



**ORZECZENIE**  
**GLÓWNEJ KOMISJI ORZEKAJĄCEJ W SPRAWACH**  
**O NARUSZENIE DYSCYPLINY FINANSÓW PUBLICZNYCH**

Warszawa, dnia 15 grudnia 2016 r.

Główna Komisja Orzekająca w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych w składzie:

<b>Przewodniczący:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<i>Iwona Bendorf-Bundorf (spr.)</i>
<b>Członkowie:</b>	<i>Członek GKO:</i>	<i>Paweł Kryczko</i>
	<i>Członek GKO:</i>	<i>Piotr Gryśka</i>
Protokolant:		<i>Dorota Machnicka</i>

przy udziale Zastępcy Głównego Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych Pawła Laudańskiego, po rozpoznaniu, na rozprawie w dniu 15 grudnia 2016 r., odwołania wniesionego przez Zastępcę Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych na niekorzyść Pana (...), od orzeczenia Regionalnej Komisji Orzekającej w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach z dnia 19 kwietnia 2016 r. sygn. akt: KDF-53/7/2016, którym Regionalna Komisja Orzekająca, uniewinniła Pana (...)- pełniącego w czasie zarzucanego naruszenia dyscypliny finansów publicznych funkcję Burmistrza Miasta i Gminy od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych określonego w art. 17 ust. 1b pkt 1 ustawy z dnia 17 grudnia 2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 168 i z 2012 r. poz. 1529 z późn. zm.), zwanej ustawą, polegającego na udzieleniu na podstawie umowy z dnia 6 maja 2014 r. nr 100/2014 zamówienia publicznego pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej z

*przykanalikami dla miejscowości. Etap II*” o wartości 1.930.202,89 zł wykonawcy - Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o., który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, czym naruszono art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych,

oraz orzekła, iż koszty postępowania ponosi Skarb Państwa,

**orzeka**

**na podstawie art. 147 ust. 1 pkt 1 ustawy utrzymuje w mocy zaskarżone orzeczenie**

**Pouczenie:**

Orzeczenie niniejsze jest prawomocne w dniu jego wydania. Na niniejsze orzeczenie – w terminie 30 dni od dnia jego doręczenia – służy skarga do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie. Skargę wnosi się za pośrednictwem Głównej Komisji Orzekającej.

## **UZASADNIENIE**

Zawiadomienie o stwierdzonym naruszeniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przy udzieleniu zamówienia publicznego złożył w dniu 16.10.2015 r. Urząd Zamówień Publicznych, pismem sygn.(...).

Na tej podstawie Zastępca Rzecznika Dyscypliny Finansów Publicznych właściwy w sprawach rozpoznawanych przez Regionalną Komisję Orzekającą w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych przy Regionalnej Izbie Obrachunkowej w Kielcach, dalej Rzecznik I instancji, wydał postanowienie o wszczęciu postępowania wyjaśniającego w sprawie o naruszenie dyscypliny finansów publicznych wobec Pana (...) pełniącego w okresie popełnienia czynu funkcję Burmistrza Miasta i Gminy. Konsekwencją prowadzonego od dnia 14 grudnia 2015 r. postępowania wyjaśniającego było złożenie do Komisji Orzekającej I instancji w dniu 24 lutego 2016 r. wniosku o ukaranie Pana W. (...) odpowiedzialnego za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, tj. popełnienie czynu kwalifikowanego w art. 17 ust.1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Rzecznik I instancji uznał, iż Obwiniony naruszył dyscyplinę finansów publicznych poprzez zawarcie w dniu 6 maja 2014 r. umowy nr 100/2014 z Zakładem Usług Komunalnych w Sp. z o.o. na wykonanie zadania pn. „Budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości . Etap II” z naruszeniem art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rzecznik I instancji wniósł o uznanie Pana (...), pełniącego w okresie popełnienia czynu funkcję Burmistrza Miasta i Gminy, za odpowiedzialnego - na zasadach określonych w art 19 ust. 1 i 2 ustawy, za naruszenie dyscypliny finansów publicznych określone w art. 17 ust. 1b pkt I ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, polegającego na zawarciu w dniu 6 maja 2014 r. z Zakładem Usług Komunalnych w Sp. z

o.o., umowy nr 100/2014 o wartości 1.930.202,89 zł, na wykonanie zadania pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości, Etap II” z naruszeniem art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Zdaniem Rzecznika I instancji, zamawiający udzielił ww. zamówienia z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych pomimo, iż wykonawca nie był instytucją gospodarki budżetowej, jak również nie był w stanie wykonać zamówienia własnymi siłami bo w konsekwencji zlecił jego realizację podwykonawcom.

W ocenie Rzecznika I instancji, zamówienie publiczne zostało udzielone wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, naruszając w ten sposób art. 44 ust. 4 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych obligujący zamawiającego do stosowania przepisów o zamówieniach publicznych oraz art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Rzecznik I instancji wniósł o wymierzenie Panu (...)kary upomnienia.

Przedmiotem zamówienia były roboty budowlane w zakresie budowy kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości - odcinek od studzienki 5768-5813. Umowa nr 100/2014 w sprawie przedmiotowego zamówienia została zawarta w dniu 6 maja 2014 r. pomiędzy Gminą a Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o.o., z pominięciem stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Zgodnie z § 4 ust. 1 umowy wykonawca zobowiązał się wykonać samodzielnie cały zakres robót będący przedmiotem zamówienia.

Zamawiający aneksem nr 1/2015 z dnia 16 stycznia 2015 r. do ww. umowy zmienił m.in.:

- 1) termin zakończenia realizacji przedmiotu umowy z dnia 30 września 2015 r. na dzień 16 stycznia 2015 r.;
- 2) wynagrodzenie ryczałtowe z kwoty 1 930 202,89 zł brutto (1 569 270,64 zł netto), na kwotę 994 325,69 zł brutto (808 394,87 zł netto).

W celu realizacji przedmiotowego zamówienia Zakład Usług Komunalnych w Sp. z o.o. zawarł następujące umowy:

- 1) w dniu 14 lipca 2014 r. umowę nr 14/07/2014/ z konsorcjum Sp. z o.o. na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS II na odcinku pomiędzy studniami 5769-5800 wraz z przyłączami w miejscowości;
- 2) w dniu 4 sierpnia 2014 r. umowę nr 4/2014 z II na kompleksową obsługę geodezyjną budowy: Sieci Ks ob. gm. w tym: wytyczenie sieci ks oraz przyłączy do budynków, założenie reperów roboczych wraz z inwentaryzacją powykonawczą w/w obiektów od studni 5768 do S813;
- 3) w dniu 1 października 2014 r. umowę z wykonawcą Usługi Instalacyjno-Budowlane na wykonanie przykanalików z rur o średnicy 160 mm w miejscowości;
- 4) w dniu 22 października 2014 r. umowę nr 1/10/2014/ z wykonawcą Usługi Budowlane i Instalacyjne na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS 11 na odcinku pomiędzy studniami 5780-5813 w miejscowości.

Zamawiający w piśmie z dnia 24 czerwca 2015 r. wyjaśnił, iż kwota wypłaconego wynagrodzenia z tytułu umów zawartych przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. z podwykonawcami wynosiła łącznie 340 178,50 zł netto (418 419,55 zł brutto) w ramach realizacji prac zleconych.

Zamawiający w piśmie z dnia 12 marca 2015 r. wskazał, iż do udzielenia przedmiotowego zamówienia nie stosował przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 13 tej ustawy. Do powyższego pisma zamawiający załączył akt założycielski Zakładu Usług Komunalnych - akt notarialny Repertorium A 997/2011 z dnia 10 marca 2011 r., z którego wynika, iż organem założycielskim spółki była Gmina, która posiada w nim 100% udziałów. W § 6 ww. dokumentu wskazano, iż przedmiotem działalności ww. spółki jest, m.in. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych, ciepłych, gazowych i klimatyzacyjnych.

