

Natalia Chyb

Nieprawidłowości w funkcjonowaniu spółek komunalnych poza sferą użyteczności publicznej – analiza problemu

Spółki handlowe stanowią jedną z dopuszczalnych form wykonywania przez gminy gospodarki komunalnej. Pomimo że są wykorzystywane przez gminy na szeroką skalę, praktyka ich funkcjonowania wykazuje wiele nieprawidłowości. Autorka zwraca uwagę, że występują one zarówno w odniesieniu do zakresu dopuszczalnej działalności gospodarczej spółek z udziałem gmin, zasad ich finansowania, sposobu wyboru członków organów tych spółek, jak i systemu nadzoru właścicielskiego.

Możliwość wykonywania przez gminy gospodarki komunalnej w formie spółek handlowych wynika przede wszystkim z przepisu art. 9 ust. 2 ustawy o gospodarce komunalnej¹, który stanowi, że jednostki samorządu terytorialnego mogą tworzyć spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjne, a także mogą przystępować do takich spółek. W praktyce gminy bardzo często korzystają z tej możliwości. Jak pokazują statystyki, spółki handlowe stanowią najczęściej wybieraną przez gminy formę realizacji gospodarki komunalnej. Z danych Ministerstwa Skarbu Państwa wynika, że w 2013 r. przybyło aż 220 nowych komunalnych spółek z ograniczoną odpowiedzialnością oraz 22 spółki akcyjne. Dla porównania, w tym samym okresie powstało zaledwie 55 nowych jednostek budżetowych czy 28 nowych zakładów budżetowych². Pomimo popularności, jaką cieszą się spółki handlowe, nadal są widoczne braki w doświadczeniu i wiedzy organów gmin w zakresie wykorzystywania tych prywatnoprawnych form wykonywania zadań własnych gmin. Rzadkością nie są również poważne błędy

i nadużycia w zakresie realizowanej za pośrednictwem spółek gospodarki komunalnej, a przede wszystkim zadań spoza sfery użyteczności publicznej. Nieprawidłowości pojawiają się w odniesieniu do zakresu dopuszczalnej działalności gospodarczej spółek z udziałem gmin, zasad ich finansowania, sposobu wyboru członków organów tych spółek czy też systemu nadzoru właścicielskiego. Taki stan rzeczy zdaje się wynikać z tego, że przepisy regulujące tworzenie i funkcjonowanie spółek komunalnych oraz zasady prowadzenia gospodarki komunalnej zostały niewłaściwie skonstruowane, a ponadto regulacja prawna w tym zakresie jest niekompletna.

1. Działalność gospodarcza spółek komunalnych wykraczająca poza sferę użyteczności publicznej.

Zgodnie z przepisem art. 166 Konstytucji RP zadania publiczne służące zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej są wykonywane przez jednostkę samorządu terytorialnego jako zadania własne, a ponadto jeżeli wynika to z uzasadnionych potrzeb państwa, ustawa może zlecić jednostkom samorządu terytorialnego wykonywanie innych zadań publicznych. Ustawodawca dodatkowo rozróżnił zadania własne jednostek samorządu terytorialnego o charakterze użyteczności publicznej oraz

¹ Ustawa z 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (tekst jedn.: Dz. U. 2011 Nr 45, poz. 236 ze zm.), dalej: u.g.k.

² Ministerstwo Skarbu Państwa, *Informacja o przekształceniach i prywatyzacji mienia komunalnego za rok 2013*, Warszawa 2014, <http://prywatyzacja.msp.gov.pl/pr/komunalizacja/prywatyzacja-mienia-ko>.

zadania pozbawione przymiotu użyteczności publicznej. Zadaniem użyteczności publicznej są, zgodnie z przepisem art. 9 ust. 4 ustawy o samorządzie gminnym³, zadania własne gminy określone w art. 7 ust. 1 u.s.g., których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych. Zadaniem wykraczającym poza sferę użyteczności publicznej są natomiast te zadania, które nie mieszczą się w powyższym zakresie. Prowadzenie przez gminę działalności w zakresie zadań użyteczności publicznej jest nie tylko dopuszczalne, ale wręcz wymagane. Można nawet stwierdzić, że zadania użyteczności publicznej definiują cel samorządu terytorialnego, którym jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej⁴.

Inaczej jest w przypadku zadań wykraczających poza sferę użyteczności publicznej, które oczywiście też muszą stanowić odzwierciedlenie realizacji celu gminy, jednak z uwagi na ich komercyjny charakter mogą być podejmowane przez gminę jedynie wyjątkowo, po spełnieniu dodatkowych przesłanek ustawowych⁵. Przepis art. 10 ust. 1 u.g.k. stanowi, że poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące warunki: 1) istnieją niezaspokojone potrzeby wspólnoty samorządowej na rynku lokalnym oraz 2) występujące w gminie bezrobocie w znacznym stopniu wpływa ujemnie

na poziom życia wspólnoty samorządowej, a zastosowanie innych działań i wynikających z obowiązujących przepisów środków prawnych nie doprowadziło do aktywizacji gospodarczej, a w szczególności do znacznego ożywienia rynku lokalnego lub trwałego ograniczenia bezrobocia. Zgodnie z ust. 2 tego przepisu poza sferą użyteczności publicznej gmina może tworzyć spółki prawa handlowego i przystępować do nich również wówczas, gdy zbycie składnika mienia komunalnego mogącego stanowić wkład niepieniężny gminy do spółki albo też rozporządzenie nim w inny sposób spowoduje dla gminy poważną stratę majątkową. Powyższe ograniczenia, zgodnie z art. 10 ust. 3 u.g.k., nie mają jednak zastosowania do posiadania przez gminę akcji lub udziałów spółek zajmujących się czynnościami bankowymi, ubezpieczeniowymi oraz działalnością doradczą, promocyjną, edukacyjną i wydawniczą na rzecz samorządu terytorialnego, a także innych spółek ważnych dla rozwoju gminy, w tym klubów sportowych działających w formie spółki kapitałowej⁶.

