15-06-2018
2162

WNIOSEK O UDZIELENIE WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE STOSOWANIA PRZEPISÓW O FINANSACH PUBLICZNYCH

Podstawa prawna: *Art. 13 pkt 11 ustawy z dnia 7 października 1992 o regionalnych izbach obrachunkowych (Dz.U. z 2012 poz. 1113 z późn. zm.)*

A. ADRESAT WNIOSKU

Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi, ul. Zamenhofa 10, 90-431 Łódź

B. DANE WNIOSKODAWCY

B.1. DANE IDENTYFIKACYJNE

Rodzaj wnioskodawcy (zaznaczyć właściwy kwadrat)

X 1. jednostka samorządu terytorialnego
2. związek międzygminny
3. stowarzyszenie gmin, gmin i powiatów
4. związek, stowarzyszenie powiatów
5. samorządowe jednostki organizacyjne (w tym samorządowe osoby prawne)
6. beneficjenci dotacji z budżetów jst (w zakresie wykorzystania przyznanych dotacji)

Nazwa pełna
GMINA PIĄTEK

B.2. ADRES SIEDZIBY

Powiat	Gmina	Miejscowość
ŁĘCZYCKI	PIĄTEK	PIĄTEK
Ulica	**Nr domu**	**Nr lokalu**
RYNEK	16	
Kod pocztowy	**Poczta**	
99-120	PIĄTEK	

B.3. WSKAZANIE PRZEPISÓW O FINANSACH PUBLICZNYCH BĘDĄCYCH PRZEDMIOTEM WYJAŚNIENIA W ZAKRESIE ICH STOSOWANIA

Należy wskazać jednostki redakcyjne przepisów będących przedmiotem wniosku o wyjaśnienie wraz z nazwą aktu prawnego w odniesieniu do każdego podniesionego problemu (bez przytaczania treści przepisów).

1. Ustawa z dnia 27.08.2009 r. o finansach publicznych.
2. Ustawa z dnia 08.03.1990 r. o samorządzie gminnym.
3. Ustawa z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej.
4. Ustawa z dnia 11.03.2004 r. o podatku od towarów i usług
5. Ustawa z dnia 05.09.2016 r. o szczególnych zasadach rozliczeń podatku od towarów i usług oraz dokonywania zwrotu środków publicznych przeznaczonych na realizację projektów finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub od państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu przez jednostki samorządu terytorialnego
6. Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych

C. OPIS PROBLEMU SKUTKUJĄCEGO WĄTPLIWOŚCIAMI INTERPRETACYJNYMI ORAZ PYTAŃ (co do których składany jest wniosek o udzielenie wyjaśnień)

Opis problemu

Gmina Piątek zamierza zlecić Zakładowi Gospodarki Komunalnej i Mieszkaniowej w Piątku budowę wodociągu na terenie Gminy Piątek, mając na uwadze dyspozycję normy art.14 pkt 3 ustawy o finansach publicznych.

Pytania, co do których składany jest wniosek o udzielenie wyjaśnień przyporządkowane do opisu problemów przedstawionych wyżej

1. Czy gmina może zlecić wykonywanie zadań publicznych, służących zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej w tym budowę wodociągu, własnej jednostce organizacyjnej bez stosowania procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych?

D. WŁASNE STANOWISKO W SPRAWIE OCENY PRAWNEJ ZAISTNIAŁEJ SYTUACJI

Stanowisko wnioskodawcy do pytania (pytań) przedstawionego w części C.

Zgodnie z art.4 pkt 13 ustawy prawo zamówień publicznych - ustawy 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)ponad 80% 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, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje 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 2016 r. poz. 1870, z późn. zm.);

Zgodnie z art. 14 pkt 3 ustawy o finansach publicznych - Zadania własne jednostki samorządu terytorialnego w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz mogą być wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe.

