



MIEJSKIE PRZEDSIĘBIORSTWO GOSPODARKI KOMUNALNEJ spółka z ograniczoną odpowiedzialnością

tel. 75 64 20 100, 103, 106, fax 75 64 20 105, e-mail: mpgk@mpgk.jgora.pl, <http://www.mpgk.jgora.pl>

L.dz. 1103//3/2021

Jelenia Góra, dnia 22.07.2021 r.

Pan Marcin Kaliński
Dyrektor
Najwyższej Izby Kontroli
Delegatury we Wrocławiu
ul. J. Piłsudskiego 15/17
50-044 Wrocław

Szanowny Panie Dyrektorze,

W odpowiedzi na wnioski ujęte w wystąpieniu pokontrolnym, zmienionym zgodnie z treścią uchwały nr KPK-KPO.443.079.2021 Zespołu Orzekającego Komisji Rozstrzygającej w Najwyższej Izbie Kontroli z dnia 7 lipca 2021 r. (pismo znak LWR.410.027.07.2020, z dnia 08.07.2021 r., data wpływu do Spółki - 13.07.2021 r.), dotyczącym przeprowadzonej w MPGK sp. z o.o. kontroli nr P/20/088 pn.: „Finansowanie i wspieranie działalności spółek z udziałem jednostek samorządu terytorialnego w województwie dolnośląskim”, poniżej przekazujemy informację o sposobie wykorzystania uwag i wykonania wniosków pokontrolnych oraz o podjętych działaniach lub przyczynach niepodjęcia tych działań.

Ad. wniosek 1

W ocenie Spółki przedmiotowy wniosek NIK jest nieuprawniony i jako taki nie powinien zostać uwzględniony. Ustawa o gospodarce komunalnej normuje zasady podejmowania i wykonywania przez jednostki samorządu terytorialnego działalności poza sferą użyteczności publicznej, przy czym jednocześnie dookreśla zakres dopuszczalnej aktywności oraz formy organizacyjno-prawne właściwe do jej prowadzenia.

Podstawowym przedmiotem działalności spółek z udziałem Miasta Jelenia Góra jest zaspokajanie podstawowych potrzeb mieszkańców miasta Jeleniej Góry, prowadzenie zaś przez te spółki działalności komercyjnej ma jedynie charakter uboczny i w istotnej mierze służy realizacji głównego celu i przedmiotu działalności tych spółek.

Zgodnie ze stanowiskiem doktryny, jeżeli głównym celem działalności spółki z udziałem gminy jest prowadzenie działalności gospodarczej mieszczącej się w sferze użyteczności publicznej, w oparciu o składniki majątkowe i zasoby, w które wyposażona jest ta spółka, to działalność akcesoryjna – mająca na celu optymalizację tego majątku i potencjału – niewątpliwie wspomaga i służy działalności głównej (zob. A. Kidyba, *Opinia prawna dotycząca dopuszczalnego zakresu działalności gospodarczej prowadzonej przez spółki gminne*).

Podkreślić również należy, że w przypadku spraw spoza zakresu użyteczności publicznej, przed podjęciem określonej działalności, jak również w trakcie jej wykonywania, istotne znaczenie ma kwestia ekonomicznego uzasadnienia prowadzenia takiej działalności oraz przeznaczenia zysku z takiej działalności (zob. Natalia Chyba, *Nieprawidłowości w funkcjonowaniu spółek komunalnych poza sferą użyteczności publicznej – analiza problemu*). Podobnie wyraził się Paweł Zaborniak, podkreślając, że „w działalności wykraczającej poza sferę użyteczności publicznej zysk odgrywa rolę decydującą, stanowi jej istotę” (zob. P. Zaborniak, *Granice działalności gospodarczej podmiotów komunalnych, Przemyśl 2004, s. 124*).

Warto w tym miejscu przywołać również wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 21 października 2008 r. w sprawie P. 2/08, OTK Z.U. 2008, nr 8, poz. 139. Trybunał Konstytucyjny wprost stwierdził, że „Gmina może prowadzić działalność gospodarczą, ale po to tylko, aby ‘zarobić’ na realizację niektórych swoich zadań publicznych”.

Przenosząc powyższe na grunt analizowanej sprawy, odnosząc się w tym miejscu do wskazanej przez NIK działalności prowadzonej przez Spółkę, niezwykle ważne jest to, że osiągnięte w ten sposób zyski pomniejszają rekompensatę przekazywaną przez Gminę Miasto Jelenia Góra Spółce, zgodnie z obowiązującymi zapisami umów wykonawczych na świadczenie usług publicznych.

