

**UCHWAŁA NR LXXVIII/559/23
RADY MIEJSKIEJ W GRYFINIE**

z dnia 21 grudnia 2023 r.

w sprawie wyboru sposobu prowadzenia i formy gospodarki komunalnej i powierzenia realizacji zadań własnych Gminy Gryfino Gryfińskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Sp. z o.o.

Na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 7 i art. 18 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40, poz. 572, poz. 1463, poz. 1688) oraz art. 2, art. 3 i art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2021 r. poz. 679) uchwała się, co następuje:

§ 1. Postanawia się, iż gospodarka komunalna w zakresie gminnego budownictwa mieszkaniowego, a w szczególności zarządzania gminnym zasobem mieszkaniowym, prowadzona będzie na terenie Gminy Gryfino w formie spółki prawa handlowego ze 100% udziałem Gminy Gryfino w kapitale zakładowym.

§ 2. 1. Realizację zadania własnego Gminy Gryfino, o którym mowa w §1, powierza się jednoosobowej spółce Gminy Gryfino - Gryfińskiemu Towarzystwu Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. z siedzibą przy ul. Grunwaldzkiej 1, 74-100 Gryfino.

2. Zadanie, o którym mowa w §1, ma charakter usługi użyteczności publicznej, świadczonej w ogólnym interesie gospodarczym i będzie realizowane w celu zaspokajania zbiorowych potrzeb mieszkańców Gminy, w szczególności z uwzględnieniem postanowień Decyzji Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Dz. U. UE L 7 z 11.01.2012 r., str. 3).

3. Zadanie, o którym mowa w §1, będzie realizowane w granicach Gminy Gryfino, a jego powierzenie następuje na okres do 31 grudnia 2025 r.

§ 3. 1. W związku z realizacją powierzonego zadania, Spółka uprawniona jest otrzymać rekompensatę kosztów.

2. Rekompensata, o której mowa w ust. 1, będzie przekazywana Spółce w należnej wysokości i wszelkich formach dopuszczalnych prawem Rzeczypospolitej Polskiej, gwarantującej płynność Spółki w całym okresie powierzenia.

3. Rekompensata będzie stanowiła kwotę nieprzekraczającą kwoty niezbędnej do pokrycia kosztów netto powierzonego zadania, niepokrytych przychodami z jego realizacji, z uwzględnieniem rozsądnego zysku, przy czym będzie stanowiła jednocześnie przysporzenie w wysokości nieprzekraczającej w skali roku limitu określonego w art. 2 ust. 1 lit. a Decyzji Komisji Europejskiej w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym.

4. Szczegółowy zakres powierzenia oraz zasady przekazywania Spółce rekompensaty zostaną określone w umowie wykonawczej. Umowa ta określi w szczególności:

- 1) szczegółowe zasady obliczania, kontrolowania, monitorowania i rozliczania rekompensaty;
- 2) zakres obowiązków Spółki związanych z prowadzeniem rozdzielonej rachunkowości oraz obowiązków sprawozdawczo-informacyjnych Spółki;
- 3) zakres monitorowania i kontrolowania przez Gminę realizacji przez Spółkę powierzonego zadania;
- 4) odpowiedzialność Spółki za niewykonywanie lub nienależyte wykonywanie powierzonego zadania.

§ 4. Wykonanie uchwały powierza się Burmistrzowi Miasta i Gminy Gryfino.

§ 5. Uchwała wchodzi w życie po upływie 14 dni od ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Województwa Zachodniopomorskiego.

PRZEWODNICZĄCY RADY

Rafał Guga

Uzasadnienie do uchwały Nr LXXVIII/559/23
Rady Miejskiej w Gryfinie
z dnia 21 grudnia 2023 r.

Stosownie do art. 9 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2023 r. poz. 40 z późn. zm.), w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Zgodnie z ust. 3 wskazanej ustawy, formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa odrębna ustawa, tj. ustawa o gospodarce komunalnej.