Zgodnie z postanowieniami art. 2 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym – dalej u.s.g., gmina wykonuje zadania publiczne w imieniu własnym i na własną odpowiedzialność. Na podstawie art. 6 ust. 1 tej ustawy, do zakresu działania gminy należą wszystkie sprawy publiczne o znaczeniu lokalnym, nie zastrzeżone ustawami na rzecz innych podmiotów. Do zadań własnych gminy należy zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty w tym zgodnie z art.7 ust.1 pkt 3 u.s.g. wodociągi i zaopatrzenia w wodę, kanalizacji, usuwania i oczyszczania ścieków komunalnych, utrzymania czystości i porządku oraz urządzeń sanitarnych, wysypisk i unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zaopatrzenia w energię elektryczną i cieplną oraz gaz.

Stosownie do art. 9 ust. 1 i ust. 3 u.s.g., w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, określa natomiast ustawa o gospodarce komunalnej. Zgodnie z art. 2 tej ustawy, działalność komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach:

- samorządowego zakładu budżetowego lub

- spółek prawa handlowego.

Samorządowy zakład budżetowy nie wykonuje także samodzielnie działalności gospodarczej, o której mowa w art. 15 ust. 1ustawy o podatku od towarów i usług. Tak orzekł Naczelny Sąd Administracyjny (uchwała z dnia 26 października 2015 r. sygn. akt I FPS 4/15), który powołując się na wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej w sprawie C-276/14orzekł, że:

W świetle art. 15 ust. 1 oraz art. 86 ust. 1 ustawy z dnia 11 marca 2004 r. o podatku od towarów i gmina ma prawo do odliczenia podatku naliczonego z faktur zakupowych związanych z realizacją inwestycji, które zostały następnie przekazane do gminnego zakładu budżetowego, który realizuje powierzone mu zadania własne tej gminy, jeżeli te inwestycje są wykorzystywane do sprzedaży opodatkowanej podatkiem od towarów i usług.

Zdaniem NSA pomimo większego niż jednostki budżetowe stopnia samodzielności samorządowy zakład budżetowy nie może być uznany za odrębnego od gminy podatnika VAT, gdyż nie jest wystarczająco samodzielny. Sąd wskazał, że w każdej sytuacji, tj. zarówno w stosunkach pomiędzy zakładem budżetowym i gminą, jak i w stosunkach z podmiotami trzecimi, podatnikiem pozostaje tylko gmina.

Oprócz powyższego należy mieć na uwadze przepisy dotyczące prewskaźnika odliczania VAT, (ustawa z dnia 5 września 2016 r. o szczególnych zasadach rozliczeń podatku od towarów i usług oraz dokonywania zwrotu środków publicznych przeznaczonych na realizację projektów finansowanych z udziałem środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej lub od państw członkowskich Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu przez jednostki samorządu terytorialnego), a także sposób rozliczania z Urzędem Skarbowym, gdzie w art.2 określona została definicja jednostki organizacyjnej. Przez jednostki organizacyjne jednostki samorządu terytorialnego należy rozumieć:

a) urząd obsługujący jednostkę samorządu terytorialnego,
b) jednostkę budżetową,
c) zakład budżetowy.

Sposób określenia proporcji ustala się odrębnie dla każdej z jednostek organizacyjnych jednostki samorządu terytorialnego. Tak więc gmina powinna zastosować prewspółczynnik ustalony dla zakładu budżetowego .W celu zaś dokonania przez gminę korekty odliczonego podatku naliczonego wynikającego z faktur zakupowych związanych z projektem w skonsolidowanej deklaracji, gmina winna sporządzić ją na podstawie "deklaracji cząstkowej" obejmującej zakupy i sprzedaż zakładu budżetowego.

Wobec powyższego gmina, wykonując swoje zadania publiczne przy pomocy jednostek organizacyjnych utworzonych wg przepisów ustawy o finansach publicznych, działających w ramach jej osobowości prawnej należy przyjąć, że gmina może zlecić samorządowemu zakładowi budżetowemu wykonanie sieci wodociągowej w drodze porozumienia.

Data wypełnienia wniosku	Imię i nazwisko wnioskodawcy lub osoby upoważnionej	Podpis wnioskodawcy lub osoby upoważnionej
08.06.2018r.		