Jeżeli zatem dzięki wpływom z takiej działalności Spółka w sposób bardziej efektywny realizuje podstawową, powierzoną działalność, to również w tym zakresie uznać należy, iż działalność taka nie wykracza poza sferę użyteczności publicznej. Nadto osiągany zysk motywuje do efektywnego i aktywnego gospodarowania majątkiem komunalnym, jak również jest pozytywnym aspektem prowadzonej aktywności i dowodem na racjonalne gospodarowanie mieniem komunalnym.

Podsumowując, jeżeli podejmowane działania poza sferą użyteczności publicznej związane są z realizacją zadań własnych samorządu, nie stanowią naruszenia zasad wolnego rynku, jak również nie prowadzą do wzmocnienia monopolistycznej pozycji spółki komunalnej oraz odejścia od publicznego celu prowadzenia gospodarki komunalnej, nadto działalność taka jest uzasadniona społecznie i ekonomicznie, to działalność taką uznać należy za dopuszczalną.

Spółka wielokrotnie wyjaśniała również, że prezentowane stanowisko kontrolującego nie uwzględnia regulacji prawnych związanych z funkcjonowaniem spółek w ramach modelu in-house, a MPGK sp. z o.o. właśnie w takim modelu funkcjonuje. Należy zatem na wstępie przywołać kontekst historyczny związany z funkcjonowaniem Przedsiębiorstwa oraz jego przekształceniem, z dniem 01.07.1997 r., z przedsiębiorstwa użyteczności publicznej w jednoosobową spółkę gminy - na mocy art. 14 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej. Niezaprzeczalnym faktem jest, że Przedsiębiorstwo nie zostało od samego początku powołane przez Gminę Jelenia Góra do zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców w zakresie określonych zadań jednostki samorządu terytorialnego na terenie macierzystym gminy (tj. wykonywania wyłącznie zadań w ogólnym interesie gospodarczym), lecz świadczyła te zadania przez dziesięciolecia w przeważającej mierze na podstawie postępowań publicznych organizowanych przez gminę (utrzymanie letnie i zimowe dróg, terenów zielonych, naprawa nawierzchni dróg, etc.), bądź na podstawie umów cywilnoprawnych zawieranych z mieszkańcami (tu gł. odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych). Dopiero w 2015 r. Gmina Miasto Jelenia Góra powierzyło Spółce do realizacji zadania w ogólnym interesie gospodarczym z zakresu utrzymania czystości i porządku w gminie w tzw. modelu in-house (na podstawie regulacji zawartych w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r.), a następnie w 2018 r. zadanie odbioru i zagospodarowania odpadów z nieruchomości zamieszkałych z terenu Miasta Jeleniej Góry (na podstawie i w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych). Zatem Spółka, jako podmiot, który jest następcą przedsiębiorstwa użyteczności publicznej (a wcześniej przedsiębiorstwa państwowego), nie został od samego początku powołany przez Gminę Miasto Jelenia Góra do zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców w zakresie określonych zadań jednostki samorządu terytorialnego na terenie macierzystym gminy (tj. wykonywania wyłącznie zadań w ogólnym interesie gospodarczym), lecz zadania te zostały dopiero z czasem powierzone Spółce w tzw. modelu in-house, który dopuszcza możliwość uzyskiwanie przychodów przez Jednostkę z komercji w ograniczonym zakresie

Analizując zatem prowadzenie działalności gospodarczej przez Spółkę należy uwzględnić nie tylko przepisy ustawy o gospodarce komunalnej, czy ustawy o samorządzie gminnym, ale również regulacje zawarte w dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku oraz w ustawie Prawo zamówień publicznych, które dopuszczają możliwość prowadzenia tzw. działalności komercyjnej, choć oczywiście w ograniczonym zakresie i przy spełnieniu określonych warunków. Nie ma żadnych wątpliwości, co zostało potwierdzone wieloma audytami przeprowadzonymi przez niezależne podmioty, że MPGK sp. z o.o. prowadziła i prowadzi działalność gospodarczą z zachowaniem wszelkich obowiązujących przepisów prawnych, w tym ograniczeń w zakresie prowadzenia działalności gospodarczej (podstawowym przedmiotem działalności Spółki jest zaspokajanie zbiorowych potrzeb mieszkańców w zakresie określonych zadań jednostki samorządu terytorialnego na terenie macierzystym Gminy Miasta Jelenia Góra - przychody z tej działalności przekraczają 90% przychodów ogółem Spółki, a pozostała działalność ma charakter marginalny do 10% przychodów ogółem) oraz spełnia pozostałe warunki - Gmina Jelenia Góra posiada 100% udziałów w kapitale zakładowym MPGK sp. z o.o. i sprawuje kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki.