Zadaniami o charakterze użyteczności publicznej w rozumieniu ustawy o samorządzie gminnym są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 7 wspomnianej ustawy jednym z zadań o charakterze użyteczności publicznej są sprawy z zakresu gminnego budownictwa mieszkaniowego. Zadania z tego zakresu zostały uszczegółowione w art. 4 ust. 1 ustawy z dnia 21 czerwca 2001 r. o ochronie praw lokatorów, mieszkaniowym zasobie gminy i o zmianie Kodeksu cywilnego (Dz. U. z 2023 r. poz. 725), zgodnie z którym do zadań własnych gmin należy tworzenie warunków do zaspokajania potrzeb mieszkaniowych wspólnoty samorządowej; jednym z elementów wspomnianego zakresu jest zapewnienie właściwego zarządzania mieszkaniowym zasobem gminy.

Gmina, jako jednostka samorządu terytorialnego zobligowana do realizacji zadań z zakresu gospodarki komunalnej, zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 2021 r. poz. 679) może wykonywać poszczególne zadania w szczególności w formach samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. Z kolei, jak stanowi art. 3 wspomnianej ustawy, jednostki samorządu terytorialnego w drodze umowy mogą powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nieposiadającym osobowości prawnej z uwzględnieniem przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz. U. z 2020 r. poz. 1398 z późn. zm.) oraz przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 305) na zasadach ogólnych albo w trybie przepisów:

- 1) ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z 2020 r. poz. 711 i 2275);
- 2) ustawy z dnia 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r., z późn. zm.);
- 3) ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2020 r. poz. 1057);
- 4) ustawy z dnia 16 grudnia 2010 r. o publicznym transporcie zbiorowym (Dz. U. z 2020 r. poz. 1944 i 2400);
- 5) ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2019 r. poz. 1528, 1655 i 2020 oraz z 2020 r. poz. 2275).

Jednocześnie, w myśl art. 9 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. Spółka taka może zatem zostać utworzona wyłącznie w celu wykonywania przez daną jednostkę samorządu terytorialnego należących do jej kompetencji zadań publicznych własnych, bądź zleconych. Przedmiotem działania takiej spółki jest więc wykonywanie zadań publicznych, należących do zakresu działania jednostki samorządu terytorialnego, która taką spółkę utworzyła. Zestawienie powyższych przepisów prowadzi do konkluzji, że podstawą powierzenia wykonywania zadań publicznych jest sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania. Przepisy art. 2 i art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej dotyczą niewątpliwie dwóch różnych sytuacji, zasygnalizowanych w art. 9 ust. 1 ustawy

o samorządzie gminnym. Tylko wtedy, gdy mamy do czynienia z podmiotem od gminy niezależnym organizacyjnie i gospodarczo jego zaangażowanie w wykonywanie gminnych zadań użyteczności publicznej odbywa się na zasadach ogólnych, a więc z wykorzystaniem umowy.

Z powierzeniem wykonywania zadań publicznych na rzecz spółek komunalnych jednostek samorządu terytorialnego łączy się pojęcie tzw. „zamówień in house”. Pojęcie to wykształciło się na gruncie orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (TSUE), pierwotnie utworzonego jako Europejski Trybunał Sprawiedliwości (ETS) i obejmuje swoim zakresem zamówienia udzielane przez instytucje zamawiające podległym sobie podmiotom. Na przelomie lat w orzecznictwie TSUE utrwalił się pogląd, zgodnie z którym, jeżeli zostaną spełnione dwa podstawowe warunki, obowiązek ogłaszania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w takiej sytuacji zostanie wyłączony. Po pierwsze - zadania muszą być powierzane tzw. „podmiotom wewnętrznym”. Po drugie - podmiot taki musi wykonywać swoją działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek.