Zgodnie z art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- a) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej,
- b) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji,
- c) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej, określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

Wyłączenie ustawowe, o którym mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Prawa zamówień publicznych mogło dotyczyć wyłącznie sytuacji, gdy zamówienie będzie udzielane instytucji gospodarki budżetowej w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje jej organu założycielskiego.

Rzecznik I instancji wskazał, iż zgodnie z art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, instytucja gospodarki budżetowej może być tworzona przez:

- 1) ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, za zgodą Rady Ministrów, udzieloną na jego wniosek;
- 2) organ lub kierownika jednostki, o których mowa w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, jako organu wykonującego funkcje organu założycielskiego (Kancelaria Sejmu, Kancelaria Senatu, Kancelaria Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Trybunał Konstytucyjny, Najwyższa Izba Kontroli, Sąd Najwyższy, Naczelny Sąd Administracyjny oraz wojewódzkie sądy administracyjne, Krajowa Rada Sądownictwa, sądownictwo powszechne, Rzecznik Praw Obywatelskich, Rzecznik Praw Dziecka, Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji, Generalny Inspektor Ochrony Danych Osobowych, Instytut Pamięci Narodowej - Komisja Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, Krajowe Biuro Wyborcze i Państwowa Inspekcja Pracy).

W myśl art. 9 pkt 1 ustawy o finansach publicznych, organ władzy publicznej jest pojęciem obejmującym swoim zakresem, m.in. organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Należy wskazać, że jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki nie stanowią organów władzy publicznej w rozumieniu ustawy o finansach publicznych. Powyższe oznacza, że jednostka samorządu terytorialnego jaką jest gmina nie ma podstaw prawnych by utworzyć instytucję gospodarki budżetowej.

Tym samym, nie sposób uznać, iż Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. stanowi instytucję gospodarki budżetowej, o której mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jego organem założycielskim (Gmina) nie był podmiot wymieniony w art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych. Powyższa okoliczność wyklucza możliwość udzielania przez Gminę zamówień Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o. bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Prawa zamówień publicznych.

W złożonych wyjaśnieniach Obwiniony zaprezentował stanowisko, iż art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych przewiduje, że nie ma konieczności stosowania przepisów rzeczonyj ustawy, gdy mamy do czynienia z zamówieniami udzielanymi instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione następujące warunki:

- 1) zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej;
- 2) organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji;
- 3) przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

Według Obwinionego, tego rodzaju zamówienie ma status zamówienia „in house”.

Cechą zasadniczą zamówień „in house” jest to, że zamówienie udzielane jest podmiotowi odrębnemu od zamawiającego jednak odrębność ta ma charakter wyłącznie formalny. Inaczej mówiąc w świetle prawa wykonawca, jest w prawdzie podmiotem odrębnym od zamawiającego, posiadającym własne organy i majątek, którym odpowiada za własne zobowiązania jednakże sposób w jaki powołano wykonawcę do życia, cel, który takiemu powołaniu przyświecał oraz rzeczywisty wpływ zamawiającego na podejmowanie strategicznych decyzji wykonawcy czyni go faktycznie podmiotem całkowicie podporządkowanym zamawiającemu.

W zamówieniach „in house” zależność między zamawiającym a wykonawcą musi mieć tego rodzaju charakter, że zamawiający sprawuje kontrolę nad wykonawcą w podobny sposób (analogiczny) jak czyni to w stosunku do swoich służb mu podległych, np. jednostek organizacyjnych jednostki samorządu terytorialnego.

By mówić o możliwości stosowania zamówień „in house” wykonawca musi przeważającą część swoich zadań wykonywać na rzecz zamawiającego; jego działalność wykonywana na rzecz innych niż zamawiający podmiotów musi mieć charakter marginalny.

Zakres przedmiotowy zamówienia „in house” musi dotyczyć podstawowego zakresu przedmiotowego działalności wykonawcy.

Wyodrębnienie w zamówieniach publicznych zamówień typu „in house” wynikało z faktu, że niektóre zadania własne organów publicznych wykonywane są przez podmioty formalnie od nich niezależne, które zostały przez nie jednak powołane do życia i są przez nie kontrolowane. Ich powstanie uzasadnione było swobodą organu publicznego do doboru prawnie dopuszczalnych formach realizowania swoich zadań. I tak zadania własne gminy

mogą być przez nią realizowane przez jednostki organizacyjne, jednak nie jest to jedyna dopuszczalna forma - o czym stanowią przepisy ustawy o gospodarce komunalnej.

Zakład Usług Komunalnych spółka z o.o. był utworzony w celu wykonywania zadań publicznych - co ma odzwierciedlenie w akcie o jego utworzeniu a także w stosownej Uchwale Nr 111/10/2010 Rady Miejskiej z dnia 29 grudnia 2010r. Zakład Usług Komunalnych spółka z o.o. wykonuje zasadniczą część działalności na rzecz gminy, budowa kanalizacji sanitarnej jest zadaniem własnym gminy.

Obwiniony stanął na stanowisku, że nie naruszył dyscypliny finansów publicznych zlecając własnej spółce, bez procedury przetargowej, wykonanie kanalizacji sanitarnej: jest to zadanie własne gminy i należy do zakresu działalności podstawowej spółki, której gmina jest właścicielem i która w 100% jest zależna od gminy. Działanie Obwinionego wypełniło całkowicie art. 4 pkt 13 Prawa zamówień publicznych, tym samym nie może być mowy o naruszeniu tejże ustawy. Obwiniony powołał się także na opinię Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w podobnej sprawie, która potwierdziła, że gmina może zlecać własnej spółce, zadania, które są zadaniami własnymi zamawiającego.

Zdaniem Rzecznika I instancji, wyjaśnienia, które złożył (...)nie zwalniają go od odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Jednocześnie wskazując, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) możliwe jest zlecenie przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań własnych utworzonej przez tę jednostkę spółce prawa handlowego, z pominięciem przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych (tzw. „in house”). Przy czym dopuszczalność wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawa zamówień publicznych w powyższym przypadku uzależniona jest od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) sprawowanie nad spółką przez podmiot publiczny kontroli podobnej, czy też „analogicznej” do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb oraz
- 2) wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa).

Ponadto, w sytuacji opisanej powyżej, podmiot któremu zamawiający udziela zamówienia „in house”, powinien być w stanie wykonać je samodzielnie (własnymi siłami), zatem bez udziału podwykonawców. W przeciwnym bowiem razie doszłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy (w tym również podwykonawcy), który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 3 tej ustawy.

Jednocześnie w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2011 r., Nr 45 poz. 236) jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać, w drodze umowy, wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy o finansach publicznych, w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisów ustawy o

działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym albo na zasadach ogólnych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt 11 GSK 105/05) wskazał, iż ustawa Prawo zamówień publicznych „[...] nie ma zastosowania, jeżeli wykonywanie przez jeden podmiot na rzecz drugiego usług, dostaw lub robót budowlanych, czyli świadczeń, które mogą być przedmiotem zamówienia publicznego, stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa”. Ponadto, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie - przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę /określający przedmiot jej działania”. Jednocześnie, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „w stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę”. Jeżeli zatem powierzenie zadań użyteczności publicznej jednostce organizacyjnej gminy następuje drogą aktu kreującego tę jednostkę do przypadku takiego nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, powierzenie zadań spółce prawa handlowego powinno nastąpić nie w drodze zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy gminą a spółką, lecz na podstawie aktu ustanawiającego spółkę.

Realizowanie przez spółkę utworzoną przez jednostkę samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, zadań z zakresu gospodarki komunalnej (ustalonych uchwałą organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego - art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej oraz aktem tworzącym spółkę), należy odróżnić od powierzenia takich zadań na podstawie umowy cywilnoprawnej. W pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Jeżeli natomiast zakres powierzonych przez gminę spółce zadań wykracza poza zakres wykonywanych przez tę spółkę zadań komunalnych (dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy spółka nie jest w stanie zrealizować zamówienia własnymi siłami), a ich powierzenie następuje na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego. W tych okolicznościach zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawa zamówień publicznych i wykluczona jest możliwość powierzenia tych zadań w trybie „in house”.

