność niezwiązaną z realizacją zadań publicznych. Przychody uzyskiwane z działalności komercyjnej kształtowały się w tych spółkach na poziomie od 3,4% do 55,6% przychodów ogółem.

Angażowanie się gmin w działalność komercyjną może tworzyć ryzyko koprecji wynikające z niemożności rozgraniczenia czy i w jakim stopniu ze środków publicznych finansowana jest działalność czysto komercyjna, niezwiązana z realizacją zadań publicznych gmin.



## Udział kapitałowy w spółkach realizujących komercyjne budownictwo mieszkaniowe w systemie deweloperskim

Dwa miasta (Polkowice, Jelenia Góra) posiadały udziały (100% i 87%) w spółkach, które podjęły działalność w zakresie budownictwa mieszkaniowego w systemie deweloperskim. Działanie takie nie może być uznane za przejaw realizacji zadań własnych gminy z zakresu budownictwa mieszkaniowego, bowiem nie służy zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej i nie spełnia kryteriów usług powszechnie dostępnych. W badanym okresie udział przychodów z działalności komercyjnej systematycznie wzrastał i osiągnął na koniec 2008 r. odpowiednio 1.877,0 tys. zł i 5.429 tys. zł, co stanowiło 27,4% i 66,7% przychodów ogółem tych spółek.

## Udział mniejszościowy w spółkach nierealizujących zadań publicznych

Miasto Legnica posiadało mniejszościowy udział w kapitale 3 spółek w wysokości od 0,4% do 7,1% (łącznie 454,4 tys. zł), przy jednoczesnym udziale kapitału prywatnego od 1% do 92,9%, choć spółki te nie realizowały żadnych zadań publicznych ciężących na samorządzie gminnym, a działalność gospodarcza miała komercyjny charakter (przetwórstwo warzyw i owoców, produkcja i sprzedaż mrożonek, kontraktacja i skup płodów rolnych, organizowanie giełd hurtowych, telewizja lokalna).

Nieuprawnione uczestnictwo gminy w takich spółkach przy jednoczesnym udziale kapitału prywatnego, stwarzało możliwość niekontrolowanego przepływu środków publicznych do innych współników; rodziło też ryzyko ponoszenia strat w mieniu gminy. Jedna z tych spółek ogłosiła upadłość przy zadłużeniu na kwotę 9.807,8 tys. zł.

## Niegospodarne wydatkowanie środków na realizację zadania w formule zamówienia wewnętrznego

Miasto Wrocław korzystając z formuły zamówienia wewnętrznego (tzw. *in house*) bezprzetargowo powierzyło utworzonej przez siebie spółce Wrocławskie Inwestycje Sp. z o.o. realizację usług z zakresu zastępstwa inwestorskiego we wszystkich zadaniach związanych z przebudową i budową dróg publicznych na obszarze tego miasta. Rozwiązanie to okazało się jednak w kontrolowanym okresie niegospodarne, bowiem miasto w ciągu 1,5 rocznej działalności na utworzenie i dokapitalizowanie tej spółki wydatkowało 8,5 mln zł, a niedostosowanie struk-

tury kapitału do majątku spółki spowodowało obniżenie aktywów o 2,7 mln zł w związku z koniecznością wykorzystania kapitału, jako źródła finansowania wydatków bieżących, głównie płac.

Ponadto powierzenie bez przeprowadzenia przetargu tej spółce świadczenia na rzecz miasta usług z zakresu zastępstwa inwestorskiego, które wcześniej były realizowane m.in. poprzez konkurencyjny wybór usługodawcy może stać się podstawą do wystąpienia podmiotów działających w tej branży (usługi w zakresie organizacji robót budowlanych i zastępstwa inwestorskiego) do właściwego organu<sup>7</sup> z zarzutem naruszenia przez miasto Wrocław zasad uczciwej konkurencji ustalonych ustawą z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.