Instytucja podmiotu wewnętrznego znana jest prawu wspólnotowemu jako wynik wykładni prawa wspólnotowego, dokonanej przez TSUE (ETS). Została ona zdefiniowana w rozporządzeniu WE nr 1370/2007 Parlamentu Europejskiego i Rady z 23 października 2007 r. dotyczącego usług publicznych w zakresie kolejowego i drogowego transportu pasażerskiego oraz uchylającego rozporządzenia Rady (EWG) nr 1191/69 i (EWG) nr 1107/70. Jak wynika z art. 2 lit. j rozporządzenia, za „podmiot wewnętrzny” uważa się prawnie odrębną jednostkę podlegającą kontroli właściwego organu lokalnego, analogicznej do kontroli nad własnymi służbami. Najważniejszym spośród orzeczeń TSUE (ETS), formułujących instytucję podmiotu wewnętrznego, pozostaje do dziś wyrok w sprawie C-107/98, Teckal, w którym TSUE (ETS) stwierdził, że organ administracji będący zamawiającym nie jest zobowiązany do stosowania prawa zamówień publicznych, jeżeli powierza wykonywanie usług w ogólnym interesie gospodarczym podmiotowi, nad którym sprawuje kontrolę analogiczną do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami.

W następnych orzeczeniach TSUE (ETS) doprecyzowywał wykładnię powyższych kryteriów. W wyroku w sprawie C-26/03, Stadt Halle i inni wskazał, że posiadanie przez podmiot prywatny nawet mniejszościowego udziału w kapitale spółki zależnej zamawiającego wyklucza możliwość sprawowania przez zamawiającego kontroli analogicznej do tej, jaką sprawuje on nad własnymi służbami. W wyroku w sprawie C-458/03, Parking-Brixen TSUE (ETS) uznał, że poddanie podmiotu zależnego prawom rynku, przykładowo poprzez rozszerzenie przedmiotowe i terytorialne prowadzonej przez niego działalności, otwarcie się na kapitał zewnętrzny, czy przyznanie znacznych uprawnień władczych zarządowi powoduje, że nie można mówić o dalszym wykonywaniu przez zamawiającego kontroli nad podmiotem zależnym.

W związku z powyższym, w sytuacji powierzenia przez gminę zadań spółce prawa handlowego, posiadającej status komunalnej osoby prawnej, w której gmina posiada cały kapitał zakładowy (100%) jest równoznaczne ze spełnieniem pierwszego z wymaganych warunków, tj. posiadania przez podmiot zamawiający (gminę) kontroli analogicznej do kontroli sprawowanej nad swoimi własnymi służbami.

Stanowisko powyższe znajduje również potwierdzenie w orzecznictwie krajowym. Wojewódzki Sąd Administracyjny w Warszawie w wyroku z dnia 10 listopada 2005 r. (sygn. akt III SA/Wa 2445/05, Lex nr 191962) wyjaśnił, że „skoro więc ustawodawca w art. 2 ustawy (...) o gospodarce komunalnej (...) przewidział, że gospodarka komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego, a w przepisie art. 3, iż mogą one powierzać zadania z zakresu gospodarki komunalnej również innym osobom fizycznym i prawnym lub jednostkom nieposiadającym osobowości prawnej w drodze umowy na zasadach ogólnych z uwzględnieniem przepisów między innymi o zamówieniach publicznych - to należy uznać, że są to różne formy działania. W pierwszym przypadku gmina będąc udziałowcem lub akcjonariuszem - decyduje o byciu prawnym i gospodarczym spółki. W drugim przypadku ma jedynie wpływ na kształtowanie warunków i celów umowy cywilno-prawnej. W pierwszym więc przypadku, wprost narzuca wymagania decyzjami własnych organów, podejmowanymi w trybie uchwał gminnych, w drugim musi negocjować warunki umowy”.

Do 31 grudnia 2016 r. powierzenie na rzecz podmiotu wewnętrznego zadań własnych gminy dokonane mogło być na podstawie tzw. umowy wykonawczej o świadczenie usług publicznych w trybie in house, na zasadach i w oparciu o orzecznictwo TSUE (ETS) oraz regulacje prawa Unii Europejskiej, w tym Decyzję Komisji Europejskiej z dnia 20 grudnia 2011 r. w sprawie stosowania art. 106 ust. 2 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do wykonywania usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (Decyzja SGEI) oraz art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., nr 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Z powyższego wynikała konieczność opracowania projektu umowy powierzenia zadań (tzw. umowy wykonawczej) o świadczenie usług publicznych w trybie in house - na zasadach i w oparciu o orzecznictwo TSUE (ETS) oraz regulacje prawa Unii Europejskiej.