Z ustaleń dokonanych w toku prowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych postępowania wyjaśniającego wynika, iż Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nie miał fizycznie możliwości wykonania prac objętych umową w dniu jej zawarcia, bowiem większość pracowników zatrudniona była w administracji, a sama spółka dysponowała tylko jedną koparką.

W sprawozdaniu z audytu wewnętrznego przeprowadzonego w Urzędzie Miasta i Gminy sporządzonego w dniu 16 lutego 2015 r. wskazano, iż „w chwili powierzenia wykonania zadania Spółce [Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o.], Burmistrz Miasta i Gminy miał wiedzę na temat potencjału technicznego i osobowego Spółki, w której 100% udziałów posiadała gmina, mianowicie że nie jest ona w stanie samodzielnie wykonać zamówienia lecz będzie je realizowała przy udziale podwykonawców”.

Zatem w przedmiotowej sprawie, okoliczność, iż Zakład Usług Komunalnych w Sp. z o.o. nie był w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia własnymi siłami potwierdzają ww. ustalenia, jak również fakt zawarcia przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. ww. umów podwykonawstwa.

Dodatkowym argumentem potwierdzającym, iż w przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie z udzieleniem tzw. zamówienia „in house”, jest okoliczność zawarcia w dniu 6 maja 2014 r. przez Gminę z Zakładem Usług Komunalnych w Sp. z o.o. odpłatnej umowy cywilnoprawnej w sprawie realizacji niniejszego zamówienia.

Ostatecznie Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych stwierdził, iż zamawiający (Gmina) naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 oraz art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez udzielenie zamówienia Zakładowi Usług Komunalnych Sp. z o.o. (umowa nr 100/2014 z dnia 6 maja 2014 r.) bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż podmiot ten nie był instytucją gospodarki budżetowej, jak również nie był w stanie wykonać go własnymi siłami i w konsekwencji zlecił jego realizację podwykonawcom.

Komisja Orzekająca I instancji orzeczeniem z dnia 19 kwietnia 2016 r., sygn. sprawy KDF-53/7/2016/1490 1491, uniewinniła Obwinionego od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych kwalifikowanego w art. 17 ust. 1 b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych poprzez naruszenie art. 44 ust. 4 ustawy o finansach publicznych oraz art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych. W orzeczeniu wskazała, jako podstawę prawną uniewinnienia, art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Rozpoznanie wniosku o ukaranie nastąpiło na rozprawie przeprowadzonej z udziałem stron w dniach 22.03.2016 r. oraz 19.04. 2016 r. Komisja Orzekająca I instancji uznała za konieczne uzupełnienie materiału dowodowego o opinię radcy prawnego, na którą powoływał się w swych wyjaśnieniach Obwiniony. Również Rzecznik na rozprawie w dniu 22.03.2016 r. wniósł o uzupełnienie dowodów o dokumenty obrazujące jaki był potencjał techniczny i kadrowy spółki na dzień zawarcia z nią ww. umowy. Także Obwiniony zawnioskował o dopuszczenie dowodów z zeznań świadków- Pana byłego Prezesa Zakładu Usług Komunalnych w celu wyjaśnienia czy spółka posiadała potencjał do wykonania zadania będącego przedmiotem ww. umowy oraz - Pana (...)byłego radcy prawnego Urzędu Miasta i Gminy e w celu potwierdzenia sporządzenia opinii prawnej, zgodnie z którą prawidłowy był tryb „in house” i zastosowanie umowy cywilnoprawnej.

Komisja Orzekająca I instancji przyjęła następujący stan faktyczny.

W dniu 6 maja 2014 r. (...)działając jako Burmistrz Miasta i Gminy zawarł z Zakładem Usług Komunalnych w Sp. z o.o. (ZUK Sp. z o.o.) umowę nr 100/2014 na wykonanie zadania pn.: „Budowa kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości. Etap 11" (dowód k. 9-11). Za wykonanie przedmiotu umowy ustalone zostało dla ww. spółki wynagrodzenie ryczałtowe 1.930.202,89 zł brutto (netto 1.569.270,64 zł). Zgodnie z par. 4 ww. umowy wykonawca zobowiązał się samodzielnie wykonać cały zakres robót będący przedmiotem zamówienia.



## Sygn. akt BDF1.4800.40.2016

Już po zawarciu umowy z Gminą ZUK Sp. z o.o. zawarła cztery umowy z podwykonawcami:

- umowę z dnia 04 08 2014 r. na kompleksową obsługę geodezyjną budowy sieci. Kwota wypłaconego wynagrodzenia wykonawcy 7.000 zł netto,
- umowę z dnia 01.10.2014 r. na wykonanie przykanalików; kwota wypłaconego wynagrodzenia wykonawcy 62.383,50 netto,
- umowę z dnia 22.10.2014 r. - na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS 11 na odcinku pomiędzy studniami; kwota wypłaconego nagrodzenia wykonawcy 140.070 netto,
- umowę z dnia 14.07.2014 r. - na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS II na odcinku pomiędzy studniami wraz z przyłączami. Kwota wypłaconego wynagrodzenia wykonawcy 130.725 netto.

Łącznie wynagrodzenie netto podwykonawców wyniosło 340.178,50 zł; stanowiło to 21,7% wartości netto wynagrodzenia ryczałtowego ustalonego dla ZUK Sp. z o.o. w ww. umowie z dnia 6 maja 2014 r. Nr 100/2014.

Komisja ustaliła, że Spółka będąca stroną ww. umowy i zarazem wykonawcą zadania stanowiącego jej przedmiot utworzona została przez Gminę w dniu 10.03.2011 r. W spółce tej Gmina posiada 100% udziałów i jest reprezentowana na zgromadzeniu jako wspólnik przez Burmistrza Miasta i Gminy. Przedmiotem działania tej spółki zgodnie z jej aktem założycielskim jest m.in. wykonywanie instalacji wodno-kanalizacyjnych.

Odnosząc się do faktu zawarcia ww. umowy z własną spółką komunalną (...) w postępowaniu dowodowym wyjaśniał, iż w Jego przekonaniu działał prawidłowo i mógł powierzyć spółce realizację zadania, jakim była budowa gminnej kanalizacji sanitarnej.

Z wyjaśnień (...) wynika, że działał on z uwzględnieniem art. 4 pkt 13 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którym nie stosuje się przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione warunki określone tym przepisem. Zdaniem Obwinionego powyższe zamówienia określa się mianem zamówień „in house”. Do zlecenia spółce wykonania zadania w tak zwanym trybie „in house” Urząd Zamówień Publicznych nie miał żadnych zastrzeżeń - czego dowodem jest kilka pism złożonych przez Obwinionego wraz z wyjaśnieniami z 5 stycznia 2016 roku, w tym pismo Wiceprezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 16 kwietnia 2011 roku.

Natomiast co do możliwości wykonania przez ZUK Sp. z o.o. prac objętych ww. umową w dniu jej zawarcia (...) na rozprawie w dniu 19.04.2016 r. stwierdził, m. in. że spółka została powołana głównie po to, aby wykonywać zadania publiczne gminy, ale również po to, aby zarabiać wykonując zlecenia na zewnątrz po zmianie przepisów dot. finansów publicznych w 2010 roku. Taką możliwość zarabiania utracił zakład budżetowy istniejący przed powołaniem spółki. Spółka przejęła głównie sprawy gospodarki wodno-ściekowej, czyli zaopatrzenie mieszkańców gminy w wodę i odbiór ścieków i miała z tego tytułu własne przychody rozliczając się z mieszkańcami, ale wykonywała również inne zadania z zakresu gospodarki komunalnej gminy np. usługi z zakresu sprzątnięcia, budowy chodników, parkingów, placów zabaw.