Jak widać, mimo że możliwość prowadzenia działalności poza sferą użyteczności publicznej nie jest zasadą, to katalog wyjątków, w których gmina może podejmować działalność komercyjną, jest niezwykle szeroki. Dzieje się tak w szczególności za sprawą brzmienia przepisu art. 10 ust. 3 u.g.k., który dopuszcza uczestnictwo gminy w spółkach „ważnych dla rozwoju gminy”⁷. Użyte przez ustawodawcę pojęcie jest wyjątkowo szerokie i stanowi dla gmin swoistą „furtkę” do prowadzenia komercyjnej działalności gospodarczej bez większego uzasadnienia. Słusznie zauważa Wojciech Gonet, że gminie będzie dużo łatwiej wykazać, iż „utworzenie lub przystąpienie do spółki jest ważne dla jej rozwoju, niż szukać uzasadnienia dla tworzenia

³ Ustawa z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 594 ze zm.), dalej: u.s.g.

⁴ Podobnie M. Kulesza, *Gospodarka komunalna – podstawy i mechanizmy prawne*, „Samorząd Terytorialny” 2012/7–8; autor podkreślił, że „gospodarka komunalna w szerokim rozumieniu tego pojęcia, czyli własne zadania samorządu o charakterze gospodarczym, stanowi podstawową sferę działania i główną misję samorządu terytorialnego”.

⁵ Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z 9.01.2003 r. (I SA/Gd 1968/02), OwSS 2003/4, s. 105, podkreślił, że „czysta działalność komercyjna gmin może w konsekwencji doprowadzić do zmonopolizowania niektórych rodzajów działalności przez gminę i odwracać jej uwagę od rzeczywistych potrzeb społecznych”, tak również w wyroku NSA z 6.12.2000 r. (I SA/Gd 1977/99), OwSS 2001/2, s. 63.

⁶ Szerzej na temat tych wyjątków, w szczególności „klubów sportowych”, m.in.: wyrok NSA z 13.03.2007 r. (II GSK 303/06), ONSAiWSA 2008/3, poz. 52; wyrok WSA w Gliwicach z 19.07.2006 r. (I SA/Gl 927/06), OwSS 2006/4, poz. 114.

⁷ Szerzej na temat przesłanki „ważne dla rozwoju gminy” w wyroku NSA z 7.10.2003 r. (II SA/Lu 1115/03), OwSS 2004/1, poz. 13.

spółki lub przystąpienia do niej w niezaspokojonych potrzebach wspólnoty oraz istniejącym bezrobociu”⁸. W tym świetle dość restrykcyjne przesłanki z przepisu art. 10 ust. 1 u.g.k. tracą na znaczeniu, skoro gmina może zawsze podjąć działalność komercyjną, jeśli tylko uzna, że jest to ważne dla jej rozwoju.

Najwyższa Izba Kontroli kilkakrotnie przeprowadzała kontrole spółek z udziałem samorządu gminnego i jako najpowszechniej występujący problem wskazywała właśnie kwestię prowadzenia przez te spółki niedopuszczalnej działalności gospodarczej. Z *Informacji o wynikach kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska*⁹ przygotowanej przez Najwyższą Izbę Kontroli w 2010 r. wynika, że we wszystkich pięciu kontrolowanych wówczas gminach stwierdzono przypadki prowadzenia przez spółki komunalne działalności gospodarczej nie tylko z naruszeniem ustawowych ograniczeń, ale również bez uzasadnienia ekonomicznego. Gminy prowadziły działalność gospodarczą w zakresie usług hotelarsko-restauracyjnych, niepublicznej szkoły wyższej, sportu zawodowego, budownictwa mieszkaniowego w systemie deweloperskim, przetwórstwa warzyw i owoców, produkcji i sprzedaży mrożonek czy telewizji lokalnej¹⁰. Również z informacji o wynikach kontroli z 2011 r.¹¹ wynika, że w pięciu z sześciu poddanych wtedy kontroli miast spółki komunalne prowadziły niedopuszczalną działalność

gospodarczą o charakterze komercyjnym, co było tolerowane przez samorządy. Chodzi o działalność polegającą m.in. na świadczeniu usług przewozowych, warsztatowo-serwisowych, myjni samochodowych, produkcji wyrobów masy betonowej czy sprzedaży materiałów budowlanych. Taka działalność w żadnym razie nie może być uznana za realizację zadań publicznych gminy. Jest to bez wątpienia działalność czysto komercyjna, której gmina w żadnych okolicznościach nie powinna prowadzić. Ciekawe jest również to, że wiele z kontrolowanych spółek, działających poza sferą użyteczności publicznej, ponosiło straty, co stawia pod znakiem zapytania samą zasadność podejmowania przez gminy działalności komercyjnej¹².

W przypadku spraw spoza zakresu użyteczności publicznej gminy, przed podjęciem określonej działalności, jak również w trakcie jej wykonywania, powinny brać pod uwagę element zysku. W przeciwieństwie do zadań użyteczności publicznej, które powinny być realizowane bez względu na to, czy przynoszą dochód czy nie, działania gminy o charakterze komercyjnym powinny mieć ekonomiczne uzasadnienie. Trafnie zauważył Marcin Ciepiela, że „poza sferą użyteczności publicznej, celem – równoległe z zaspokajaniem potrzeb wspólnoty – jest osiągnięcie zysku”¹³. Podobnie wyraził się Paweł Zaborniak, podkreślając, że „w działalności wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej zysk odgrywa rolę decydującą, stanowi jej istotę”¹⁴. Niezwykle ważne jest jednak to, że osiągnięte w ten sposób zyski, jak podkreśla Marek Szydło, muszą być „przekazywane na realizację określonych zadań publicznych (bądź to związanych z działalnością, w ramach której zyski te zostały osiągnięte, bądź na realizację innych zadań publicznych).