### **2.2.2. Nadzór prawny i właścicielski nad tworzeniem i funkcjonowaniem spółek gminnych**

Nadzór prawny nad uchwałami rad gmin  
w sprawie utworzenia lub przystąpienia do spółek

Analiza 13 procedur (19% próba) związanych z oceną dokonaną przez Wojewodę Dolnośląskiego pod względem zgodności z prawem uchwał rad gmin w sprawie utworzenia lub przystąpienia do spółki prawa handlowego wykazała 3 przypadki niewłaściwego nadzoru polegające na:

a) niepodjęciu działań nadzorczych wobec uchwały Rady Miejskiej w Polkowicach Nr XVI/210/2000 z 28 kwietnia 2000 r. w sprawie utworzenia wraz z podmiotem prywatnym spółki AQUA HOTEL SA z komercyjną działalnością hotelarsko-restauracyjną;

b) nieuzasadnionym odstąpieniem od działań nadzorczych wobec uchwały Rady Miejskiej Wrocławia Nr VIII/150/07 z 19 kwietnia 2007 r. o przystąpieniu Gminy Wrocław do Spółki Wrocławski Klub Sportowy „Śląsk Wrocław” SA prowadzącej działalność zarobkową w zakresie zawodowej drużyny piłkarskiej;

c) podjęciu działania nadzorczego jedynie wobec części zapisów uchwały Rady Miejskiej w Miliczu Nr XXVII/138/08 z 26 września 2008 r. i pominięciem zapisów naruszających prawo, w związku z utworzeniem przez Gminę Milicz wraz z podmiotami prywatnymi spółki mającej na celu wybudowanie i użytkowanie komercyjnego hotelu.

Wobec 6 spośród 13 zbadanych uchwał (46,2%) wojewoda w trakcie postępowania nie skorzystał z uprawnień wynikających z art. 88 ustawy o sg co do pozyskania informacji i danych niezbędnych dla wykonywania przysługujących

<sup>7</sup> Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

mu uprawnień nadzorczych w zakresie przewidywanego przedmiotu działalności spółki. Postępowanie takie nie spełniało kryterium rzetelności, bowiem pozyskanie takiej informacji miało podstawowe znaczenie dla dokonania właściwej oceny, co do zgodności z prawem wspomnianych uchwał, szczególnie dla weryfikacji, czy przedmiot działalności gospodarczej, jaką zamierzała prowadzić gmina poprzez spółkę związany był z realizacją zadań publicznych samorządów gminnych i czy nie naruszał ustawowych ograniczeń prowadzenia takiej działalności przez gminy.

### Nadzór wojewody nad wykonywaniem przez gminy obowiązku przekazywania informacji o przekształceniach i prywatyzacji mienia komunalnego

Kontrola wykazała nierzetelny nadzór ze strony wojewody nad wykonywaniem przez wójtów (burmistrzów, prezydentów) z terenu Dolnego Śląska obowiązku w zakresie corocznego składania ministrowi skarbu państwa informacji dotyczących przekształceń i prywatyzacji mienia komunalnego<sup>8</sup>. Na 169 gmin z terenu Dolnego Śląska obowiązku złożenia takiej informacji za 2006 r. dopełniło 166 gmin (98,2%), a za 2007 r. – 157 (92,9%), przy czym tylko 1/3 tych informacji została złożona w wymaganym terminie do 31 marca następnego roku. Wojewoda swoje działania ograniczył do pisemnych przypomnień, nie podejmując wobec żadnej z osób odpowiedzialnych za niezłożenie takiej informacji, bądź złożenie po terminie, przewidzianych prawem działań dyscyplinujących, w tym sankcji karnych określonych w art. 57 i art. 58 ustawy z 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej<sup>9</sup> w związku z nadaniem tym informacjom statusu badania statystycznego.

### Nadzór właścicielski

We wszystkich skontrolowanych gminach zorganizowano i sprawowano nadzór nad sposobem funkcjonowania spółek z udziałem samorządu gminnego, choć zastosowane rozwiązania organizacyjne i zakres gromadzonych informacji różniły się w zależności od gminy.

