

Stowarzyszenie komunalne z perspektywy Prawa zamówień publicznych

dr Maciej Lubiszewski,

Katedra Prawa Gospodarczego i Prawa Handlowego, Wydział Prawa i Administracji,
Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

1. Krótka charakterystyka stowarzyszenia komunalnego

Współdziałanie jednostek samorządu terytorialnego może przybierać różne formy. Część z nich ma charakter publicznoprawny (związek komunalny, porozumienie komunalne) i stanowi podstawowe przejawy współdziałania podmiotów publicznych, jakimi są jednostki samorządu terytorialnego, przy realizacji zadań publicznych. Prawo przewiduje również prywatnoprawną formę współdziałania jednostek samorządu terytorialnego, która realizowana jest poprzez stowarzyszenia komunalne¹.

W literaturze przedmiotu cennie wskazuje się, że fundamentalną normą umożliwiającą tworzenie stowarzyszeń przez jednostki samorządu terytorialnego jest art. 172 Konstytucji RP², którego ustęp 1 stanowi: „Jednostki samorządu terytorialnego mają prawo zrzeszania się”. Należy również przywołać art. 10 ust. 2 Europejskiej Karty Samorządu Lokalnego³, zgodnie z którym „Prawo wspól-

not lokalnych do przystępowania do stowarzyszenia, chroniącego i popierającego ich wspólne interesy oraz prawo do przystępowania do międzynarodowego stowarzyszenia wspólnot lokalnych, musi być uznane w każdym Państwie.” Normy te ustawodawca stara się urzeczywistnić przyznając gminom⁴, powiatom⁵ oraz województwom⁶ prawo do tworzenia stowarzyszeń. Działalność stowarzyszeń komunalnych regulowana jest również w ustawie z 7.04.1989 r. – Prawo o stowarzyszeniach⁷, której przepisy mają zastosowanie do stowarzyszeń komunalnych w sprawach nieuregulowanych we wskazanych wyżej ustawach samorządowych. Ponadto należy uwzględnić również ustawę z 24.04.2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁸.

Stowarzyszenie komunalne jest dobrowolnym, samorządnym i trwałym zrzeszeniem co najmniej trzech jed-

1 Przymiotnik „komunalny” jest tu używany w znaczeniu szerszym, tj. jako synonim przymiotnika „samorządowy” a nie tylko przymiotnika „gminny”.

2 Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483 z późn. zm.

3 Dz. U. z 1994 r. Nr 124, poz. 607.

4 Art. 84 ustawy z 8.03.1990 r. o samorządzie gminnym, t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 559, 583.

5 Art. 75 ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie powiatowym, t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 528, 583.

6 Art. 8b ustawy z 5.06.1998 r. o samorządzie województwa, t.j. Dz. U. z 2022 r. poz. 547, 583.

7 t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 2261.

8 t.j. Dz. U. z 2020 r. poz. 1057, z 2021 r. poz. 1038, 1243, 1535, 2490, z 2022 r. poz. 857.

nostek samorządu terytorialnego tych samych lub różnych szczebli⁹ tworzonym w celach niezarobkowych¹⁰.

Dobrowolność oznacza nie tylko możliwość tworzenia czy też przystępowania do stowarzyszenia wyłącznie z własnej woli, ale również niedopuszczalność wprowadzania do statutów stowarzyszeń zakazów występowania z nich¹¹.

Samorządność stowarzyszenia polega na „autonomii w wyznaczaniu celów (zadań), określaniu programów i zasad działania stowarzyszenia, kształtowaniu struktury organizacyjnej, określaniu kryterium członkostwa, obsady stanowisk w organach (władzach) stowarzyszenia przez konkretne osoby, jak i w podejmowaniu innych decyzji w zakresie działania stowarzyszenia”¹².

Trwałość jest konsekwencją instytucjonalnego charakteru współpracy zrzeszonych podmiotów. Stowarzyszenia nie tworzy się w celu incydentalnego współdziałania, lecz dla osiągnięcia dalekosiężnych celów wymagających stałej współpracy i realizacji złożonych przedsięwzięć.

Stowarzyszenie komunalne, jak każde inne, ma charakter niekomercyjny w tym sensie, że nie może prowadzić działalności ukierunkowanej na zysk, który następnie zostanie przekazany jego członkom. Stowarzyszenie może osiągać przychody ze swojej działalności. Co więcej, przychody te mogą przekraczać koszty funkcjonowania. Tak osiągnięty zysk musi jednak zostać przeznaczony wyłącznie na cele statutowe i nie może być rozdzielony pomiędzy członków¹³.

Stowarzyszenie komunalne jest osobą prawną¹⁴, co oznacza, że stanowi byt prawny odrębny od jego członków. Osobowość prawną stowarzyszenie uzyskuje z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego. Od tego momentu stowarzyszeniu przysługuje zdolność prawna i zdolność

do czynności prawnych. Stowarzyszenie działa poprzez swoje organy (władze): walne zebranie członków, ewentualnie zebranie delegatów; organ kontroli wewnętrznej i zarząd.