⁸ Tak W. Gonet, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz. Wzory umów i regulaminów*, Warszawa 2010, s. 83. Również C. Martysz, *Prawne formy działalności gmin*, „Kontrola Państwowa” 2010/3, s. 18, gdzie autor zauważa, że sformułowanie to rodzi ryzyko rozszerzającej wykładni, czego zaakceptować nie można.

⁹ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli funkcjonowania wybranych spółek z udziałem samorządu gminnego na terenie Dolnego Śląska*, Wrocław 2010, LWR-410-11/01/2009, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/09/186/LWR/>, dalej: Informacja NIK z 2010 r.

¹⁰ Informacja NIK z 2010 r., s. 8–9.

¹¹ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli sprawowania nadzoru właścicielskiego nad spółkami komunalnymi*, Warszawa 2011, LWA-4101-05/2010, <https://www.nik.gov.pl/kontrola/P/10/173/>, dalej: Informacja NIK z 2011 r.

¹² Por. R. Szczepaniak, *Kwestia odpowiedzialności prawnej jednostki samorządu terytorialnego za działania spółek komunalnych*, „Samorząd Terytorialny” 2014/6, s. 43–54.

¹³ M. Ciepiela, *Pozycja prawna jednostki samorządu terytorialnego działającej jako przedsiębiorca*, „Rejent” 2011/12, s. 55.

¹⁴ P. Zaborniak, *Granice działalności gospodarczej podmiotów komunalnych*, Przemysław 2004, s. 124.

Służąc w ten sposób dobru danej wspólnoty samorządowej”¹⁵.

Sytuacją absolutnie niedopuszczalną, a wręcz absurdalną, jest podejmowanie przez gminy działalności gospodarczej, która nie dość, że stanowi naruszenie przepisów ustaw komunalnych, to jeszcze w efekcie przynosi gminom straty. Angażowanie się przez podmioty publiczne w działalność komercyjną powinno być zawsze wyjątkowe, a regulujące ją przepisy powinny być precyzyjne i nie pozostawiać miejsca na swobodną interpretację. Jak podkreśliła Najwyższa Izba Kontroli, skala nieprawidłowości w zakresie prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej wskazuje na konieczność doprecyzowania przepisów normujących aktywność gospodarczą gmin¹⁶. Takie doprecyzowanie powinno nastąpić przede wszystkim poprzez zawężenie, praktycznie otwartego katalogu wyjątków, w których gmina może podejmować działalność o charakterze komercyjnym. Wprost w treści przepisów ustawy o gospodarce komunalnej powinny się znaleźć ograniczenia wynikające, po pierwsze, z charakteru gminy jako podmiotu prawa publicznego, a po drugie, z celu, do którego została powołana. Każdy przejaw działalności gminy musi być podyktowany interesem publicznym¹⁷, a możliwość prowadzenia określonego rodzaju działalności gospodarczej powinna być zawsze analizowana z perspektywy realizacji zadań własnych gminy polegających na zaspokajaniu

potrzeb lokalnej wspólnoty¹⁸. Działalność gminy poza sferą użyteczności publicznej powinna być dopuszczalna w przypadkach wskazanych w ustawie o gospodarce komunalnej, a ponadto pod warunkiem, że jej podjęcie ma na celu realizację interesu publicznego poprzez zaspokojenie zbiorowych potrzeb danej wspólnoty, które ponadto, zgodnie z zasadą subsydiarności¹⁹, nie są zaspokajane przez samą wspólnotę²⁰. Obecne brzmienie przepisów ustawy o gospodarce komunalnej prowadzi w praktyce do wypaczenia tych zasad i samowoli gmin w zakresie działalności komercyjnej.

2. Sytuacja finansowo-ekonomiczna spółek komunalnych

Z zagadnieniem prowadzenia przez spółki komunalne działalności komercyjnej jest ściśle związana kwestia finansowych relacji między gminą a jej spółką. Spółki komunalne bowiem, z uwagi na swoje powiązania z gminą, mają stosunkowo łatwy dostęp do środków publicznych czy pomocy publicznej, co stawia je na niezwykle uprzywilejowanej pozycji w stosunku do podmiotów prywatnych. Jeśli z takich benefitów korzystają spółki działające w sferze usług użyteczności publicznej, to mają one ku temu odpowiednie uzasadnienie, bowiem realizują w istocie ustawowy cel gminy. Jednak

¹⁵ Tak M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna dopuszczalność działalności gospodarczej samorządów*, „Kontrola Państwa” 2010/3, s. 34.

¹⁶ Informacja NIK z 2010 r., s. 7.

¹⁷ Podobnie M. Szydło, *Konstytucyjnoprawna...*, s. 32, który podkreśla, że „spółki z udziałem jednostek samorządu terytorialnego nie mogą natomiast prowadzić żadnej działalności, która by nie była przejawem wykonywania zadań publicznych macierzystej jednostki samorządowej”. Również Cezary Banasiński i Michał Kulesza zauważyli, że niedopuszczalna jest działalność gospodarcza gminy o charakterze wyłącznie zarobkowym, zawsze bowiem musi ona pozostawać w związku z zadaniami publicznymi gminy – zob. C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 94.