W 4 gminach (Wrocław, Legnica, Jelenia Góra i Wałbrzych) dla realizacji zadań związanych z nadzorem właścicielskim utworzono wydzielone komórki organizacyjne urzędu miejskiego, gromadzące okresowo (w okresach kwartalnych

<sup>8</sup> Obowiązek wynikający z art. 69 ust. 1a ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji.

<sup>9</sup> DzU nr 88, poz. 439, ze zm.

lub półrocznych) informacje dotyczące spraw korporacyjnych, organizacyjno-prawnych i majątkowych. Pozyskiwane informacje co do zasady pozwalały na bieżące analizowanie i podejmowanie działań interwencyjnych w przypadku wystąpienia negatywnych zjawisk, z wyjątkiem sfery związanej z udzielaniem zamówień, gdzie nadzór był niewystarczający.

### **2.2.3. Sytuacja finansowo-ekonomiczna spółek oraz udzielanie zamówień**

#### **Kapitałowe zaangażowanie gmin w spółki – skala i wyniki**

Na koniec 2008 r. pięć skontrolowanych gmin posiadało aktywa o łącznej wartości 1.344,4 mln zł w 54 spółkach handlowych, będąc 100% udziałowcem/akcjonariuszem w 23 spółkach, posiadając pakiet większościowy w 10 i udziały mniejszościowe w 21 spółkach. Zaangażowanie kapitałowe o największej wartości – 836 mln zł w 19 spółkach prawa handlowego – miała gmina Wrocław (w 9 – 100% udziałów/akcji, w 6 – udział większościowy i w 4 mniejszościowy), zaś najwyższy wskaźnik zaangażowania kapitałowego gminy w działalność gospodarczą, wynoszący 10,1 tys. zł na jednego mieszkańca, wystąpił w gminie Polkowice, przy 1,3 tys. zł we Wrocławiu i 0,5 tys. zł w Wałbrzychu.

Na 11 skontrolowanych spółek ze 100% udziałem gminy, w 2008 r. – 3 spółki poniosły w kontrolowanym okresie straty na działalności gospodarczej na łączną kwotę 5.689,7 tys. zł, co oznacza pogorszenie w stosunku do 2006 r., kiedy to 2 spółki odnotowały stratę w łącznej wysokości 2.680,2 tys. zł. Dodatkowo badania kontrolne wykazały nieprawidłowości finansowe na łączną kwotę 10.024,7 tys. zł, mające wpływ na wynik 3 spółek w związku z nielegalnym obniżeniem kosztów amortyzacji (8.958 tys. zł), nieuprawnionym uzyskaniem zwolnienia z podatku od nieruchomości (707,3 tys. zł) i uszczupleniem przychodów z czynszu dzierżawnego (359,4 tys. zł).

#### **Udzielanie zamówień publicznych**

W badanym okresie 10 skontrolowanych spółek zobowiązanych w świetle uregulowań art. 3 ust. 1 pkt. 3 do stosowania ustawy PZP udzieliło 247 zamówień na łączną kwotę 481.510,5 tys. zł. Badania kontrolne 69 postępowań o łącznej wartości 394.367,9 tys. zł<sup>10</sup> wykazały nieprawidłowości mające wpływ na wybór oferty, a więc działania nielegalne, w 13 postępowaniach na łączną kwotę 204.565,4 tys. zł (18,8% w odniesieniu do ilości postępowań i 51,9% do

<sup>10</sup> 27,9% próba co do ilości i 81,9% w odniesieniu do wartości.

wartości zbadanych zamówień) przeprowadzonych przez 4 spółki działające na obszarze 3 gmin (Wrocław, Polkowice, Legnica).