REGIONALNA IZBA
OBRACHUNKOWA
W ŁODZI

ul. Zamenhofa 10, 90-431 Łódź
tel. (42) 636 68 96, 636 69 11, fax (42) 636 74 24

Łódź, dnia 31 lipca 2018 r.

Pan

Wójt Gminy Piątek

Urząd Gminy Piątek
ul. Rynek 16
99-120 Piątek

WA 4120-17/2018-w

W odpowiedzi na pismo pana Wójta z dnia 8 czerwca b.r. zawierające wniosek o udzielenie wyjaśnienia w zakresie stosowania przepisów o finansach publicznych, to jest wskazanie, *czy gmina może zlecić wykonywanie zadań publicznych służących zaspokajaniu zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej, w tym budowę wodociągu, własnej jednostce organizacyjnej – bez stosowania procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych* – Regionalna Izba Obrachunkowa w Łodzi uprzejmie informuje:

W pierwszej kolejności podnieść należy, że w zakresie poruszonej przez pana Wójta kwestii nie znajduje zastosowania powołany w skierowanym do Izby piśmie przepis art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że 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: ponad 80% działalności instytucji gospodarki budżetowej dotyczy 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, polegającą na wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami instytucji, przedmiot zamówienia należy do zakresu działalności podstawowej instytucji gospodarki budżetowej określonego zgodnie z art. 26 ust. 2 pkt 2 ustawy o finansach publicznych.

Zgodnie z art. 23 ustawy o finansach publicznych instytucja gospodarki budżetowej jest jednostką sektora finansów publicznych tworzoną w celu realizacji zadań publicznych, która odpłatnie wykonuje wyodrębnione zadania oraz pokrywa koszty swojej działalności oraz zobowiązania z uzyskiwanych przychodów, zaś jej organem założycielskim może być: minister, Szef Kancelarii Prezesa Rady Ministrów, bądź organ lub kierownik jednostek wymienionych w art. 139 ust. 2 ustawy tj. np.: Kancelarii Sejmu, Kancelarii Senatu, Kancelarii Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, TK, NIK, SN, NSA, KRS, sądownictwa powszechnego, RPO, RPD,

Klauzula informacyjna odnosząca się do pozyskanych przez RIO w Łodzi danych osobowych, w związku z prowadzoną korespondencją, została zamieszczona na stronie RIO w Łodzi http://www.bip.lodz.rio.gov.pl/?cid=132 (art. 13 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 27 kwietnia 2016 roku w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE

KRRiT, Prezesa UODO, Instytutu Pamięci Narodowej – Komisji Ścigania Zbrodni przeciwko Narodowi Polskiemu, KBW i PIP.
Z przywołanych przepisów jednoznacznie wynika, że przepis art. 4 pkt 13 Prawa zamówień publicznych nie ma zastosowania do JST i ich jednostek organizacyjnych.

Przechodząc do zasadniczej kwestii zapytania pana Wójta, to jest możliwości zlecenia zakładowi budżetowemu gminy realizacji zadania polegającego na budowie wodociągu bez stosowania procedur wynikających z ustawy Prawo zamówień publicznych RIO w Łodzi zauważa, że poza sporem jest, iż sprawy dotyczące wodociągów i zaopatrzenia w wodę należą do zadań własnych gminy, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 3 ustawy o samorządzie gminnym; zadania własne JST w zakresie wodociągów i zaopatrzenia w wodę zgodnie z art. 14 pkt 13 ustawy o finansach publicznych mogą być wykonywane przez samorządowe zakłady budżetowe; zgodnie zaś z art. 9 ust. 1 i 3 ustawy o samorządzie gminnym w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami.