¹⁸ Zob. m.in.: wyrok WSA w Gliwicach z 18.02.2015 r. (IV SA/Gl 503/14), LEX nr 1652486; wyrok NSA z 9.01.2003 r. (I SA/Gd 1968/02), OwSS 2003/4, poz. 105; uchwała TK z 27.09.1994 r. (W 10/93), OTK 1994/2, poz. 46; wyrok WSA w Gorzowie Wielkopolskim z 30.01.2008 r. (II SA/Go 780/07), LEX nr 365361.

¹⁹ Zgodnie z tą zasadą problemy i zadania powinny być rozwiązywane na poziomie możliwie najniższej wspólnoty, a dopiero, gdy ta nie jest ich w stanie wykonać, powinna interweniować wspólnota wyższego rzędu. Szerszą definicję zasady subsydiarności podaje m.in. C. Millon-Delsol, *Zasada subsydiarności – założenia, historia oraz problemy współczesne*, w: D. Milczarek (red.), *Subsydiarność*, Warszawa 1996, s. 43.

²⁰ Podobnie C. Martysz, *Prawne formy...*, s. 17, który podkreśla, że „gminy w zasadzie nie powinny prowadzić działalności komercyjnej, mają natomiast obowiązek stwarzać warunki do jej prowadzenia przez inne podmioty, z zachowaniem warunków konkurencji”.

w przypadku spółek działających poza sferą użyteczności publicznej, prowadzących działalność komercyjną, takie działania bardzo często powodują zachwianie konkurencji na rynku lokalnym. Należy bowiem pamiętać, że gmina występuje w obrocie prawnym z silniejszą pozycją niż podmioty prywatne, ponieważ ma jednocześnie uprawnienia władcze (*imperium*) oraz ekonomiczne o charakterze prywatnym (*dominium*). Angażowanie się przez gminy w działalność czysto komercyjną, nieuzasadnioną ustawowo, stwarza „ryzyko zakłócania zasad konkurencji na lokalnych rynkach”²¹ oraz „ryzyko korupcji wynikające z niemożności rozgraniczenia czy i w jakim stopniu ze środków publicznych finansowana jest działalność czysto komercyjna, nie związana z realizacją zadań publicznych gmin”²².

Jak podkreśla Najwyższa Izba Kontroli, nierówna konkurencja polega przede wszystkim na uzyskiwaniu przez spółki z udziałem gminy pomocy finansowej ze środków publicznych, której nie mogłyby otrzymać inne podmioty gospodarcze, w postaci podwyższenia kapitału zakładowego lub dopłat kapitałowych na wydatki bieżące oraz poprzez obniżanie aktywów gminy na pokrycie strat z działalności, a także ukryte dofinansowanie poprzez zatrzymanie przez spółkę należnych dochodów²³. Poza sferą użyteczności publicznej takie finansowe „wsparcie” spółek komunalnych daje im dużą przewagę nad spółkami o kapitale prywatnym. Z tego powodu niezwykle istotne jest dokonanie w przepisach ustawy o gospodarce komunalnej wyraźnego zawężenia katalogu wyjątków, w których gmina może angażować się w działalność komercyjną. Co do zasady, powinna być wykluczona możliwość funkcjonowania spółek

komunalnych poza sferą użyteczności publicznej w warunkach konkurencji. Jeśli na rynku lokalnym istnieją podmioty prywatne świadczące określonego rodzaju usługi i zaspokajające potrzeby lokalnej wspólnoty, to gmina w ogóle nie powinna być uprawniona do podejmowania takiej komercyjnej działalności. Przykładem tego typu nieprawidłowości jest udział kapitałowy m.st. Warszawy w spółce Miejskie Przedsiębiorstwo Taksówkowe sp. z o.o. Jak podaje Najwyższa Izba Kontroli, 100% przychodów tej spółki pochodzi z działalności poza sferą użyteczności publicznej²⁴. Pomimo że na rynku usług taksówkowych w Warszawie działa wiele podmiotów prywatnych, które w pełni zaspokajają zapotrzebowanie na tego typu usługi, mimo to nadal nie sprywatyzowało spółki Miejskie Przedsiębiorstwo Taksówkowe sp. z o.o. Taka sytuacja jest oczywiście sprzeczna z przepisami ustawy o gospodarce komunalnej.

Jak pokazują kontrole Najwyższej Izby Kontroli, nieprawidłowości finansowe przejawiają się również na innych płaszczyznach relacji między gminą a jej spółką. Przykładowo organy wykonawcze gmin nie egzekwują od spółek składania deklaracji podatkowych podatku od nieruchomości lub nie kontrolują ich prawidłowości w zakresie zgodności ze stanem faktycznym, ponadto nie egzekwują od spółek wpłat należnych podatków od nieruchomości²⁵. W przypadku działalności poza sferą użyteczności publicznej, która jest wyjątkowa i powinna być uzasadniona ekonomicznie i dochodowa, zacieranie wyniku finansowego spółek komunalnych poprzez takie zaniechania czy stosowanie pomocy publicznej wprowadza w błąd co do zasadności uczestniczenia w nich przez gminę i stawia podmioty prywatne na przegranej pozycji, ponieważ nie zawsze mogą one skorzystać z takich samych jak spółka komunalna publicznych źródeł pomocy

²¹ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli Funkcjonowanie spółek komunalnych w województwie łódzkim*, Warszawa 2014, LLO-4101-013-00/2013, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,7771,vp,9739.pdf>, s. 8, dalej: Informacja NIK z 2014 r. Szerzej na temat naruszania przez gminy i ich spółki zasad konkurencji na rynkach lokalnych Z. Jurczyk, *Zakres interwencji organu antymonopolowego w działalność gospodarczą gmin*, „Kontrola Państwowa” 2010/3, s. 38–75.

²² Informacja NIK z 2010 r., s. 12.