Nieprawidłowości polegały m.in. na udzieleniu zamówienia z pominięciem PZP, naruszeniu zasady uczciwej konkurencji, niezachowaniu PZP co do unieważnienia przetargu, nieprawidłowym określeniu wartości szacunkowej zamówienia i warunków w ogłoszeniu o przetargu. W dalszych 10 postępowaniach o wartości 25.635,3 tys. zł (w 14,5% w ujęciu ilościowym i 6,5% w stosunku do wartości) stwierdzono nieprawidłowości i uchybienia wobec wymogów PZP niemające wpływu na ostateczny wybór oferty, polegające m.in. na nieterminowym przekazywaniu Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych informacji o wszczęciu postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki, ustalaniu wadium w niewłaściwej wysokości, nieprawidłowym udokumentowaniu przebiegu postępowania. Ponadto prowadzenie przez gminę Polkowice, poprzez spółkę, nielegalnej działalności gospodarczej związanej ze świadczeniem usług hotelarsko-restauracyjnych, spowodowało formalne wyłączenie wydatków tej spółki w łącznej kwocie 3.642,7 tys. zł z obowiązku stosowania PZP. Działania takie, w ocenie NIK, stwarzały sytuacje, które potencjalnie należałoby uznać jako korupcyjny mechanizm dowolności postępowania.

## 2.2.4. Wynagrodzenia członków zarządów i rad nadzorczych

### Wynagrodzenia członków zarządów

Miesięczna wysokość wynagrodzenia członków zarządów w 11 skontrolowanych spółkach kształtująca się na poziomie od 6,0 tys. zł do 18,6 tys. zł (średnio 10,7 tys. zł) została w każdym wypadku ustalona z zachowaniem ograniczeń zawartych w ustawie kominowej<sup>11</sup>. Z zachowaniem tej ustawy wypłacono także nagrody roczne w wysokości od 7,5 tys. zł do 31,1 tys. zł (łącznie 578,6 tys. zł) członkom zarządów 9 spółek na 11 skontrolowanych. W jednej ze spółek wypłacono prezesowi zarządu nagrody roczne za 2007 r. i 2008 r. w łącznej kwocie 33,3 tys. zł, choć nie zachodziły przesłanki do jej wypłaty uzależnione w ustawie kominowej od osiągniętych wyników finansowych, bowiem spółka poniosła stratę na działalności w wysokości 1.465 tys. zł i 2.452 tys. zł, co należy ocenić jako działanie nielegalne.

<sup>11</sup> Sześciokrotność przeciętnego miesięcznego wynagrodzenia w sektorze przedsiębiorstw bez wypłat nagród z zysku w czwartym kwartale roku poprzedniego, ogłoszonego przez prezesa GUS – 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.

W 4 spośród 11 skontrolowanych spółek rady nadzorcze w umowach z członkami zarządu w sposób niekorzystny dla finansów spółek (niegospodarny) ustaliły zasady wypłaty odprawy w wypadku odwołania ze stanowiska (trzykrotność miesięcznego wynagrodzenia), określając obowiązek jej wypłaty niezależnie od warunków odwołania, gdy ustawa kominowa wskazywała jedynie na taką możliwość. Ponadto w jednej ze spółek wobec 2 członków zarządu ustalono dodatkowo wypłatę odszkodowania w wysokości dziewięciomiesięcznego wynagrodzenia (219,8 tys. zł)<sup>12</sup> w wypadku odwołania ze stanowiska z przyczyn leżących po stronie pracodawcy, co było nielegalne w świetle ograniczeń składników wynagrodzenia wobec tej grupy zawartych w ustawie kominowej.

### Wynagradzanie członków rad nadzorczych

Wypłacając w badanym trzyletnim okresie 166 osobom reprezentującym 5 skontrolowanych gmin w radach nadzorczych 50 spółek<sup>13</sup> wynagrodzenie miesięczne na poziomie od 0,8 tys. zł do 3,1 tys. zł (łącznie 3.931,4 tys. zł) – w każdym wypadku zachowano wymogi ustawy kominowej co do wysokości wynagrodzenia<sup>14</sup>.