Formy prowadzenia gospodarki gminnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych określone zostały w przepisach ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z art. 2 ustawy działalność komunalna może być prowadzona przez jednostki samorządu terytorialnego w szczególności w formach: samorządowego zakładu budżetowego lub spółek prawa handlowego. JST mogą również powierzać wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej, w drodze umowy, osobom fizycznym, osobom prawnym lub jednostkom organizacyjnym nie posiadającym osobowości prawnej (art. 3 ustawy o gospodarce komunalnej). Wybór formy wykonywania zadań własnych JST należy, zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej, do organu stanowiącego tej jednostki.

Jak zauważył Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 11 sierpnia 2005 r. (II GSK 105/05), który to wyrok na dzień dzisiejszy w przedmiotowym zakresie pozostaje aktualny, *umowa jest podstawą powierzenia wykonywania gminnych zadań użyteczności publicznej podmiotom innym niż jednostki organizacyjne utworzone przez gminę (art. 9 ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym i art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej). Wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie - przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną siłą rzeczy zawarcia umowy nie wymaga. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działania.*

Przepisy art. 2 i 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 zdań użyteczności publicznej odbywa się na zasadach ogólnych, a więc z wykorzystaniem umowy. Z treści art. 3 ust. 1 ustawy o gospodarce komunalnej wynika, że wtedy właśnie konieczne jest uwzględnienie przepisów o finansach publicznych i przepisów o zamówieniach publicznych.

W świetle ustawy z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych podstawą udzielenia zamówienia publicznego jest umowa w rozumieniu przepisów kodeksu cywilnego (art. 6a, 50 ust.

4, 51 ust. 1 i 2, 52g, 55, 66 ust. 4 oraz art. 72 ust. 1 i 2). Ustawa o zamówieniach publicznych nie ma zatem 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.

Wyłączenia podmiotowe i przedmiotowe uregulowane wyczerpująco w art. 6 omawianej ustawy obejmują udzielanie zamówień w rozumieniu wyżej przedstawionym, czyli zlecanie wykonania pewnych usług lub robót na zasadach ogólnych, dotyczących obrotu gospodarczego, a więc na podstawie umów. W przepisie tym nie mieszczą się w ogóle przypadki, w których mamy do czynienia z inną niż umowa, podstawą prawną wykonywania takiej działalności, w szczególności przypadki, w których jednostka organizacyjna gminy wykonuje zadania użyteczności publicznej na podstawie aktu powołującego ją do życia i określającego cele jej działania.

Trzeba podkreślić, że 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 nie mieszczącego się w zakresie zadań, dla których gmina powołała tę jednostkę. Konkludując - zdaniem Naczelnego Sądu Administracyjnego ustawa o zamówieniach publicznych nie ma zastosowania do przypadków powierzania przez gminę utworzonej przez nią jednostce organizacyjnej wykonywania zadań użyteczności publicznej drogą aktu kreującego tę jednostkę organizacyjną.

Reasumując, w ocenie Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi, w sytuacji gdy JST wykonuje zadanie własne przez utworzoną przez siebie jednostkę organizacyjną (samorządowy zakład budżetowy – z którą to sytuacją – przy uwzględnieniu zadań Zakładu Gospodarki Komunalnej w Piątku ustalonych w oparciu o stronę BIP Urzędu Gminy, mamy do czynienia w przedmiotowej w sprawie/ lub w formie utworzonej przez siebie spółki prawa handlowego – działa bezpośrednio na gruncie ustawy o gospodarce komunalnej i nie stosuje się do realizacji tych zadań ustawy Prawo zamówień publicznych.

Stanowisko to znajduje potwierdzenie w opinii prawnej[1] Urzędu Zamówień Publicznych dotyczącej zamówień in-house z roku 2017, w której przywołane zostało m.in. orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące wyłączenia zamówień udzielnych podmiotom wewnętrznym spod obowiązku stosowania regulacji w dziedzinie zamówień publicznych.

Z poważaniem

PREZES
Regionalnej Izby Obrachunkowej w Łodzi
dr Ryszard Paweł Krawczyk

[1] opinia opublikowana pod adresem: https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/word_doc/0020/34850/WSPOLPRACA-PUBLICZNO-PUBLICZNA-W-ROZUMIENIU-USTAWY-PZP.docx