²³ Informacja NIK z 2010 r., s. 21.

²⁴ Informacja NIK z 2011 r., s. 18.

²⁵ Najwyższa Izba Kontroli, *Informacja o wynikach kontroli powiązania wybranych jednoosobowych spółek komunalnych z budżetami gmin*, Bydgoszcz 2005, 197/2004/P/04/137/LBY, <https://www.nik.gov.pl/kontrola>, s. 19, dalej: Informacja NIK z 2005 r.

finansowej. Ponadto zdarzają się przypadki, gdy pomoc publiczna dla spółek komunalnych jest udzielana niezgodnie z prawem. Najwyższa Izba Kontroli podaje przykład spółki Strefa Aktywności Gospodarczej sp. z o.o. ze 100% udziałem miasta Legnica, która w latach 2006–2008 uzyskała zwolnienie od podatku od nieruchomości na znaczną kwotę, mimo że nie spełniała wymagań co do skorzystania z ulg ustalonych przez Radę Miejską Legnicy²⁶.

Spółki komunalne korzystają też z dotacji, ulg podatkowych, preferencyjnych pożyczek, umorzenia należności podatkowych czy oddawania mienia na warunkach korzystniejszych od oferowanych na rynku²⁷. Ponadto spółki komunalne korzystają ze wsparcia finansowego ze środków publicznych, przekazywanych im przez gminę jako wspólnika czy akcjonariusza. Pomimo że dokonywanie dopłat czy wpłat na kapitał zakładowy spółki stanowią normalne i legalne sposoby dofinansowania działalności spółki, w przypadku gmin takie wpłaty są dokonywane ze środków publicznych. Gmina nie ma swojego prywatnego mienia, wszystko, co stanowi jej własność, jest w istocie mieniem publicznym²⁸, wymagającym szczególnej ochrony. Dlatego właśnie wykorzystywanie mienia publicznego w celach komercyjnych powinno stanowić absolutny wyjątek.

3. Organy w spółkach komunalnych

W spółkach komunalnych, zgodnie z przepisem art. 10a ust. 1 u.g.k., rada nadzorcza jest organem obligatoryjnym. Co więcej, członkowie rady nadzorczej, reprezentujący w spółce jednostkę samorządu terytorialnego, są powoływani spośród osób, które ukończyły studia wyższe i zdały egzamin przed komisją

egzaminacyjną wyznaczoną przez ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa bądź które mają stopień naukowy doktora nauk prawnych lub nauk ekonomicznych, czy też zostały wpisane na listę radców prawnych, adwokatów, biegłych rewidentów lub doradców inwestycyjnych²⁹. Ustawodawca postanowił zatem, że w spółkach komunalnych nie tylko musi działać rada nadzorcza, ale dodatkowo jej członkowie reprezentujący gminę muszą mieć odpowiednie wykształcenie czy uprawnienia³⁰. Takie wymogi powinny się w praktyce przełożyć na zwiększoną ochronę interesów gminy oraz wniesionego do takiej spółki mienia publicznego, jak również zapewnić przestrzeganie przepisów dotyczących funkcjonowania spółek komunalnych³¹.

Praktyka pokazuje jednak, że gminy nie przywiązują zbyt dużej wagi do kwestii wyboru odpowiednich członków rad nadzorczych w swoich spółkach. Najwyższa Izba Kontroli zauważa, że w wielu przypadkach wybór członków rad nadzorczych ma charakter uznaniowy. Sposób postępowania przy wyborze członków rad nadzorczych w miastach, w których nie obowiązywały wewnętrzne regulacje w tym zakresie, wynikał z wypracowanej praktyki i ograniczał się do wskazania konkretnego kandydata przez prezydenta miasta lub osoby przez niego upoważnione, a następnie podjęcia uchwały przez zgromadzenia wspólników spółek; nie był w ogóle stosowany tryb konkursowy, nie były też prowadzone postępowania kwalifikacyjne³². Co gorsze, gminy nie postrzegają braku postępowań kwalifikacyjnych przy wyborze członków rad nadzorczych do spółek komunalnych jako wady w wyborze najbardziej

²⁶ Informacja NIK z 2011 r., s. 20–21.

²⁷ Informacja NIK z 2005 r., s. 27.

²⁸ W doktrynie prawa samorządowego są jednak proponowane koncepcje podziału mienia gminy na mienie o charakterze prywatnym i publicznym. Zob.: W. Pańko, *Własność komunalna a funkcje samorządu terytorialnego*, „Samorząd Terytorialny” 1991/1–2, s. 20; A. Stelmachowski w: T. Dybowski (red.), *System Prawa Prywatnego*, t. 3: *Prawo rzeczowe*, Warszawa 2007, s. 179–180.

²⁹ Wymóg fachowości członków rady nadzorczej wynika z przepisu art. 10a ust. 4 u.g.k.

³⁰ Zob.: wyrok SN z 17.09.2014 r. (I CSK 625/13), Biul. SN 2014/12, poz. 12; wyrok SN z 19.03.2009 r. (IV CK 311/05), LEX nr 341547.

³¹ Por.: A. Modras, *Status spółki komunalnej w świetle przepisów prawa administracyjnego*, „Samorząd Terytorialny” 2004/7–8, s. 60–74; R. Szczepaniak, *Podmiotowość prawna spółki komunalnej*, „Samorząd Terytorialny” 2013/5, s. 34–44.