Niezależnie od powyższych wywodów wyjaśnialiśmy także już wielokrotnie kontrolującemu (NIK), że prowadzone przez Spółkę usługi pogrzebowe są zaliczane do usług użyteczności publicznej, które jedynie dla potrzeb rozliczeń umowy in-house zostały zaliczone do tzw. przychodów komercyjnych. Zaliczanie usług cmentarnych i pogrzebowych do zakresu usług użyteczności publicznej wskazane zostało już w tezie do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z dnia 27 lutego 2003 r. C-373, gdzie mowa jest m.in., iż: „Działalność zakładów pogrzebowych można rzeczywiście uznać za realizującą potrzeby w interesie ogólnym. Po pierwsze, taka działalność jest związana z porządkiem publicznym w zakresie w jakim państwo jest żywo zainteresowane sprawowaniem ścisłej kontroli wydawania zaświadczeń, takich jak akt urodzenia i zgonu, a po drugie, udział państwa może być uzasadniony chęcią zachowania wpływu nad tego typu działalnością z oczywistych względów dotyczących higieny i zdrowia publicznego. Fakt, że władze regionalne lub lokalne są prawnie zobowiązane do zorganizowania pogrzebów - i, w razie potrzeby, do poniesienia kosztów tych pogrzebów - w przypadku gdy nie doszło do zorganizowania pogrzebu w określonym terminie po wydaniu aktu zgonu, stanowi dowód istnienia takiej potrzeby w interesie ogólnym. Jeśli chodzi o kwestię, czy działalność pogrzebowa realizuje potrzeby w interesie ogólnym, niemające charakteru przemysłowego lub handlowego w rozumieniu art. 1 lit. b) dyrektywy 93/36, istnienie znaczącej konkurencji, chociaż jest okolicznością mającą pewne znaczenie, nie pozwala samo w sobie przyjąć, że nie

mamy do czynienia z potrzebami w interesie ogólnym nieposiadającymi charakteru przemysłowego lub handlowego. Sąd krajowy musi ocenić, czy istnieją takie potrzeby, biorąc pod uwagę wszystkie istotne okoliczności prawne i faktyczne, takie jak te obowiązujące w chwili utworzenia danego podmiotu oraz warunki, w których podmiot ten prowadzi swoją działalność."

Wywody zawarte w wyżej przywołanej tezie wyroku Trybunału Sprawiedliwości znalazły następnie swoje odzwierciedlenie w orzecznictwie polskiego Sądu Najwyższego, w tym w uzasadnieniu wyroku Sądu Najwyższego z dnia 15 października 2014 r., III SK 61/13, potwierdzającego w tym zakresie wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów z dnia 01 grudnia 2004 r. (XVII Ama 70/03, Wokanda 2005, Nr 11, poz. 53).

Dodatkowo należy również zauważyć, że udział Spółki w jeleniogórskim rynku usług pogrzebowych od lat utrzymuje się na niewielkim poziomie i wynosił odpowiednio w 2018 r. - 15,68%, w 2019 r. - 14,03%, w 2020 r. - 13,50%, dlatego w żaden sposób nie zagrażał uczciwej konkurencji. Na jeleniogórskim rynku usług pogrzebowych istniało w tym okresie łącznie 13-14 zakładów pogrzebowych, w tym również takie, które miały dwa i trzy razy większy udział w rynku tych usług niż Spółka.

Jak wynika z powyższego w Jeleniej Górze nie istniało ryzyko monopolizacji tego rynku, szczególnie że udział Spółki w rynku ulega z roku na rok pomniejszeniu. Warto także podkreślić, iż MPGK sp. z o.o. w ramach prowadzonego zakładu pogrzebowego ponosi wszelkie koszty obowiązujące na cmentarzach komunalnych przy wykonywaniu usług pochówków (tj. analogiczne jak w przypadku pozostałych zakładów pogrzebowych), a koszty zatrudnionych pracowników w Spółce dzielone są (wyodrębniane) m.in. na koszty związane z wykonywaniem przez nich konkretnych zadań wynikających z świadczonych usług związanych z utrzymaniem cmentarzy komunalnych i wykonywaniem usług zakładu pogrzebowego. Nie może być zatem mowy o jakiegokolwiek pozycji uprzywilejowanej.

Jednocześnie wskazujemy, że Spółka świadczy usługi wyłącznie na terenach cmentarzy komunalnych w Jeleniej Górze.

Ponadto, wracając do kontekstu historycznego, należy wskazać na ciągłość świadczenia usług pogrzebowych przez komunalny zakład pogrzebowy MPGK sp. z o.o. od 1951 roku.