Odpowiadając na pytanie „Jakie warunki techniczno-organizacyjne miała spółka ZUK w kontekście możliwości zrealizowania zadania inwestycyjnego polegającego na

budowie kanalizacji gminnej wraz z przykanalikami (...) wyjaśnił m.in., że był przekonany co do możliwości wykonania tego zadania przez spółkę własnymi siłami w czasie określonym w umowie i nie miał wiedzy, że spółka zawarła umowy z podwykonawcami mimo, że na podstawie paragrafu 4 umowy z dnia 6 maja 2014 roku, spółka jako wykonawca zobowiązała się wykonać samodzielnie cały zakres robót będących przedmiotem zamówienia. W okresie realizacji zamówienia Spółka dysponowała brygadą budowlano-remontową liczącą około 6-8 osób i sprzętem w pełni umożliwiającym, jego zdaniem, wykonanie zadania, tj. jedną koparką i samochodami ciężarowymi umożliwiającymi przywóz materiału. W ocenie Obwinionego, zasadniczą część zadania wykonał Zakład Usług Komunalnych, o czym świadczyć może nawet wartość podzleconych robót. Również w ocenie świadka, który był Prezesem Zakładu Usług Komunalnych w czasie, gdy była zawierana umowa spółka miała moce przerobowe do wykonania tego zadania — jednak z dwoma wyjątkami. Wyjątki te stanowiły: przeciski i przewiertory oraz obsługa geodezyjna. Te właśnie czynności zostały przez spółkę podzlecane. Wprawdzie znany był świadkowi zawarty w umowie zapis, że jako wykonawca spółka zobowiązuje się samodzielnie wykonać cały zakres robót, ale uważał on, że podzlecenie niektórych robót nie dyskredytuje samodzielności wykonania tego zadania.

Z wypowiedzi świadka wynikało, że zarówno pod względem kadrowym jak i sprzętowym spółka w dniu zawierania umowy była przygotowana do wykonania przedmiotu tej umowy. Nawet finansowo przygotowana była do tego w postaci uruchomienia linii kredytowej. Głównie niekorzystne warunki atmosferyczne, które pojawiły się po zawarciu umowy zdecydowały o tym, że podzlecane zostały podwykonawcom roboty ziemne.

Komisja Orzekająca I instancji nie miała wątpliwości, że art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mógł stanowić podstawy prawnej zawarcia umowy ze Spółką ZUK. Instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych zdefiniowaną w art. 23 ustawy o finansach publicznych. Komisja Orzekająca I instancji powołała się na przyjęty w praktyce pogląd, zgodnie z którym wykonywanie określonych zadań przez spółkę komunalną na rzecz gminy może - w określonych sytuacjach - następować z wyłączeniem reżimu Prawa zamówień publicznych.

Istnieje więc na gruncie istniejącego orzecznictwa popartej doktryną możliwość wyłączenia w niektórych sytuacjach obowiązku stosowania procedur wynikających z ustawy - Prawo zamówień publicznych, jednakże przy spełnieniu łącznie następujących przesłanek:

- 1/ utworzona spółka prawa handlowego jest podmiotem zależnym od macierzystej jednostki samorządu terytorialnego, która zachowuje decydujący wpływ na działalność spółki,
- 2/ utworzenie spółki prawa handlowego jest jedną z form wykonywania zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego,
- 3/ macierzysta jednostka samorządu terytorialnego może regulować stosunki ze spółką uchwałami zgromadzeń wspólników spółki/walnego zgromadzenia,
- 4/ spółka prawa handlowego realizuje zadania jednostki samorządu terytorialnego przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku.

W ustalonym na podstawie przeprowadzonego postępowania dowodowego stanie faktycznym w ocenie Komisji spełnione zostały powyższe warunki wymienione w pkt. 1-3 gdyż Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. jest podmiotem w pełni zależnym od Gminy, która ma 100% udziałów w spółce, a zlecane spółce zadanie było zadaniem własnym gminy z zakresu kanalizacji.

Gmina prowadząc gospodarkę komunalną polegającą na wykonywaniu zadań na rzecz zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty komunalnej utworzyła w miejsce zakładu budżetowego spółkę ZUK do czego była w pełni uprawniona, gdyż w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne. Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej określa na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym odrębna ustawa - to jest ustawa o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tą ustawą jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- 1/ w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy),
- 2/ w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 3/ poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

W przypadku wykonywania zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego przez spółkę prawa handlowego relacje pomiędzy Gminą i spółką mają charakter stosunków właścicielskich i nie powinny mieć charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej — jak miało to miejsce w rozpatrywanym przypadku. Przy powierzeniu zadań publicznych własnej spółce nie dochodzi w ogóle do udzielenia zamówienia publicznego, gdyż odbywa się ono bez powstania zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym.

W ocenie Komisji, (...)mógł więc zdecydować o możliwości wykonania przez ww. spółkę w imieniu i na rachunek gminy zadania polegającego na budowie odcinka kanalizacji sanitarnej z przykanalikami bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z tym jednakże zastrzeżeniem, że zadanie to spółka powinna zrealizować nie na podstawie umowy cywilnoprawnej, ale przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Zdaniem Komisji, w przypadku realizacji zadań własnych gminy przez spółkę komunalną nie może występować odpłatność za świadczone usługi między gminą a spółką. Zrekompensowanie spółce strat wynikłych z realizacji zadania własnego gminy może odbyć się z wykorzystaniem funkcjonujących na gruncie Kodeksu spółek handlowych instrumentów np. dopłat o których mowa w art. 177 Kodeksu spółek handlowych.

Zgodnie z art 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę. Komisja Orzekająca I instancji po zapoznaniu się z okolicznościami faktycznymi występującymi w rozpatrywanej sprawie doszła do wniosku, że (...)dopełnił reguł działania z należytą starannością. Zdaniem Komisji Orzekającej I instancji, w rozpatrywanej sprawie zaistniały przesłanki zamówienia „in house” - z wyjątkiem zastosowania niewłaściwej w tym przypadku formy prawnej rozliczenia rzeczowo-finansowego ze spółką w postaci umowy cywilnoprawnej.

Pomimo dążenia Komisji Orzekającej I instancji do wyjaśnienia tego czy ZUK Sp. z o.o. miał techniczne i kadrowe możliwości wykonania zadania polegającego na przedmiotowej budowie kanalizacji z przykanalikami pozostały w tym zakresie niedające się wyjaśnić wątpliwości. Komisja Orzekająca I instancji starała się w postępowaniu dowodowym tę kwestię jednoznacznie wyjaśnić, lecz mimo uzupełnienia materiału dowodowego pozostała z dwoma zupełnie odmiennymi opiniami. Z jednej strony Komisja otrzymała opinię (pismo Zakładu Usług Komunalnych z dnia 7 kwietnia 2016 r. k. 116-117), że ZUK Sp. z o.o. na dzień 6 maja 2014 r. przy niewielkim zasobie ludzkim i potencjale technicznym zdolny był do niewielkich robót budowlanych związanych z budową kanalizacji sanitarnej — przyłącza do budynków (k. 117). Z drugiej strony zeznania świadka (...)i

wyjaśnienia (...)potwierdzały możliwość samodzielnego wykonania przedmiotowego zadania przez ZUK. Również w dniu zawarcia umowy z ZUK Sp. z o.o. nie było wiadomym (...), że w celu wykonania przedmiotu zamówienia ZUK Sp. z o.o. podzieli wykonawstwo części robót (stanowiących 22% wartości) podwykonawcom. Z zasady domniemania niewinności wynika nakaz tłumaczenia wszelkich, nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść Obwinionego (art. 76 ust. 3 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

Mając na uwadze powyższe ustalenia Komisja Orzekająca I instancji orzekła o uniewinnieniu (...)na podstawie art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust. 1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

Odwołanie od niniejszego orzeczenia pismem z dnia 19 maja 2016 r. znak RDFP-41/2015r. wniósł Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych zaskarżając orzeczenie na niekorzyść Obwinionego. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych kwestionuje uniewinnienie (...)od zarzutu naruszenia dyscypliny finansów publicznych przy zastosowaniu przez Komisję I instancji przepisów art. 78 ust. 3 w związku z art. 78 ust.1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Rzecznik Dyscypliny Finansów Publicznych wnioskuje o uchylenie zaskarżonego orzeczenia zarzucając obrazę art. 78 ust.1 pkt 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i przekazanie sprawy do ponownego rozpoznania w postępowaniu w I instancji.