³² Informacja NIK z 2010 r., s. 25.

kompetentnych osób³³. Taki uznaniowy tryb wyboru członków rad nadzorczy, jak podkreśla Najwyższa Izba Kontroli, wskazuje na korupcyjne mechanizmy braku wymaganej jawności postępowania i konfliktu interesów (przy ryzyku kumoterstwa i nepotyzmu)³⁴. Zdarzały się również inne nieprawidłowości, jak na przykład w spółce Przedsiębiorstwo Gospodarki Komunalnej w Drzycimiu sp. z o.o.³⁵ przez pewien czas członkiem rady nadzorczej był urzędujący wówczas Wójt Gminy Drzycim³⁶. W jeszcze innym przypadku Burmistrz Malborka, pełniąc funkcję zgromadzenia wspólników, w skład rad nadzorczych dwóch spółek komunalnych miasta powoływał osoby niemające ustalonych przez niego samego wymogów dotyczących wykształcenia, ukończenia kursu na członka rad nadzorczych i zdania w tym zakresie egzaminu państwowego³⁷. Profesjonalna rada nadzorcza mogłaby stanowić skuteczne narzędzie ochrony interesów gminy, mienia komunalnego, jak również dbałości o przestrzeganie przepisów ustaw samorządowych.

Niewłaściwa praktyka gmin niweczy jednak ten potencjał przede wszystkim poprzez uznaniowe powoływanie członków rad nadzorczych, nieprzeprowadzanie postępowań kwalifikacyjnych czy też powoływanie osób niespełniających ustawowych wymogów. Co więcej, jak zauważyła Najwyższa Izba Kontroli, zapewnienie transparentności doboru właściwie przygotowanych członków rad nadzorczych, prowadzonego w otwartych postępowaniach, zwiększyłoby skuteczność zarządzania i efektywność nadzoru na spółkami komunalnymi³⁸. W obecnej sytuacji nie dość że członkowie rad nadzorczych bardzo często są wybierani w sposób zupełnie uznaniowy, to jeszcze zasady ich wynagradzania bywają

nieprawidłowe, co również przekłada się negatywnie na jakość sprawowanej przez rady nadzorcze kontroli nad spółkami komunalnymi. Zdarza się, że członkom rad nadzorczych spółek komunalnych jest wypłacane wynagrodzenie za udział w więcej niż jednej radzie nadzorczej, pomimo iż ustawa o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi³⁹ dopuszcza udział tej samej osoby wyłącznie w jednej radzie nadzorczej spółki z większościowym udziałem gminy. Ponadto wypłata wynagrodzeń członków rad nadzorczych w wielu przypadkach nie jest uzależniana od uczestnictwa w posiedzeniach rady⁴⁰. Takie praktyki nie sprzyjają wspieraniu aktywnej postawy członków rad nadzorczych przejawiającej się w dbałości o interesy gminy i prawidłowe realizowanie gospodarki komunalnej.

W odniesieniu do członków zarządów spółek komunalnych art. 10a ust. 6 u.g.k. stanowi jedynie, że są oni powoływani i odwoływani przez radę nadzorczą. W związku z tym od członków zarządu spółek komunalnych ustawa nie wymaga żadnych szczególnych uprawnień czy też kompetencji, co oczywiście nie oznacza, że nie powinni oni dysponować odpowiednią wiedzą i doświadczeniem⁴¹. Zarządzając mieniem spółki komunalnej, zarządzają przecież również mieniem komunalnym wniesionym do takiej spółki przez gminę, co powinno automatycznie powodować podwyższenie staranności zarządu. Z przepisu art. 50 u.s.g. wynika bowiem, że obowiązkiem osób uczestniczących w zarządzaniu mieniem komunalnym, a zatem również członków zarządu spółek komunalnych, jest zachowanie szczególnej staranności przy wykonywaniu zarządu zgodnie z przeznaczeniem tego mienia i jego ochrona. Praktyka funkcjonowania spółek komunalnych pokazuje jednak, że ich zarządy nie wykazują należytej staranności

³³ Informacja NIK z 2014 r., s. 7.

³⁴ Informacja NIK z 2010 r., s. 30.

³⁵ Informacja NIK z 2005 r., s. 29.

³⁶ Stanowiło to naruszenie przepisów ustawy z 21.08.1997 r. o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne (tekst jedn.: Dz. U. z 2006 r. Nr 216, poz. 1584 ze zm.).

³⁷ Informacja NIK z 2005 r., s. 29.

³⁸ Informacja NIK z 2011 r., s. 9.

³⁹ Ustawa z 3.03.2000 r. o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 254), dalej: u.w.o.

⁴⁰ Informacja NIK z 2011 r., s. 26.

⁴¹ Por. P. Kupis, *Nadzór w komunalnych spółkach handlowych – uwagi na tle ustawy o gospodarce komunalnej oraz kodeksu spółek handlowych*, „Samorząd Terytorialny” 2013/6, s. 37–47.

o wyniki ekonomiczno-finansowe i efektywność funkcjonowania, przez co same spółki mają trudności z dostosowaniem się do zmieniających się warunków rynkowych⁴². Najwyższa Izba Kontroli zwróciła uwagę, że mała efektywność ekonomiczna spółek komunalnych wynika między innymi z braku powiązania wyników finansowych uzyskanych przez spółkę z wysokością wynagrodzenia zarządów spółek, szczególnie w części związanej z nagrodami rocznymi, choć przepisy prawa⁴³ uzależniają jej wypłatę od sytuacji finansowo-ekonomicznej spółki⁴⁴. Przykładowo, spółka Aquapark SA w Polkowicach, w której jedynym akcjonariuszem była gmina Polkowice, w ciągu trzech lat badanych przez Najwyższą Izbę Kontroli ponosiła stratę, a mimo to prezesom zarządu tej spółki wypłacono w tym czasie nagrody roczne⁴⁵. Jak się zatem okazuje, publiczny charakter mienia komunalnego, którym zarządzają spółki komunalne, wcale nie działa mobilizująco na zarządy tych spółek, w szczególności w aspekcie podnoszenia poziomu i staranności w ich zarządzaniu. Biorąc pod uwagę fakt, że spółki komunalne często działają w warunkach monopolu naturalnego, motywacja członków zarządu spółek komunalnych do podnoszenia efektywności ich funkcjonowania oraz poprawy ich wyników finansowych bywa niewystarczająca. Rozwiązaniem tego problemu byłby skuteczny nadzór nad działalnością zarządu sprawowany przez profesjonalną i zaangażowaną radę nadzorczą, będącą elementem sprawnego nadzoru właścicielskiego. Niestety również i w tym przypadku okazuje się, że praktyka zostaje daleko w tyle za teorią.