Na marginesie warto także podkreślić, że Spółka, zgodnie z obowiązującym planem obrony cywilnej dla Miasta Jelenia Góra, zobowiązana jest do zapewnienia chowania zmarłych na wypadek sytuacji kryzysowych (wojny, epidemii, etc.).

Kończąc wywody odnośnie przedmiotowego wniosku, wskazać także należy, że przychody z tytułu realizowanych usług w zakresie wynajmu pomieszczeń, usług warsztatu samochodowego i sprzedaży materiałów z magazynu wyniosły łącznie w 2020 r. 245.629,60 zł., co stanowi 0,7% ogółu przychodów z działalności gospodarczej Spółki za ten okres. Działania w przedmiotowym zakresie podejmowane były w celu maksymalizacji efektywności wykorzystania posiadanych przez Spółkę zasobów, w tym potencjału ludzkiego i dotyczyły głównie napraw dzierżawionych przez Spółkę pojazdów do odbioru odpadów komunalnych, marginalnej sprzedaży zużytych pojemników na odpady komunalne, soli drogowej na rzecz podmiotów publicznych, złomu odzyskanego z likwidacji środków trwałych oraz wynajmu lokali, które w danym okresie nie były niezbędne dla prowadzonej przez MPGK sp. z o.o. działalności gospodarczej.

Ad. wniosek 2

W ocenie Spółki przedstawione uwarunkowania prawne w przedmiotowym wniosku, które odnoszą się do możliwości świadczenia przez MPGK sp. z o.o. usług prowadzenia schroniska dla bezdomnych zwierząt na rzecz innych niż Miasto Jelenia Góra jednostek samorządu terytorialnego, należy uznać za niepełne w odniesieniu do całego systemu prawnego związanego z funkcjonowaniem spółek w ramach modelu in-house, a co za tym idzie teza, jakoby MPGK sp. z o.o. mogło świadczyć wskazane usługi na rzecz innych JST wyłącznie na zasadzie uprzednio zawartych porozumień międzygminnych, jest niezgodna z obowiązującym porządkiem prawnym (co zostało już szczegółowo przedstawione w wywodzie odnośnie stanowiska Spółki w zakresie wniosku 1), a zatem również i ten wniosek nie powinien zostać uwzględniony, z uwagi na fakt, że jest nieuprawniony.

Zgodnie z powyższym nie może budzić wątpliwości fakt, że MPGK sp. z o.o. mogło świadczyć przedmiotowe usługi na rzecz innych JST bez uprzednio zawartych porozumień międzygminnych, pod warunkiem jednak, że przychody z tego tytułu zaliczone zostaną do tzw. „przychodów z komercji” i nie będą przekraczać 10% przychodów ogółem Spółki, co w przypadku MPGK sp. z o.o. nie może budzić żadnych wątpliwości (Spółka utrzymuje wymagany wskaźnik 90% vs 10% i zalicza przychody z tytułu świadczenia tych usług do komercji). Dodatkowo należy wskazać, że realizowanie tych usług przez Spółkę na rzecz ościennych gmin w żaden sposób nie zakłócało i nie zakłóca konkurencji na danym rynku i odbywa się z zachowaniem procedur konkurencyjnych - organizowanych przez zamawiających (gminy). Co więcej należy zauważyć, że udział Spółki w tych postępowaniach zwiększa ich konkurencyjność w ten sposób, że rozszerza liczbę potencjalnych wykonawców.

Niezależnie od powyższych wywodów Spółka zwróciła się do Miasta Jeleniej Góry ze stosowanym wnioskiem o rozważenie możliwości zawarcia - wnioskowanych przez NIK - porozumień międzygminnych z gminami, na rzecz których MPGK sp. z o.o. świadczy usługę schroniska dla bezdomnych zwierząt

Ad. wniosek 3

Spółka opracowała i wdrożyła zasady dotyczące wypłacania członkom zarządu MPGK sp. z o.o. środków z tytułu zryczałtowanych kosztów wykorzystania samochodu prywatnego na cele związane z realizacją przedmiotu umowy o świadczenie usług zarządzania, uwzględniające w szczególności przypadki nieobecności spowodowanej chorobą, przerwą urlopową lub przebywaniem w podróży służbowej. Stosowne zmiany zostały wprowadzone aneksami do umów o świadczenie usług zarządzania z członkami zarządu Spółki i obowiązują od dnia 1 czerwca 2021 roku.

Z Powołaniem,

PREZES ZARZĄDU

Włodzimierz Miroslaw Stasiak