Uzasadnienie odwołania opiera się na uznaniu, że brak było podstaw do zastosowania art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, albowiem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień udzielanych instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, jeżeli łącznie są spełnione warunki wymienione w przepisie.

Rzecznik podniósł, że wyłączenie ustawowe, o którym mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych będzie dotyczyło wyłącznie sytuacji, gdy zamówienie będzie udzielane instytucji gospodarki budżetowej w rozumieniu art. 23 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje jej organu założycielskiego.

Zdaniem Odwołującego się, nie sposób uznać, iż Zakład Usług Komunalnych w Sp. z o.o. stanowi instytucję gospodarki budżetowej, o której mowa w art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem jego organem założycielskim (Gmina) nie był podmiot wymieniony w art. 23 ust. 2 ustawy finansach publicznych. Powyższa okoliczność wyklucza możliwość udzielania przez Gminę zamówień Zakładowi Usług Komunalnych w Sp. z o.o. bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Odwołujący się dokonał oceny ustalonego stan faktyczny w kontekście zarzucanego (...)naruszenia dyscypliny finansów publicznych i warunków w jakich jednostki samorządu terytorialnego mogą bez stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych zlecać realizację zadania publicznego własnej spółce.

Odnosząc się do tej kwestii, Odwołujący się podniósł, że Komisja nie miała wątpliwości, że w ustawie Prawo zamówień publicznych nie było w czasie gdy była zawierana umowa z ZUK Sp. z .o.o. (i również nie ma w dniu orzekania) przepisu, który wprost przewidywałby wyłączenie obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych w razie powierzania przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych do wykonania spółce komunalnej. Nie jest więc przepisem, na który można się w

rozpatrywanej sprawie skutecznie powołać art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych - co w swoich wyjaśnieniach, opartych na stanowisku prawnym radcy prawnego kilkakrotnie podnosił (...). Instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych zdefiniowaną w art. 23 ustawy o finansach publicznych. Powyższy przepis wyłącza stosowanie w stosunku do zamówień dokonywanych przez tę konkretnie jednostkę sektora finansów publicznych.

Rzecznik powołał się na ustalenia Komisji Orzekającej I instancji i podniósł, że Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. jest podmiotem w pełni zależnym od Gminy, która ma 100% udziałów w spółce, a zlecane spółce zadanie było zadaniem własnym gminy z zakresu kanalizacji. Zgodnie z ustawą o samorządzie gminnym do zadań gminy należą w szczególności sprawy z zakresu: wodociągów i zaopatrzenia w wodę oraz kanalizacji.

Gmina prowadząc gospodarkę komunalną polegającą na wykonywaniu zadań na rzecz zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty komunalnej utworzyła w miejsce zakładu budżetowego spółkę ZUK do czego była w pełni uprawniona, gdyż w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne. Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej określa na podstawie art. 9 ust. 3 ustawy o samorządzie gminnym odrębna ustawa - to jest ustawa o gospodarce komunalnej. Zgodnie z tą ustawą jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form:

- 1/ w formie własnej jednostki organizacyjnej (zakład budżetowy),
- 2/ w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego - tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością,
- 3/ poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy.

W przypadku wykonywania zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego przez spółkę prawa handlowego relacje pomiędzy Gminą i spółką mają charakter stosunków właścicielskich i nie powinny mieć charakteru umowy dwustronnie zobowiązującej — jak miało to miejsce w rozpatrywanym przypadku. Przy powierzeniu zadań publicznych własnej spółce nie dochodzi w ogóle do udzielenia zamówienia publicznego, gdyż odbywa się ono bez powstania zobowiązania o charakterze cywilnoprawnym.

W ocenie Komisji, nie było więc prawidłowym działaniem (...)zawarcie umowy cywilnoprawnej z ZUK Sp. z o.o. Nie można jednak też w całokształcie ustalonych faktów i okoliczności stwierdzić, że wskutek zawarcia tej umowy doszło do udzielenia ZUK Sp. z o.o. zamówienia publicznego kierując się wyłącznie tym, że w świetle definicji zamówienia publicznego jest nim odpłatna umowa cywilnoprawna zawierana pomiędzy zamawiającym i wykonawcą.

Gmina powołując ZUK Sp. z o.o. zdecydowała się w tej formie wykonywać niektóre swoje zadania publiczne. Przedmiotem działania tej spółki zgodnie z jej aktem założycielskim (par. 6 ) jest wykonywanie instalacji wodno- kanalizacyjnych. Zlecona spółce budowa odcinka kanalizacji sanitarnej z przykanalikami nie była więc zadaniem wykraczającym poza przedmiot działalności ww. spółki. Ponadto Gmina była i jest wyłącznym współnikiem w spółce i jako współnik jest reprezentowana przez Burmistrza Miasta i Gminy.

W ocenie Komisji, (...)mógł więc zdecydować o możliwości wykonania przez ww. spółkę w imieniu i na rachunek gminy zadania polegającego na budowie odcinka kanalizacji sanitarnej z przykanalikami bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych z tym jednakże zastrzeżeniem, że zadanie to spółka powinna zrealizować nie na podstawie umowy cywilno-prawnej, ale przy pomocy wniesionego lub powierzonych jej majątku. Zdaniem Komisji, w przypadku realizacji zadań własnych gminy przez spółkę komunalną nie

może występować odpłatność za świadczone usługi między gminą a spółką. Zrekompensowanie spółce strat wynikłych z realizacji zadania własnego gminy może odbyć się z wykorzystaniem funkcjonujących na gruncie kodeksu spółek handlowych instrumentów np. dopłat o których mowa w art. 177 Kodeksu spółek handlowych. Podstawę nałożenia obowiązku wnoszenia dopłat powinna stanowić umowa spółki (zob. stanowisko Regionalnej Izby Obrachunkowej w Zielonej Górze z dnia 4 października 2011 r. Niestety nie zawsze jednak - i tak było również w rozpatrywanym przypadku - akt założycielski stanowi dostateczną podstawę do przekazania spółce dodatkowych środków finansowych na realizację zadań statutowych. Oczywiście w stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią spółką jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy, ale w sytuacji gdy zlecane zadanie nie mieści się w zakresie zadań własnych spółki. W takim przypadku zgodnie z art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej należy stosować tryb zamówień publicznych a spółkę komunalną należy traktować jako osobę trzecią (wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 11 sierpnia 2005 r., II GSK 105/05),

W postępowaniu dowodowym ustalono, że zlecona ww. spółce na podstawie umowy cywilnoprawnej budowa odcinka kanalizacji sanitarnej z przykanalikami była zadaniem stanowiącym przedmiot działalności ww. spółki. Swoje działanie polegające na traktowaniu wykonania tego zadania jako zamówienia „in house” w oparciu o umowę zawieraną z ZUK Sp. z o.o. (...) uważał za prawidłowe i zgodne z prawem.

Zgodnie z art. 19 ust. 2 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę. Komisja Orzekająca po zapoznaniu się z okolicznościami faktycznymi występującymi w rozpatrywanej sprawie doszła do wniosku, że (...)dopełnił reguł działania z należytą starannością. Komisja nie była w stanie wskazać wzorca postępowania, który w zaistniałych okolicznościach faktycznych powinien zastosować Obwiniony, aby nie doszło do zawarcia z ZUK Sp. z o.o, umowy cywilnoprawnej. Również fakt zawarcia tej umowy w ocenie Komisji (uwzględniającej ustalony stan faktyczny) nie może samoistnie przesądzać o tym, że doszło do udzielenia zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych. Zdaniem Komisji, w rozpatrywanej sprawie zaistniały przesłanki zamówienia „in house” — z wyjątkiem zastosowania niewłaściwej w tym przypadku formy prawnej rozliczenia rzeczowo-finansowego ze spółką w postaci umowy cywilnoprawnej.