Wobec 17 osób (10,2%) będących przedstawicielami 4 gmin spośród 5 skontrolowanych (Wrocław, Jelenia Góra, Wałbrzych, Polkowice) stwierdzono nielegalną wypłatę wynagrodzenia w łącznej wysokości 488,8 tys. zł, bowiem osoby te, wbrew ograniczeniom zawartym w ustawie kominowej, pobierały jednocześnie wynagrodzenie za udział w więcej niż jednej radzie nadzorczej w spółkach podlegających tej ustawie.

W 2 gminach na 5 poddanych kontroli (Jelenia Góra, Legnica) nie ustalono obniżenia wysokości miesięcznego wynagrodzenia członków rad nadzorczych w wypadku nieobecności na posiedzeniu tego organu, co skutkowało wypłatą takiego samego wynagrodzenia miesięcznego niezależnie od zaangażowania.

## 2.3. Finansowe i prawne rezultaty kontroli

1. Rezultaty finansowe<sup>15</sup> skutków stwierdzonych nieprawidłowości podczas niniejszej kontroli wyniosły ogółem 259.389,5 tys. zł.

<sup>12</sup> Na dzień kontroli.

<sup>13</sup> W 4 spółkach z udziałem mniejszościowym gminy nie były reprezentowane w radach nadzorczych.

<sup>14</sup> 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.

<sup>15</sup> Finansowe rezultaty kontroli obejmują faktyczne albo potencjalne finansowe lub sprawozdawcze

Na finansowe rezultaty kontroli złożyły się kwoty:

- 237.928,2 tys. zł – wydatkowane z naruszeniem prawa, z czego 78,1% dotyczyło zamówień publicznych;
- 4.878,2 tys. zł – uszczuplenia środków lub aktywów;
- 3.206,8 tys. zł – wydatkowane z naruszeniem zasad należytego zarządzania finansami;
- 1.010,3 tys. zł – nienależnie uzyskane;
- 1.048,2 tys. zł – potencjalne finansowe lub sprawozdawcze skutki nieprawidłowości,
- 11.317,8 tys. zł – sprawozdawcze skutki nieprawidłowości.

2. W związku z ujawnionymi nieprawidłowościami NIK przygotowała 4 zawiadomienia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o podejrzeniu naruszenia przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przez członków zarządów spółek handlowych oraz 2 zawiadomienia o podejrzeniu naruszenia dyscypliny finansów publicznych z uwagi na nieprzestrzeganie ustawy o finansach publicznych przez osoby reprezentujące samorządy gminne. Ponadto przygotowano 5 zawiadomień do organów ścigania o podejrzeniu popełnienia przestępstwa z tytułu niegospodarności i przekroczenia uprawnień.

#### **2.4. Uwagi końcowe i wnioski systemowe**

Uwzględniając przedstawione w niniejszej informacji wyniki kontroli, Najwyższa Izba Kontroli zauważa, że:

**I.** W demokratycznym państwie prawnym, w którym podstawę ustrojową stanowi gospodarka rynkowa oparta na równoprawnym uczestnictwie wszystkich podmiotów gospodarczych, prowadzenie działalności gospodarczej przez podmioty określane mianem tzw. publicznej ręki, w tym samorządy gminne, musi odbywać się z zachowaniem obowiązujących norm prawnych, szczególnie co do ustawowych ograniczeń w zakresie tworzenia i przystępowania gmin do podmiotów gospodarczych, w tym spółek prawa handlowego. Trybunał Konstytucyjny, stwierdził<sup>16</sup>, że „art. 20 Konstytucji, określający w sposób najogólniejszy ustrój gospodarczy RP, uznaje społeczną gospodarkę rynkową za jego podstawę. ‘Filarami’, na których wspiera się społeczna gospodarka rynkowa, są wolność działalności gospodarczej i własność prywatna, a także solidarność,

---

skutki nieprawidłowości w związku z prowadzonym postępowaniem kontrolnym, a także korzyści finansowe, jakie uzyskane zostały lub zostaną w wyniku przedsięwzięć będących wynikiem tego postępowania.