4. Nadzór właścicielski nad spółkami komunalnymi

Jednym z najczęściej sygnalizowanych przez Najwyższą Izbę Kontroli problemów

w działalności spółek komunalnych jest niewystarczający i nierzetelny nadzór właścicielski i prawny nad ich funkcjonowaniem. Gminy nie opracowują czytelnych zasad sprawowania nadzoru właścicielskiego, w tym sposobu prowadzenia nadzoru merytorycznego i ekonomiczno-finansowego wobec swoich spółek, często ograniczając nadzór do czynności formalnych polegających na powoływaniu i odwoływaniu członków organów spółek oraz zatwierdzania rocznych sprawozdań z działalności⁴⁶. Ten brak zainteresowania gmin działalnością spółek komunalnych naraża na uszczuplenie przede wszystkim mienie komunalne wniesione do takich spółek. O ile w przypadku rad nadzorczych przynajmniej fachowość i profesjonalizm członków rad nadzorczych spółek komunalnych wymusza w zasadzie sama ustawa o gospodarce komunalnej, o tyle w przypadku członków zarządów tych spółek profesjonalizm i dbałość o interesy spółki powinien wymuszać sprawny system nadzoru właścicielskiego ze strony gmin. Jego brak skutkuje natomiast obniżeniem standardów działania zarządów tych spółek, co ma bezpośredni wpływ na ich sytuację finansową. W praktyce może to prowadzić do fatalnych skutków. W przypadku spółki Zakład Drogownictwa i Inżynierii w Łodzi sp. z o.o. złe zarządzanie i niegospodarność, a także spóźnione działania właścicielskie lub ich brak, spowodowały postawienie spółki w stan upadłości⁴⁷.

Bezpośredni nadzór nad działalnością spółek z udziałem gminy sprawują ich rady nadzorcze. Z tego powodu niezwykle istotne jest to, aby w radzie nadzorczej spółki komunalnej zasiadały osoby nie tylko spełniające ustawowe wymogi fachowości, ale również możliwie najbardziej kompetentne. Zgodnie z przepisami art. 382 oraz art. 219 kodeksu spółek handlowych⁴⁸ rada nadzorcza w spółce kapitałowej sprawuje stały nadzór nad działalnością spółek

⁴² Informacja NIK z 2014 r., s. 7.

⁴³ Zgodnie z przepisem art. 10 ust. 1 u.w.o. w zależności od osiągniętych wyników finansowych lub stopnia realizacji innych zadań osobom, o których mowa w art. 2 pkt 1–4 i 10 u.w.o., może być przyznana nagroda roczna.

⁴⁴ Informacja NIK z 2010 r., s. 21.

⁴⁵ Informacja NIK z 2010 r., s. 22.

⁴⁶ Informacja NIK z 2014 r., s. 7.

⁴⁷ Informacja NIK z 2014 r., s. 7.

⁴⁸ Ustawa z 15.09.2000 r. – Kodeks spółek handlowych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1030 ze zm.), dalej: k.s.h.

we wszystkich dziedzinach ich działalności. Ponadto w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością, zgodnie z przepisem art. 212 k.s.h., prawo kontroli służy każdemu wspólnikowi. W tym celu wspólnik lub wspólnik z upoważnioną przez siebie osobą może w każdym czasie przeglądać księgi i dokumenty spółki, sporządzać bilans dla swego użytku lub żądać wyjaśnień od zarządu. Jest to więc narzędzie kontroli, które gminy mogą wykorzystywać bezpośrednio względem swoich spółek. Organem gminy uprawnionym do jej reprezentacji jest wójt⁴⁹, w związku z czym to właśnie on jest nie tylko uprawniony, ale wręcz zobowiązany do realizacji uprawnień gminy jako wspólnika w spółce. W praktyce jednak organ wykonawczy gminy bardzo często nie wykonuje tych uprawnień. Wynika to między innymi z braku odpowiedniej wiedzy organów wykonawczych gmin, które w spółkach komunalnych pełnią funkcję wspólników, a w jednoosobowych spółkach gminy działają jako zgromadzenia wspólników czy walne zgromadzenia. Najwyższa Izba Kontroli zauważyła, że niektóre nieprawidłowości w funkcjonowaniu spółek komunalnych świadczą o niedostatecznej znajomości w gminach regulacji prawnych dotyczących spółek prawa handlowego oraz o niedocenianiu przez organy wykonawcze gmin wytycznych ustalonych uchwałami rad gmin⁵⁰. Nadzór właścicielski nad spółkami komunalnymi jest w praktyce organizowany na dwa sposoby. Organy wykonawcze gmin albo powołują wyodrębnione komórki organizacyjne urzędu zajmujące się nadzorem właścicielskim nad spółkami, albo wykonują ten nadzór w ramach funkcjonowania wielu komórek organizacyjnych przy okazji realizacji