Odwołujący wskazał, że pomimo dążenia Komisji do wyjaśnienia tego czy ZUK Sp. z o.o. miał techniczne i kadrowe możliwości wykonania zadania polegającego na przedmiotowej budowie kanalizacji z przykanalikami pozostały w tym zakresie niedające się wyjaśnić wątpliwości. Komisja starała się w postępowaniu dowodowym tę kwestię jednoznacznie wyjaśnić, lecz mimo uzupełnienia materiału dowodowego pozostała z dwoma zupełnie odmiennymi opiniami. Z jednej strony Komisja otrzymała opinię (pismo Zakładu Usług Komunalnych (Znak: 65/T/2016) z dnia 7 kwietnia 2016 r. k. 116-117), że ZUK Sp. z o.o. na dzień 6 maja 2014 r. przy niewielkim zasobie ludzkim i potencjale technicznym zdolny był do niewielkich robót budowlanych związanych z budową kanalizacji sanitarnej — przyłącza do budynków (k. 117). Z drugiej strony zeznania świadka i wyjaśnienia (...)potwierdzały możliwość samodzielnego wykonania przedmiotowego zadania przez ZUK. Również w dniu zawarcia umowy z ZUK Sp. z o.o. nie było wiadomym (...), że w celu wykonania przedmiotu zamówienia ZUK Sp. z o.o. podzleci wykonawstwo części robót (stanowiących 22% wartości) podwykonawcom. Z zasady domniemania niewinności wynika nakaz tłumaczenia wszelkich, nie dających się usunąć wątpliwości na korzyść Obwinionego (art.

76 ust. 3 ww. ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych).

Zdaniem Rzecznika, Regionalna Komisja Orzekająca nie miała podstaw do uniewinnienia Pana (...)i źle oceniła stan faktyczny.

Odwolujący wskazał, iż zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dawniej Europejski Trybunał Sprawiedliwości) możliwe jest zlecenie przez jednostkę samorządu terytorialnego realizacji zadań własnych utworzonej przez tę jednostkę spółce prawa handlowego, z pominięciem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (tzw. „in house”). Przy czym dopuszczalność wyłączenia obowiązku stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w powyższym przypadku uzależniona jest od spełnienia następujących przesłanek:

- 1) sprawowanie nad spółką przez podmiot publiczny kontroli podobnej, czy też „analogicznej” do tej, jaką sprawuje w stosunku do swoich własnych służb oraz
- 2) wykonywanie przez kontrolowany podmiot zasadniczej części jego działalności na rzecz podmiotu kontrolującego (wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 listopada 1999 r. w sprawie C-107/98 (Teckal) oraz wyrok Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości z dnia 19 kwietnia 2007 r. C-295/05 (Tragsa).

Ponadto, w sytuacji opisanej powyżej, podmiot któremu zamawiający udziela zamówienia „in house”, powinien być w stanie wykonać je samodzielnie (własnymi siłami), zatem bez udziału podwykonawców. W przeciwnym bowiem razie doszłoby do udzielenia zamówienia wykonawcy (w tym również podwykonawcy), który nie został wybrany zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych, co stanowiłoby naruszenie art. 7 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Jednocześnie w myśl art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 2011 r., Nr 45 poz. 236) jednostki samorządu terytorialnego mogą powierzać, w drodze umowy, wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej, z uwzględnieniem przepisów ustawy o finansach publicznych, w trybie przepisów ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, przepisów ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, przepisów ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, przepisów ustawy o publicznym transporcie zbiorowym albo na zasadach ogólnych.

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05) wskazał, iż ustawa Prawo zamówień publicznych „[...] nie ma zastosowania, jeżeli wykonywanie przez jeden podmiot na rzecz drugiego usług, dostaw lub robót budowlanych, czyli świadczeń, które mogą być przedmiotem zamówienia publicznego, stanowi realizację zobowiązania wynikającego z innego tytułu prawnego niż umowa”. Ponadto, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę określający przedmiot jej działania”. Jednocześnie, Naczelny Sąd Administracyjny stwierdził, iż „w stosunkach zachodzących pomiędzy gminą i utworzoną przez nią jednostką organizacyjną jest również miejsce na zawarcie umowy o realizację zamówienia publicznego na rzecz gminy. Jednakże pod warunkiem, że mamy do czynienia ze zleceniem zamówienia niemieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powalała tę jednostkę”. Jeżeli zatem powierzenie zadań użyteczności publicznej jednostce organizacyjnej gminy następuje drogą aktu kreującego tę jednostkę do przypadku takiego nie znajdują zastosowania przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym, powierzenie

zadań spółce prawa handlowego powinno nastąpić nie w drodze zawarcia umowy cywilnoprawnej pomiędzy gminą a spółką, lecz na podstawie aktu ustanawiającego spółkę.

Realizowanie przez spółkę utworzoną przez jednostkę samorządu terytorialnego, o której mowa w art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej, zadań z zakresu gospodarki komunalnej (ustalonych uchwałą organu stanowiącego jednostki samorządu terytorialnego - art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej oraz aktem tworzącym spółkę), należy odróżnić od powierzenia takich zadań na podstawie umowy cywilnoprawnej. W pierwszym przypadku mamy bowiem do czynienia z realizowaniem przez spółkę zadań z zakresu gospodarki komunalnej w imieniu własnym i na własny rachunek przy pomocy wniesionego lub powierzonego jej majątku. Jeżeli natomiast zakres powierzonych przez gminę spółce zadań wykracza poza zakres wykonywanych przez tę spółkę zadań komunalnych (dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy spółka nie jest w stanie zrealizować zamówienia własnymi siłami), a ich powierzenie następuje na podstawie odpłatnej umowy cywilnoprawnej dochodzi do udzielenia zamówienia publicznego. W tych okolicznościach zastosowanie znajdują przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych i wykluczona jest możliwość powierzenia tych zadań w trybie „in house”.

Z ustaleń dokonanych w toku prowadzonego przez Urząd Zamówień Publicznych postępowania wyjaśniającego wynika, iż Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nie miał fizycznie możliwości wykonania prac objętych umową w dniu jej zawarcia, bowiem większość pracowników zatrudniona była w administracji, a sama spółka dysponowała tylko jedną koparką. Powyższe potwierdza pismo Prezesa Zakładu Usług Komunalnych Spółka z o.o. (k.116-117) z którego wynika, iż pracowników mogących wykonywać budowę kanalizacji było tylko 6 osób (i to głównie kierowców). W ocenie Rzecznika, pracownicy wykonujący zawód konserwatora sieci wod-kan. nie mają uprawnień do budowy kanalizacji sanitarnej. Również posiadane maszyny i urządzenia budowlane (1 koparko - ładowarka) nie dawały zapewnienia wykonania budowy kanalizacji sanitarnej. A zatem zdaniem Rzecznika, co potwierdza również w ww. piśmie Prezes Zakładu Usług Komunalnych Spółka z o.o. przy takim zasobie ludzkim i potencjale technicznym Zakład zdolny był do niewielkich robót budowlanych związanych z budową kanalizacji sanitarnej, jak np. przyłącza do budynków.

Odwołujący zwrócił szczególną uwagę na wyjaśnienia Pana (...), który stwierdził, iż „(...powierając budowę kanalizacji umową z 6 maja 2014 roku chciał dać zarobić własnej spółce, która następnie przejęłaby odcinki wybudowanej przez siebie kanalizacji...). Takie działanie nie mogło być celem udzielonego przez Gminę zamówienia publicznego własnej spółce. Komisja Orzekająca, w świetle zgromadzonego materiału dowodowego, nie mogła mieć wątpliwości co do winy zamawiającego (Pana (...)) zlecającego wykonanie zamówienia publicznego własnej spółce.

W sprawozdaniu z audytu wewnętrznego przeprowadzonego w Urzędzie Miasta i Gminy sporządzonego w dniu 16 lutego 2015 r., jak również w wyjaśnieniach Pana (...)wskazano, iż „ w chwili powierzenia wykonania zadania Spółce (Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o.), *Burmistrz Miasta i Gminy miał wiedzę na temat potencjału technicznego i osobowego Spółki, w której 100% udziałów posiadała gmina, mianowicie że nie jest ona w stanie samodzielnie wykonać zamówienia lecz będzie je realizowała przy udziale podwykonawców*”.