<sup>16</sup> Wyrok TK z 7 maja 2001 r. w sprawie K. 19/00, OTK Z.U. 2001, nr 4, poz. 82.



dialog i współpraca partnerów społecznych. To wyrażone w art. 20 Konstytucji sprzężenie wolności działalności gospodarczej z własnością prywatną świadczy, że konstytucyjną gwarancją wynikającą z art. 22 Konstytucji objęta jest działalność gospodarcza, dla której materialną podstawą jest szeroko pojęta własność prywatna, nie jest natomiast objęta nią działalność prowadzona przez państwo i różne instytucje publiczne z wykorzystaniem majątku Skarbu Państwa, innych państwowych osób prawnych lub mienia należącego do jednostek samorządu terytorialnego<sup>17</sup>. Oznacza to, że w gospodarce rynkowej zasadnicze rozstrzygnięcia gospodarcze powinny spoczywać na podmiotach prywatnych, a udział podmiotów gospodarczych sektora publicznego, w tym gmin, powinien być realizowany z zachowaniem zasady pomocniczości (subsydiarności).

Samorząd terytorialny powinien koncentrować swą aktywność na wykonywaniu zadań publicznych, a podejmowanie przez gminy działalności gospodarczej powinno być zawsze „usprawiedliwione” realizacją ustawowych zadań, a za koniecznością podjęcia musi przemawiać ważny interes publiczny. Naruszanie przez samorządy gminne ustalonych ustawowo ograniczeń prowadzenia działalności gospodarczej wywołuje także skutek w postaci naruszenia wolności gospodarczej, szczególnie zasad uczciwej konkurencji, w wymiarze wzmocnionym kwalifikowaną pozycją gmin, tj. pozycją monopolistyczną ze względu na jednoczesne posiadanie uprawnień władczych (imperium) i do działań niewładczych (dominium).

Ukształtowane w połowie lat dziewięćdziesiątych ubiegłego stulecia zasady uczestniczenia samorządów gminnych w działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej zawarte w art. 10 ustawy o gospodarce komunalnej nie stanowią przeszkody dla zaangażowania gminy w działalność gospodarczą niezwiązaną z realizacją przypisanych im zadań publicznych.

Ustalenia przedmiotowej kontroli, a także orzecznictwo sądów administracyjnych oraz stanowisko doktryny potwierdzają, iż przesłanka „ważne dla rozwoju gminy”, określona w art. 10 ust. 3 ustawy o gospodarce komunalnej, stanowi źródło nadużyć w zakresie podejmowania przez gminy działalności gospodarczejw przedmiocie wykraczającym poza sferę użyteczności publicznej oraz zadania własne gmin określone w art. 7 ust. 1 ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.

Wyciągi z opinii prawnych<sup>17</sup> zawarto w załączniku 3 a sentencje wyroków sądowych – w załączniku 4 do niniejszej informacji.

Na powyższą ocenę nie wpływa zmiana art. 10 ust. 3 ustawy o gk dokonana na podstawie ustawy z 25 czerwca 2010 r. o sporcie<sup>18</sup>.

<sup>17</sup> Opinie wydane na zlecenie jednostek kontrolowanych przez prof. Michała Kuleszę oraz opinie uzyskane przez NIK od dr. Adama Gołucha.

<sup>18</sup> Po słowach „ważnych dla rozwoju gminy” dodano „w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej” – wejście w życie 16.10.2010 r.

Mając na względzie powyższe, zasadnym jest skierowanie do Prezesa Rady Ministrów wniosku o podjęcie inicjatywy legislacyjnej zmierzającej do doprecyzowania przesłanek określonych w art. 10 ust. 3 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, określających zasady tworzenia i przystępowania samorządu gminnego do spółek handlowych poza sferą użyteczności. Niezbędne są również działania zapewniające jednolite sprawowanie przez wojewodów nadzoru prawnego nad uchwałami rad gmin w przedmiocie tworzenia lub przystępowania samorządów gminnych do spółek prawa handlowego poza sferą użyteczności publicznej.