Na skutek nowelizacji nieobowiązującej już ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), wdrożonej ustawą o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych z dnia 22 czerwca 2016 r. (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020), dotyczącej wdrożenia regulacji wspomnianej Dyrektywy do prawa polskiego, wprowadzono możliwość bezprzetargowego powierzenia wykonania usług, dostaw lub robót budowlanych na rzecz podmiotu wewnętrznego w trybie zamówienia z wolnej ręki. Wspomniana nowelizacja nie przewidywała wprowadzenia instytucji powierzenia in-house w postaci powierzenia poza rygiem zamówień publicznych, a jedynie wprowadziła wyłączenia dotyczące tych zamówień - jako przesłankę zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki (art. 67 ust. 1 pkt 12-15) - pozostawiając jednakże co do zasady zastosowanie reżimu zamówień publicznych do tego typu powierzeń. Z dniem 1 stycznia 2021 r. ustawa z dnia z 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych zastąpiła "starą" ustawę. W nowej ustawie znalazły się analogiczne rozwiązania, jak dotychczasowe przepisy art. 67 ust. 1 pkt 12-15 - zostały one ujęte w art. 214 ust. 1 pkt 11-14. Należy jednocześnie wskazać, że instytucja zamówienia in-house wprowadzona do ustawy Prawo zamówień publicznych nie wyklucza i nie stoi w sprzeczności z wykonywaniem przez gminę zadań własnych w celu zaspokojenia potrzeb wspólnoty samorządowej w oparciu o powierzenie zadań własnych własnej spółce komunalnej i opracowaną w tym celu umowę powierzenia wykonywania zadań własnych (tzw. umowę wykonawczą), na analogicznych zasadach jak przed 31 grudnia 2016 r.

W obecnym stanie prawnym mamy więc do czynienia z dwoma alternatywnymi, niezależnymi od siebie, formami powierzenia realizacji zadań własnych gminy własnej spółce komunalnej, w której gmina sprawuje pełną, prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami:

1) powierzenie realizacji zadań własnych spółce utworzonej w celu wykonywania zadań publicznych gminy z zakresu gospodarki komunalnej (art. 9 ustawy o samorządzie gminnym oraz art. 1 i art. 2 ustawy o gospodarce komunalnej);

2) powierzenie realizacji zadań własnych w formie umowy zawartej przez gminę ze spółką w trybie zamówienia z wolnej ręki, określonego w art. 214 ust. 1 pkt 11 PZP.

Aby ocenić wzajemną relację między obiema alternatywnymi metodami wyboru sposobu realizacji przez gminę zadań własnych, tj. kiedy gmina musi stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych, a kiedy może skorzystać z trybu powierzenia zadań własnych opisanego w ustawie o gospodarce komunalnej, można posłuszkować się opinią Urzędu Zamówień Publicznych. Urząd ten wyjaśnił, że jeżeli jednostka samorządu terytorialnego podejmie decyzję o powierzeniu tworzonej spółce prawa handlowego wykonywania zadań własnych w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, wówczas materializuje się ona w stosownej uchwale organu jednostki samorządu terytorialnego (argument z art. 4 ust. 1 pkt 1 ustawy o gospodarce komunalnej) oraz w akcie erekcyjnym spółki (akt założycielski spółki z o.o., statut spółki akcyjnej). Tytułem do wykonywania przez spółkę określonych zadań komunalnych jest uchwała organu, np. rady gminy oraz akt o utworzeniu spółki (akt założycielski albo statut). W takim przypadku można stwierdzić, że gmina działa za pośrednictwem swojej spółki. Relacje prawne powstające pomiędzy gminą a spółką nie mają w tym zakresie charakteru umowy wzajemnej z uwagi na brak

ekwiwalentności świadczeń. Powyższe potwierdził Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (sygn. akt II GSK 105/05), zgodnie z którym "wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga".