Ostatecznie Odwołujący się stwierdził, iż w przedmiotowej sprawie, okoliczność, iż Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. nie był w stanie wykonać przedmiotowego zamówienia własnymi siłami potwierdzają ww. ustalenia, jak również fakt



zawarcia przez Zakład Usług Komunalnych Sp. z o.o. umów podwykonawstwa. W przedmiotowej sprawie mamy do czynienia z udzieleniem zamówienia publicznego z zaniechaniem stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, a nie z udzieleniem tzw. zamówienia „in house”, jest okoliczność zawarcia w dniu 6 maja 2014 r. przez Gminę z Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o.o. odpłatnej umowy cywilnoprawnej w sprawie realizacji niniejszego zamówienia.

Mając powyższe na uwadze, należy stwierdzić, iż zamawiający (Gmina) naruszył art. 7 ust. 1 i 3, art. 10 ust. 1, art. 40 ust. 1 oraz art. 48 ust. 1 oraz art. 4 pkt ustawy Prawo zamówień publicznych, poprzez udzielenie zamówienia Zakładowi Usług Komunalnych w Sp. z o.o. (umowa nr 100/2014 z dnia 6 maja 2014 r.) bez stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, pomimo iż podmiot ten nie był instytucją gospodarki budżetowej, jak również nie był w stanie wykonać go własnymi siłami i w konsekwencji zlecił jego realizację podwykonawcom. Tak więc, zdaniem Rzecznika, w przedmiotowej sprawie nie zachodziły żadne przesłanki wyłączające winę Obwinionego, co pozwala uznać winę i przypisać Panu odpowiedzialność.

Główna Komisja Orzekająca na rozprawie w dniu 15 grudnia 2016r. ustaliła i oceniła następujący stan faktyczny.

W dniu 6 maja 2014 r. zawarta została pomiędzy Miastem a Zakładem Usług Komunalnych Sp. z o.o. umowa przedmiotem której zlecono roboty budowlane o wartości 1.930.202,89 złotych. Przedmiot zamówienia obejmował budowę kanalizacji sanitarnej z przykanalikami dla miejscowości (...). Etap II. Umowa niniejsza zawierała zastrzeżenie w § 4, iż wykonawca zobowiązuje się wykonać samodzielnie cały zakres robót będący przedmiotem zamówienia a ponadto ustalono, iż wynagrodzenie określone w § 6 umowy będzie obejmowało koszt całości robót będących przedmiotem umowy i wydatków niezbędnych do realizacji przedmiotu umowy wraz z obsługą geodezyjną, atestami, ekspertyzami, opiniami technicznymi, uzupełniającymi opracowaniami projektowymi, opłatami i odbiorami specjalistycznymi /bhp. itp./ oraz innymi dokumentami niezbędnymi do oddania i eksploatacji inwestycji.

Już po zawarciu umowy z Gminą, wykonawca ZUK Sp.o.o. zawarł cztery umowy z podwykonawcami:

- 1) w dniu 14 lipca 2014 r. umowę z konsorcjum Centrum Obsługi Sp. z o.o. na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS II na odcinku pomiędzy studniami 5769-5800 wraz z przyłączami w miejscowości;
- 2) w dniu 4 sierpnia 2014 r. umowę na kompleksową obsługę geodezyjną budowy: Sieci Ks ob. gm. w tym: wytyczenie sieci ks oraz przyłączy do budynków, założenie reperów roboczych wraz z inwentaryzacją powykonawczą w/w obiektów od studni;
- 3) w dniu 1 października 2014 r. umowę z wykonawcą Usługi Instalacyjno-Budowlane na wykonanie przykanalików z rur o średnicy 160 mm w miejscowości;
- 4) w dniu 22 października 2014 r. umowę z wykonawcą Usługi Budowlane i Instalacyjne na wykonanie kanału grawitacyjnego kolektora KS 11 na odcinku pomiędzy studniami w miejscowości (...).

Obwiniony działając jako zamawiający przyjął za podstawę zawarcia umowy nr 100/2014 przepis art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych albowiem uznał, że przepis ten stanowi podstawę do zlecenia zamówienia publicznego „in house”. Obwiniony w postępowaniu przed Komisją I instancji wywodził, iż prawo zawarcia umowy o zamówienie

publiczne było potwierdzone opiniami prawnymi Radcy prawnego obsługującego Gminę przez dwie kadencje. Opinia prawna sprowadzała się do potwierdzenia, że w pełni możliwe było w przypadku przedmiotowej inwestycji zastosowanie trybu zamówienia „*in house*” a bezpośrednia podstawa zlecenia zadania był przepis art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej uprawniający do zawarcia umowy cywilnoprawnej.

Kwestia zdolności wykonania zamówienia przez wykonawcę ZUK Sp. z o.o. powinna być oceniana przez pryzmat zakresu zadań spółki ustalonych w akcie o jej utworzeniu. Spółka ze 100% udziałem Gminy powołana została w celu prowadzenia gospodarki wodno-ściekowej, zadania z zakresu gospodarki komunalnej m.in. utrzymanie czystości, budowę chodników, parkingów, placów zabaw. W ocenie Obwinionego spółka miała możliwości wykonania umowy nr 100/2014, natomiast fakt zlecenia wykonania części zadania podwykonawcom nie był konsultowany ani zatwierdzany przez Obwinionego, który stanął na stanowisku iż takiego obowiązku spółka nie miała. Wykonawca zadania odpowiedzialny był wobec Gminy za realizację zadania.

**Główna Komisja Orzekająca na podstawie zebranego materiału dowodowego i ustalonego stanu faktycznego przyjęła, co następuje.**

Nie ulega wątpliwości, że udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy ZUK Sp. z o.o. przez Gminę nie mogło być zrealizowane na podstawie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zarówno w postępowaniu w I instancji jak też na rozprawie przed GKO Obwiniony stał na stanowisku, iż ten przepis stanowi podstawę do udzielania zamówień o cechach zamówień „*in house*”. Stanowisko to jest błędne i nie może być zaakceptowane.

Udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcję organu założycielskiego tej instytucji (art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych) jest zgodne z prawem po spełnieniu ustawowych przesłanek stosowania niniejszej regulacji. Przepisy prawa wymagają, aby zasadnicza część działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczyła wykonywania zadań publicznych na rzecz tego organu władzy publicznej; organ władzy publicznej sprawuje nad instytucją gospodarki budżetowej kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami nieposiadającymi osobowości prawnej, w szczególności polegającą na wpływie na decyzje strategiczne i indywidualne dotyczące zarządzania sprawami instytucji; przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych. Zgodnie z przepisem art. 23 ustawy o finansach publicznych instytucja gospodarki budżetowej jest formą organizacyjno-prawną jednostek sektora finansów publicznych. Instytucje gospodarki budżetowej (art. 23 ust. 2) mogą być tworzone jedynie przez organy administracji rządowej. Przepisy prawa nie przewidują tworzenia samorządowych instytucji gospodarki budżetowej albowiem ta forma jednostek powstała w miejsce państwowych zakładów budżetowych. Krąg podmiotów uprawnionych do tworzenia instytucji gospodarki budżetowej jest szeroki (art. 23 ust. 2). Obejmuje przy tym podmioty o zróżnicowanym statusie ustrojowym. Wśród tych podmiotów bowiem znajdują się nie tylko ministrowie lub Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, lecz także, tzw. podmioty uprzywilejowane w procesie tworzenia części ustawy budżetowej (art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych). Ustawa nazywa te podmioty organami wykonującymi funkcje organu założycielskiego. Jeżeli utworzenie instytucji gospodarki budżetowej ma nastąpić przez ministra lub Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, to potrzebna jest na to zgoda Rady Ministrów (art. 23 ust. 2 pkt 1 ustawy o finansach publicznych). Utworzenie instytucji

gospodarki budżetowej przez inne uprawnione podmioty wymaga zaś poinformowania o tym fakcie Prezesa Rady Ministrów. Tryb tworzenia instytucji gospodarki budżetowej potwierdza, iż podmioty te działają w celu wykonywania zadań państwowych a nie samorządowych. Ustawa nie określa formy prawnej tworzenia instytucji gospodarki budżetowej. Dopuszczalne są więc w tym zakresie takie formy, jak: zarządzenie właściwego ministra, Szefa Kancelarii Prezesa Rady Ministrów lub kierownika urzędu podmiotów wymienionych w art. 139 ust. 2 ustawy o finansach publicznych, bądź też forma decyzji o utworzeniu instytucji gospodarki budżetowej. Na organie założycielskim instytucji gospodarki budżetowej spoczywa obowiązek złożenia wniosku o wpisanie instytucji do Krajowego Rejestru Sądowego (art. 23 ust. 5 ustawy o finansach publicznych). Wniosek ten powinien zawierać dane określone w art. 38-44 ustawy z 20 sierpnia 1997 r. o Krajowym Rejestrze Sądowym (tekst jedn. Dz.U. z 2007 r. Nr 168, poz. 1186 ze zm.). Instytucje gospodarki budżetowej wpisuje się w rejestrze przedsiębiorców, chociaż nie są one przedsiębiorcami.