ich podstawowych zadań⁵¹. Pomimo że pierwszy ze sposobów jest jak najbardziej właściwy i pozwala gromadzić wszelkie informacje dotyczące działalności spółki z udziałem gminy w jednym miejscu, w praktyce takie wyodrębnione jednostki organizacyjne urzędów nie zawsze prawidłowo wykonywały powierzony im nadzór. Najwyższa Izba Kontroli zauważyła, że komórki kontroli wewnętrznej urzędów miast nie wykorzystywały informacji i wyników przeprowadzanych w spółkach kontroli dla określenia i zbadania obszarów występowania podobnych nieprawidłowości w innych spółkach. Aby nadzór właścicielski był skuteczny, nie wystarczy samo powołanie przez gminę jednostki w strukturze urzędu, która będzie się zajmowała nadzorem nad spółkami komunalnymi, konieczne jest jeszcze określenie zasad prowadzenia takiego nadzoru, wskazania regulaminów i procedur, zgodnie z którymi takie wyodrębnione jednostki będą prowadziły kontrole i podejmowały działania pokontrolne względem spółek. Większość gmin nie ustanawia jednak żadnych wytycznych i procedur monitorowania działalności spółek komunalnych, a jak podkreśla Najwyższa Izba Kontroli, wprowadzenie formalnych procedur w tym zakresie mogłoby wpłynąć dyscyplinująco na spółki i wspomagałoby podejmowanie uzasadnionych ekonomicznie decyzji przez właściciela⁵². Brak wystarczającej wiedzy organów gminy, złe praktyki oraz niejasne i rozproszone regulacje prawne odnoszące się do funkcjonowania spółek komunalnych stanowią istotną przeszkodę w poprawie jakości realizowania gospodarki komunalnej przez gminy. Powyższe spostrzeżenia prowadzą do wniosku, że gminy po prostu nie są odpowiednio przygotowane do korzystania z prywatnoprawnych form realizacji gospodarki komunalnej.

5. Podsumowanie

Z powyższej analizy wynika, że funkcjonowanie spółek komunalnych jest obarczone

⁴⁹ Wynika to z dwóch przepisów ustawy o samorządzie gminnym, tj. z art. 31 oraz art. 46 ust. 1 u.s.g. Pierwszy z tych przepisów stanowi, że wójt kieruje bieżącymi sprawami gminy oraz reprezentuje ją na zewnątrz, natomiast drugi, iż oświadczenie woli w imieniu gminy w zakresie zarządu mieniem składa jednoosobowo wójt albo działający na podstawie jego upoważnienia zastępca wójta samodzielnie albo wraz z inną upoważnioną przez wójta osobą.

⁵⁰ Informacja NIK z 2005 r., s. 7.

⁵¹ Informacja NIK z 2011 r., s. 26.

⁵² Informacja NIK z 2014 r., s. 23.

wieloma nieprawidłowościami, które wywierają lub mogą wywrzeć istotne skutki w sferze majątku gmin oraz w zakresie warunków konkurencji na rynkach lokalnych. Większość błędów zdaje się jednak wynikać z niezajomości przepisów prawa lub ich błędnej wykładni przez organy gminy. Nie ulega wątpliwości, że regulacja zasad tworzenia, przystępowania, czy funkcjonowania spółek komunalnych jest rozproszona w wielu aktach prawnych, co nie ułatwia gminom prawidłowego wykonywania gospodarki komunalnej w tej formie. Zastosowanie mają bowiem przepisy zarówno kodeksu spółek handlowych, ustawy o samorządzie gminnym, ustawy o gospodarce komunalnej, ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji⁵³, ustawy o finansach publicznych⁵⁴, ustawy o gospodarce nieruchomościami⁵⁵, ustawy o wynagradzaniu osób kierujących niektórymi podmiotami prawnymi, ustawy o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne, jak i wielu innych ustaw, w tym regulujących określone zadania gospodarki komunalnej, na przykład ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach⁵⁶.

⁵³ Ustawa z 30.08.1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 747).

⁵⁴ Ustawa z 27.08.2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 885 ze zm.).

⁵⁵ Ustawa z 21.08.1997 r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn.: Dz. U. z 2015 r. poz. 782).

⁵⁶ Ustawa z 13.09.1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (tekst jedn.: Dz. U. z 2013 r. poz. 1399 ze zm.).

Największym problemem zdaje się być jednak lakoniczna regulacja ustawowa w zakresie funkcjonowania spółek komunalnych zawarta w ustawie o gospodarce komunalnej. Ustawa ta powinna w sposób kompleksowy regulować zasady tworzenia i przystępowania przez gminy do spółek, jak również zasady ich funkcjonowania. W szczególności należałoby określić obowiązki gminy w zakresie sprawowania efektywnego nadzoru właścicielskiego poprzez, na przykład, zobowiązanie gmin do przyjęcia warunków i zasad sprawowania nadzoru właścicielskiego nad spółkami z ich udziałem czy zasad przeprowadzania postępowania kwalifikacyjnego na członków rad nadzorczych w spółkach komunalnych. Ponadto aktualne przepisy ustawy o gospodarce komunalnej powinny być doprecyzowane, w szczególności w zakresie wyraźnego określenia ram prowadzenia przez gminy działalności gospodarczej poza sferą użyteczności publicznej. Nie powinno być wątpliwości, że komercyjna działalność gmin ma być absolutnym wyjątkiem, zawsze uzasadnionym interesem publicznym. Wydaje się, że dopiero po dokonaniu odpowiednich zmian przepisów, co powinno pozytywnie wpłynąć na praktykę funkcjonowania spółek komunalnych, gminy zmienią swoje podejście do realizowania gospodarki komunalnej w formach prywatnoprawnych, a spółki handlowe dopiero wtedy staną się efektywną formą realizacji interesów lokalnych wspólnot.

Natalia Chyb

jest prawnikiem w kancelarii FKA Furtek Komosa Aleksandrowicz sp.k.