**W związku z powyższym Najwyższa Izba Kontroli wnosi do:  
Prezesa Rady Ministrów o:**

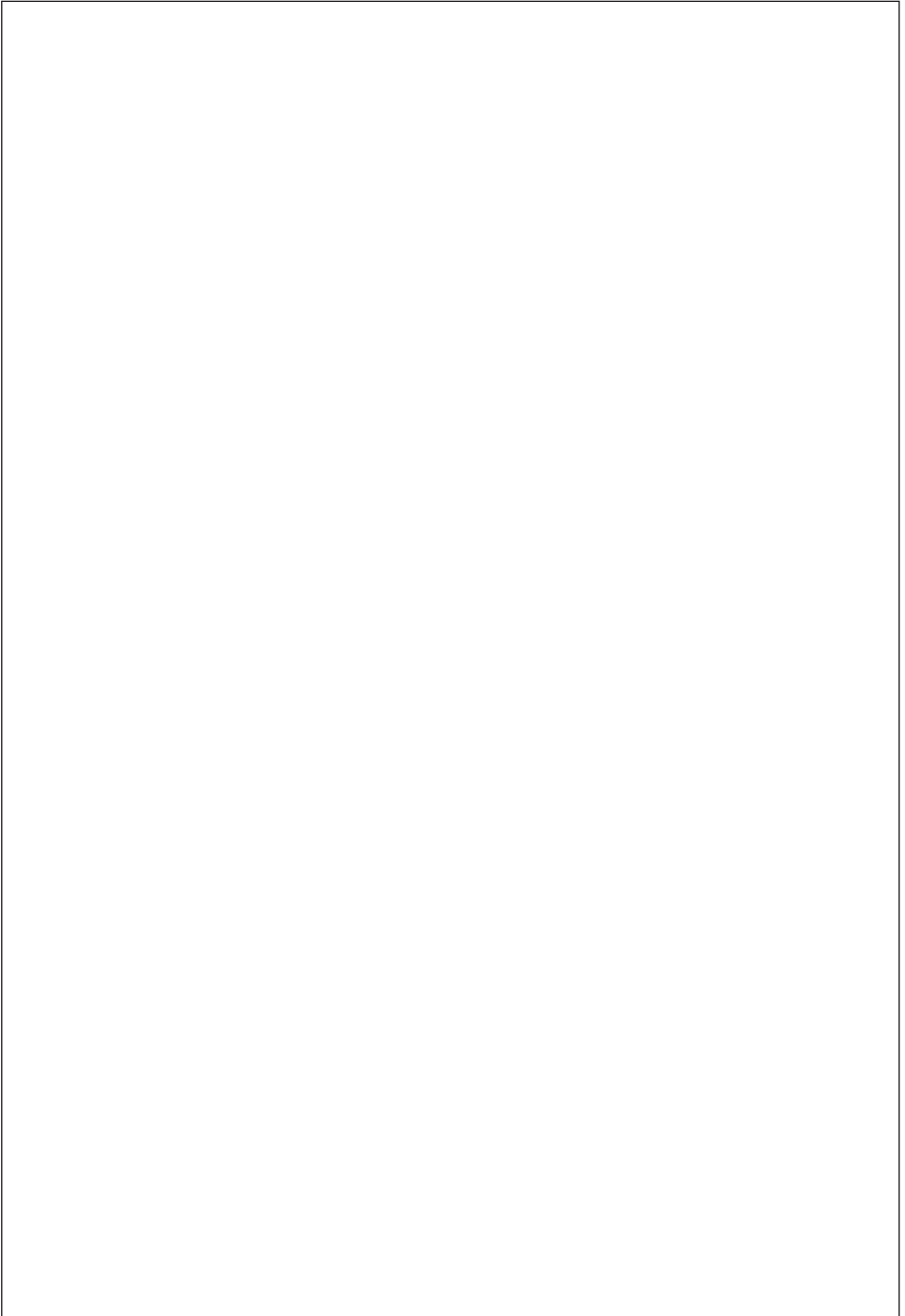
1. Podjęcie inicjatywy legislacyjnej w kierunku doprecyzowania przepisów art. 10 ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, określających zasady tworzenia i przystępowania jednostek samorządu terytorialnego do spółek handlowych poza sferą użyteczności publicznej w sposób zapewniający zachowanie przepisów art. 163 i 166 Konstytucji RP, ograniczających aktywność jednostek samorządowych do realizacji określonych ustawowo zadań publicznych.