Na podstawie przytoczonych przepisów GKO przyjęła, że zastosowanie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, jako uprawniającego do zlecenia wykonania zamówienia publicznego spółce komunalnej jest nieuprawnione a ZUK Sp. z o.o w nie działa jako instytucja gospodarki budżetowej a w związku z tym nie może korzystać z przywileju pozyskiwania zamówień publicznych na tej podstawie prawnej.

Jednocześnie GKO oceniła możliwość udzielenia spółce komunalnej zamówienia publicznego bez stosowania podstawowych trybów postępowania, tj. przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego i całkowitego wyłączenia procedur przewidzianych ustawą Prawo zamówień publicznych.

Zagadnienie prawne zlecenia przez gminy zadań komunalnych spółkom prawa handlowego tworzonym przez te gminy wiąże się z problematyką udzielania przez podmioty zamawiające, tzw. „zamówień in house”. W odniesieniu do tej kategorii zamówień mamy do czynienia z utrwalonym już orzecznictwem TSUE, zgodnie z którym nie ma obowiązku ogłaszania przetargu, nawet w przypadku, gdy zleceniobiorca jest podmiotem prawnie odrębnym od instytucji zamawiającej, gdy spełnione zostaną dwa warunki. Po pierwsze, organ administracji publicznej będący instytucją zamawiającą musi sprawować nad tym odrębnym podmiotem kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami, a po drugie, podmiot ten musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek /vide: [www.uzp.gov.pl./](http://www.uzp.gov.pl/).

Zgodnie z art. 9 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 2 i 3 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, jednostki samorządu terytorialnego mogą wykonywać zadania własne w jednej z następujących form tj. w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy), w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej), jak też spółki komandytowej lub komandytowo-akcyjnej, o których mowa w art. 14 ust. 1 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, poprzez powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy (art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych ustawa o gospodarce komunalnej, jak też ustawa Prawo zamówień publicznych, nie zastrzegają żadnych wymogów formalnych, co do formy takiego powierzenia. Z tych względów przy ocenie powierzenia zadań własnych jednostki samorządu terytorialnego komunalnej spółce prawa handlowego podstawowe znaczenie winny mieć przepisy regulujące formy prowadzenia gospodarki komunalnej.

Reasumując, powierzenie przez jednostkę samorządu terytorialnego zadań własnych komunalnej spółce prawa handlowego powołanej w celu wykonywania tych zadań nie stanowi zatem udzielenia zamówienia publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych i nie wymaga stosowania procedur udzielania zamówień publicznych.

GKO przyjęła więc, iż działanie Obwinionego polegające na zleceniu wykonania zadania publicznego spółce komunalnej było zgodne z prawem chociaż przedstawiona przez Obwinionego podstawa prawna tj. art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych nie mogła być w niniejszej sprawie zastosowana.

Na tych podstawach GKO postanowiła utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie uniewinniające Obwinionego od zarzutu popełnienia czynu z art. 17 ust.1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. W ocenie GKO, przyjęta przez Obwinionego błędna podstawa prawna uprawniająca do nie stosowania procedur zamówienia publicznego nie zmienia faktu, iż umowa z ZUK Sp. z o.o. mogła być zawarta z pominięciem procedur konkurencyjnych albowiem zamówienie to ma cechy zamówienia „*in house*”, którego istota wskazuje na prawo bezpośredniego powierzenia wykonania zadania własnej spółce komunalnej.

GKO oceniła także argumentację podniesioną w odwołaniu o braku potencjału kadrowego i sprzętowego uniemożliwiającego wykonanie zamówienia siłami własnymi, co wynika z faktu zawarcia przez ZUK Sp. z o.o czterech umów z podwykonawcami.

Czyn zarzucany Obwinionemu miał miejsce w dniu zawarcia spornej umowy nr 100/2004, tj. 6 maja 2014r. Zarówno w dacie zarzucanego czynu, a także w dacie orzekania zarzut postawiony przez Rzecznika I instancji brzmiał tożsamo i stanowił, iż naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych.

Organy orzekające w niniejszej sprawie są związane postawionym zarzutem i kwalifikacją prawną czynu dyscyplinarnego. Zakres orzekania i dowodzenia powinien ograniczyć się do faktów potwierdzających działanie lub zaniechanie w ramach wniosku o ukaranie w ścisłej korelacji z ustawowym opisem czynu stanowiącym naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Na tej podstawie GKO poddała analizie czy dowodzenie istnienia potencjału wykonawczego ZUK Sp. z o.o. stanowi istotny i decydujący fakt, którego potwierdzenie determinuje postawienie zarzutu kwalifikowanego w art. 17 ust.1b pkt 1 ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Zarzut postawiony przez Rzecznika I instancji związany jest z faktem zawarcia umowy przez Gminę ze spółką komunalną z pominięciem procedur zamówienia publicznego. GKO potwierdza stanowisko Komisji I instancji, iż powołany przez Obwinionego art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowiący, według Obwinionego, podstawę prawną stosowania zwolnienia z procedur zamówień publicznych, nie może stanowić podstawy to zwolnienia podmiotowego albowiem regulacja ta adresowana jest wyłącznie do określonych form organizacyjno-prawnych jednostek sektora finansów publicznych i nie można uprawnienia tego zwolnienia interpretować rozszerzająco i przenosić na podmioty nie wymienione w tym przepisie prawa. Jednakże błędnie podana podstawa prawna zwolnienia ze stosowania trybu udzielenia zamówienia publicznego nie zmienia faktu iż pomiędzy Gminą a spółką komunalną, zgodnie z przepisami obowiązującymi w dacie zawarcia umowy, jak też obowiązujących w dacie orzekania w niniejszej sprawie możliwe było skuteczne powierzenie wykonania zadania komunalnego z pominięciem procedur zamówień publicznych

/zamówienia „in house”/. Jak podnosi Odwołujący się w treści odwołania wykonawca zadania zrealizował siłami własnymi blisko 80% zakresu rzeczowego a 21,7% wartości netto wynagrodzenia ryczałtowego, co zaprzecza teorii o braku pracowników i sprzętu niezbędnego do realizacji całego zadania.

W ustawie Prawo zamówień publicznych na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw /Dz. U.z 2016 r. poz. 1020/ wprowadzono zmiany w zakresie zamówień „in house” i od dnia wejścia w życie nowych regulacji tj. 1 stycznia 2017 r. zamówienia te realizowane będą w trybie zamówienia z wolnej ręki /vide art. 67 ust.1 pkt 12-15 Prawa zamówień publicznych/. Zmienione przepisy prawa spowodują ostateczne rozstrzygnięcie zagadnienia poprawności zawierania umów cywilnoprawnych ze spółkami komunalnymi albowiem zgodnie z art. 2 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych, zamówieniem publicznym jest umowa odpłatna zawierana pomiędzy zamawiającym a wykonawcą i w związku z tym umowy zawierane w trybie zamówienia z wolnej ręki /w tym zamówienia „in house”/ będą podlegały przepisom działu IV ustawy Prawo zamówień publicznych.

Na tych podstawach prawnych i faktycznych Główna Komisja Orzekająca postanowiła utrzymać w mocy zaskarżone orzeczenie.