Art. 84 ustawy o samorządzie gminnym przewiduje, że gminy mogą tworzyć stowarzyszenia „w celu wspierania idei samorządu terytorialnego oraz obrony wspólnych interesów”. Jak wskazuje się w literaturze przedmiotu, przepis ten limituje dopuszczalny prawnie cel stowarzyszenia z udziałem gmin¹⁵. Takie ograniczenie nie występuje w pozostałych ustawach samorządowych, co oznacza, że członkostwo gminy w stowarzyszeniu samorządowym wiąże się z obowiązkiem wprowadzenia do statutu celów określonych w art. 84 ustawy o samorządzie gminnym.

Zgodnie z art. 3 ust. 3 pkt 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego mogą prowadzić działalność pożytku publicznego, rozumianą jako „działalność społecznie użyteczna, prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w ustawie”. Przepisy tej ustawy należy uznać za przepisy szczególne (*lex specialis*) wobec ustawy o samorządzie gminnym, wobec czego stowarzyszenie gmin, które staje się organizacją pożytku publicznego może wykonywać zadania publiczne określone w art. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Powierzenie realizacji tych zadań stowarzyszeniu komunalnemu następuje w formach i na zasadach określonych w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie.

Niezależnie od szczególnych regulacji dotyczących przedmiotu aktywności stowarzyszeń gmin, działalność stowarzyszeń komunalnych zawsze będzie pochodną zakresu kompetencji (zadań) tworzących je jednostek samorządu terytorialnego. Z tego powodu zadania przypisane stowarzyszeniu komunalnemu zawsze będą zadaniami publicznymi, które „cechuje powszechność i użyteczność dla ogółu, a także sprzyjanie osiągnięciu celów określonych w Konstytucji RP lub ustawie”¹⁶.

15 R. Hauser, Z. Niewiadomski, *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz z odniesieniami do ustaw o samorządzie powiatowym i samorządzie województwa*, Warszawa 2011, s. 693. Por. też. B. Dolnicki, op. cit., s. 916.

16 S. Grajewski, A. Jakubowski (red.), *Ustawy samorządowe. Komen-*

9 J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2020, s. 315.

10 B. Dolnicki (red.), *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 915.

11 B. Dolnicki, op. cit., s. 915.

12 E. Hadrowicz, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, Warszawa 2020, s. 37.

13 B. Dolnicki, op. cit., s. 915.

14 Stowarzyszenia komunalne nie mogą funkcjonować jako stowarzyszenia zwykłe, ponieważ te ostatnie, mocą art. 42 ust. 1 pkt 2 Prawa o stowarzyszeniach nie mogą zrzeszać osób prawnych. Por. S. Grajewski, A. Jakubowski (red.), *Ustawy samorządowe. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 686.

2. Stowarzyszenie komunalne jako zamawiający

Funkcjonowanie stowarzyszenia komunalnego może wymagać nabycia określonych świadczeń (dostaw, usług lub robót budowlanych) od podmiotu zewnętrznego, którym może być podmiot prywatny oferujący takie świadczenia na rynku. Powstaje pytanie o reguły wyboru kontrahenta i zawierania z nim umowy, na podstawie której następuje wymiana świadczeń wzajemnych: wykonanie zamówienia przez wykonawcę w zamian za ekwiwalentne świadczenie zamawiającego, najczęściej polegające na zapłacie kwoty pieniężnej¹⁷.

Stowarzyszenia samorządowe nie są zaliczane do jednostek sektora finansów publicznych. Mimo to należy stwierdzić, że podmioty te zobowiązane do dokonywania zakupów według reguł określonych w ustawie z 11.09.2009 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁸.

Zgodnie z art. 4 pkt 3 Pzp zamawiającymi publicznymi, a więc podmiotami, które są zobowiązane do stosowania Prawa zamówień publicznych przy udzielaniu zamówień, których wartość jest równa lub przekracza kwotę 130.000 zł., są m.in. osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli inni zamawiający publiczni, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot finansują je w ponad 50% lub posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Kategorię tę określa się mianem „podmiotów prawa publicznego”. Pojęcie to zostało wypracowane przez unijny Trybunał Sprawiedliwości, który określił szereg przesłanek uznania danej instytucji zamawiającej za podmiot prawa publicznego.

Pierwszą przesłanką zakwalifikowania danej instytucji jako zamawiającego – podmiotu prawa publicznego jest posiadanie osobowości prawnej, co nie wymaga wyjaśnienia.

Drugą przesłanką jest utworzenie danego podmiotu w szczególnym celu, którym jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego. W grę wchodzi działalność o charakterze szeroko rozumianej użyteczności publicznej, „utożsamianej z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej”¹⁹. Warto przytoczyć pogląd wyrażony przez warszawski Wojewódzki Sąd Administracyjny, który uznał, że działalnością zaspokajającą potrzeby o charakterze powszechnym w rozumieniu Pzp są „w istocie wszystkie zadania jednostek samorządu terytorialnego, jako polegające na zaspokajaniu potrzeb wspólnoty samorządowej”²⁰. Nie chodzi przy tym o usługi publiczne dostępne dla wszystkich, ile o usługi dostępne dla wielu, albo nawet wyłącznie dla osób, które spełniają warunki przewidziane prawem²¹.