2. Podjęcie działań dla zapewnienia jednolitego sprawowania przez wszystkich wojewodów nadzoru prawnego nad uchwałami rad gmin, zwłaszcza dotyczącymi utworzenia lub przystąpienia samorządów gminnych do spółek prawa handlowego, w celu właściwego stosowania przepisów ograniczających działalność gospodarczą gmin poza sferą użyteczności publicznej.

**II.** Gminy zlecając „bezprzetargowo” „własnej” spółce realizację usług związanych z wykonaniem ciężących na nich zadań publicznych na podstawie formuły zamówienia wewnętrznego (*in house*) mogą wykorzystywać pozycję dominującą na lokalnym rynku usług i tworzyć bariery dla ukształtowania się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

**W związku z tym Najwyższa Izba Kontroli wnosi do:  
Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów o:**

Ukierunkowanie działań podejmowanych w celu przeciwdziałania praktykom ograniczającym konkurencję w ramach uprawnień wynikających z ustawy z 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów na przypadki nieuprawnionego wykorzystywania pozycji dominującej przez samorządy gminne przy bezprzetargowym powierzaniu „własnej” spółce – poprzez akt założycielski – usług związanych z realizacją ciężących na nich zadań publicznych.



## SPIS TREŚCI

<b>Otwarcie przez prezesa Najwyższej Izby Kontroli Jacka Jezierskiego seminaryjnego posiedzenia Kolegium NIK na temat aktywności gospodarczej gmin .....</b>	<b>3</b>
<b>Wystąpienie wiceprezesa NIK Jacka Kościelniaka dotyczące wyników kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska .....</b>	<b>5</b>
Referaty:	
<b>Czesław Martysz – Prawne formy prowadzenia działalności gospodarczej przez gminy .....</b>	<b>9</b>
<b>Marek Szydło – Konstytucyjnoprawna dopuszczalność działalności gospodarczej jednostek samorządu terytorialnego a przepisy prawa samorządowego .....</b>	<b>22</b>
<b>Zbigniew Jurczyk – Zakres interwencji organu antymonopolowego w działalność gospodarczą gmin .....</b>	<b>38</b>
<b>Dyskusja .....</b>	<b>76</b>
<b>Podsumowanie i zamknięcie seminaryjnego posiedzenia Kolegium NIK przez prezesa Jacka Jezierskiego .....</b>	<b>101</b>
Załącznik 1	
<b>Wyciąg z „Informacji o wynikach kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska” .....</b>	<b>105</b>

## WYDAJE NAJWYŻSZA IZBA KONTROLI

---

Adres redakcji: Najwyższa Izba Kontroli, 02-056 Warszawa, ul. Filtrowa 57, Telefon: centrala NIK: (22) 444-5000; redaktor naczelna Marzena Repetowska-Nyc, p. 5011, tel. (22) 444-5311; redaktor Joanna Kulicka, p. 5013, tel. (22) 444-5401; redaktor Barbara Odolińska, p. 5012, tel. (22) 444-5781.

Skład i łamanie: Joanna Zakrzewska.

Nasz adres w sieci INTERNET: e-mail: [KPred@nik.gov.pl](mailto:KPred@nik.gov.pl); <http://www.nik.gov.pl>

---

Nakład 500 egz.

Papier xerox 80 g.

Druk okładek: AGAT Studio Graficzne Jerzy Burski, Warszawa.

Druk i oprawa: Poligrafia NIK.

Oddano do druku w listopadzie 2010 r.