Omówiona wyżej możliwość wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego zadań publicznych za pośrednictwem utworzonych w tym celu własnych jednostek organizacyjnych, w szczególności zakładów budżetowych lub spółek prawa handlowego, objęta jest ukształtowanym w orzecznictwie TSUE (ETS) wyłączeniem zamówień udzielanych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych. Tytułem przykładu, w wyroku w sprawie Tragsa 4, orzekając na gruncie dyrektyw 92/50/EWG, 93/36/EWG i 93/37/EWG 5, TSUE (ETS) stwierdził, że przedsiębiorstwo publiczne działające jako własna jednostka wykonawcza i służba techniczna organów administracji publicznej nie podlega regułom ustanowionym w tych dyrektywach, jeżeli po pierwsze, organy administracji publicznej sprawują nad tym przedsiębiorstwem kontrolę analogiczną do kontroli, którą sprawują nad własnymi służbami, a po drugie, przedsiębiorstwo to wykonuje zasadniczą część swojej działalności na rzecz tych organów. Istotne zatem jest, aby relacje pomiędzy zamawiającym a jego spółką wykonawczą miały charakter wewnętrzny, tj. aby podmiot, za pośrednictwem którego jednostka samorządu terytorialnego realizuje swoje zadania publiczne, był od niej zależny pod względem gospodarczym i był jej podległy organizacyjnie. W takim przypadku podmiot wewnętrzny nie ma żadnej swobody decydowania ani o tym, czy w ogóle przyjąć zlecenie otrzymane od jednostki samorządu terytorialnego, która go kontroluje, ani nawet o cenach za swoje usługi, zaś wykonywanie zadań publicznych za pośrednictwem własnej spółki prawa handlowego nie wymaga nawet zawarcia umowy.

Podobnie jest w przypadku, gdy jednostka samorządu terytorialnego zawiera z podległym jej organizacyjnie i zależnym od niej pod względem gospodarczym podmiotem porozumienie o charakterze wykonawczym, doprecyzowujące zakres zadań i obowiązków, jakie otrzymuje spółka uchwałą zgromadzenia wspólników. Jak podkreślono w wydanym na gruncie dyrektywy 92/50/EWG wyroku TSUE (ETS) w sprawie Asociación Profesional 6, gdy porozumienie o współpracy jest w rzeczywistości jednostronnym aktem administracyjnym nakładającym obowiązki obciążające jedynie podmiot zależny, odbiegając niekiedy znacząco od zwykłych warunków rynkowych, należy uznać, że w odniesieniu do takiego porozumienia nie znajdują zastosowania procedury udzielania zamówień publicznych.

Realizowanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, jako ustalonych uchwałą jednostki samorządu terytorialnego zadań statutowych spółki, czy powierzonych w drodze umowy wykonawczej należy z kolei odróżnić od powierzenia przez jednostki samorządu terytorialnego zadań, które nie polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, tj. takich, które nie są określone w ustawie o gospodarce komunalnej. Wówczas zastosowanie będzie miała obecna ustawa Prawo zamówień publicznych, w tym - udzielenie zamówienia typu in-house w oparciu o regulacje zawarte w art. 214 ust. 1 pkt 11.

Podsumowując, jeżeli jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne:

- a) w formie własnej jednostki organizacyjnej (samorządowy zakład budżetowy) lub
- b) w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego - tj. spółki akcyjnej lub spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 9 ustawy o gospodarce komunalnej),

działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje do realizacji tych zadań przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. W sytuacji, w której jednostka samorządu terytorialnego wykonuje zadania własne i decyduje się na powierzenie wykonania określonych zadań osobom trzecim na podstawie umowy, udziela zamówienia publicznego (jeśli przepisy innych ustaw nie mają zastosowania) i w tym celu zobowiązana jest stosować przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych. Wskazane tryby nie wykluczają się wzajemnie i mogą być stosowane równorzędnie. Należy jednocześnie wskazać, że instytucje in-house i współpracy uregulowane w ustawie Prawo zamówień publicznych mają szerszy zasięg zastosowania, albowiem dotyczą

podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a tej ustawy, a zatem nie tylko jednostek samorządu terytorialnego i nie są ograniczone przedmiotowo. Powierzenie zadań w drodze ustawy o gospodarce komunalnej dotyczy jedynie tych zadań, które polegają na wykonywaniu przez te jednostki zadań własnych, w celu zaspokojenia zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w szczególności - zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych.

Należy również zauważyć, że o ile w przypadku zamówień in-house udzielanych w trybie zamówienia z wolnej ręki na gruncie Prawa zamówień publicznych występuje próg 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej, który musi dotyczyć wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę nad tą jednostką, o tyle takiego ograniczenia nie ma w trybie powierzenia realizacji zadań na podstawie ustawy o gospodarce komunalnej. Możliwe jest więc powierzenie wykonywania zadań własnych gminy własnej spółce komunalnej, w której gmina ma 100% udziałów, nawet wówczas, gdy spółka ta prowadzi działalność na rzecz innych podmiotów niż gmina w wymiarze większym niż 10% działalności. Warunkiem jest, aby powierzone jej zadania spełniały warunek zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Takimi właśnie zadaniami publicznymi są zadania z zakresu gminnego budownictwa mieszkaniowego, gdyż faktycznymi beneficjentami tych usług są wszyscy korzystający z mieszkaniowego zasobu gminy. Oznacza to, że usługa wykonywana w ramach realizacji wskazanego zadania własnego gminy jest usługą publiczną.

Na gruncie orzecznictwa TSUE (ETS) zwraca się jednak uwagę, aby podmiot wewnętrzny prowadził działalność w zasadniczej części na rzecz kontrolującej ją jednostki lub jednostek. Judykatura nie określa procentowego limitu, który pozwala ocenić, czy podmiot prowadzi zasadniczą działalność na rzecz jednostki kontrolującej, czy też nie. Pewną wskazówką przy interpretacji tego pojęcia może być przepis art. 12 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r., nr 2014/24/UE. Przepis ten wyłącza spod stosowania tej dyrektywy zamówienia udzielane podmiotom (osobom prawnym), nad którymi instytucja zamawiająca sprawuje kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, gdy ponad 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej jest prowadzone w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez instytucję zamawiającą sprawującą kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Przepis ten został wdrożony do polskiego porządku prawnego w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (obecnie - art. 214 ust. 1 pkt 11), przy czym polski ustawodawca zdecydował się zwiększyć powyższy limit do 90%. Nie zmienia to faktu, że ustawodawca europejski uważa próg udziału 80% działalności kontrolowanej osoby prawnej na rzecz podmiotu kontrolującego za przesądzający o tym, że podmiot ten prowadzi zasadniczą część swojej działalności na rzecz kontrolującej osoby.

W świetle powyższego należy stwierdzić, że Gryfińskie Towarzystwo Budownictwa Społecznego Sp. z o.o. mieści się w progu 90% działalności wykonywanej na rzecz Gminy Gryfino, co potwierdza przeprowadzona analiza ekonomiczno-finansowa. Powierzenie Spółce zadania własnego gminy z zakresu gminnego budownictwa mieszkaniowego wymaga podjęcia aktu powierzenia realizacji zadań publicznych w formie przedmiotowej uchwały Rady Miejskiej i zawarcia umowy powierzenia realizacji usług publicznych (tzw. umowy wykonawczej), która określi standardy jakościowe świadczonych usług publicznych oraz sposób pokrycia kosztów i wydatków związanych z realizacją powierzonej usługi publicznej, w tym ewentualnie wypłaty i rozliczenia rekompensaty, wraz z ewentualnym mechanizmem zwrotu nadwyżki pobranej rekompensaty w stosunku do uzyskanych dochodów.

Sporządził:

Mariusz Tarka