Co ważne, potrzeby o charakterze powszechnym nie mogą mieć charakteru przemysłowego ani handlowego, co oznacza, że podmiot, który dąży do zaspokojenia tych potrzeb nie kieruje się względami ekonomicznymi i nie dąży do osiągnięcia zysku – nie działa więc w zwykłych warunkach rynkowych.

Wreszcie trzecia przesłanka spełniona jest wówczas, gdy inni zamawiający publiczni pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot wywierają na podmiot prawa publicznego określony wpływ. Wpływ ten może polegać na: finansowaniu w ponad 50 % funkcjonowania tego podmiotu, posiadaniu ponad połowy udziałów lub akcji tego podmiotu, sprawowaniu nadzoru nad organem zarządzającym, lub prawie do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego tego podmiotu. Aby uznać przesłankę za spełnioną, wy-

tarz, Warszawa 2018, s. 683.

17 Por. M. Lubiszewski, *Uznanie oferty za zawierającą rażąco niską cenę. Glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 10 września 2020 r. w sprawie C-367/19 Tax-Fin-Lex /w:/ W. Cieślak, J.J. Zięty, M. Romańczuk-Grącka (red.), Glosator Warmiński. Olsztyńskie miniatury z zagadnień stosowania prawa, Olsztyn 2021, s. 215-217.*

18 t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, 1598, 2054, 2269, z 2022 r. poz. 25. Dalej jako Pzp.

19 W. Szydło, *Analiza przesłanek uznania podmiotu prawa publicznego za zamawiającego na gruncie prawa zamówień publicznych w świetle orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości UE*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu”, nr 497/2017, s. 159-160 i cytowane tam orzecznictwo TSUE i sądów polskich.

20 Wyrok WSA w Warszawie z 18.11.2014 r., sygn.. akt V SA/Wa 1484/14. Podane za: ibidem, s. 159.

21 H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 50.

starczy wykazanie, że zachodzi przynajmniej jedna z wymienionych okoliczności.

Stowarzyszenie komunalne jest osobą prawną, zatem spełniona jest pierwsza ze wskazanych wyżej przesłanek.

Zadania stowarzyszeń komunalnych muszą mieścić się w kompetencjach tworzących je jednostek samorządu terytorialnego, zatem – o czym była wcześniej mowa – stowarzyszenia komunalne realizują zadania publiczne, które są przypisane samorządowi terytorialnemu. Co więcej, specyfika formy organizacyjnej, jaką jest stowarzyszenie wymusza niekomercyjny charakter działalności stowarzyszenia komunalnego. Celem stowarzyszenia jest realizacja postawionych przed nim celów, a nie osiągnięcie zysku. Nawet jeżeli stowarzyszenie (w tym także stowarzyszenie komunalne) osiągnie dodatni wynik finansowy, będzie mogło przeznaczyć go wyłącznie na cele statutowe, a nie na „dywidendę” wypłacaną członkom. Publiczny charakter potrzeb zaspokajanych przez stowarzyszenie komunalne oraz niekomercyjny (niehandlowy i nieprzemysłowy) charakter prowadzonej działalności przemawiają za wnioskiem, że spełniona jest również druga ze wskazanych wyżej przesłanek.

Jeżeli chodzi o trzecią z omówionych wyżej przesłanek, należy zauważyć, że charakter wpływu jednostek samorządu terytorialnego na tworzone przez nie stowarzyszenie może różnić się w poszczególnych stanach faktycznych. Nie zmienia to jednak faktu, że w każdym stowarzyszeniu komunalnym walne zebranie członków będzie składało się wyłącznie z jednostek samorządu terytorialnego, a więc z jednostek sektora finansów publicznych, czyli zamawiających publicznych, o których mowa w art. 4 pkt 1 Pzp. Nie ulega wątpliwości, że członkowie stowarzyszenia pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio wywierają wpływ na tworzone przez nich stowarzyszenie. Z okoliczności określonych w art. 4 pkt 3 Pzp w grę mogą wejść te określone w lit. a (finansowanie w pond 50%), c (nadzór nad organem zarządzającym) oraz d (prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego)²².

²² Z całą pewnością należy wykluczyć okoliczność określoną w art. 4 pkt 3 lit. b Pzp, ponieważ sytuacja posiadania udziałów lub akcji nie zachodzi względem stowarzyszenia.

Jeżeli chodzi o finansowanie działalności stowarzyszenia komunalnego, to w praktyce jednostki samorządu terytorialnego mogą, lecz nie muszą finansować działalności stowarzyszenia. Również wielkość tego finansowania może być różna i nie zawsze musi przekraczać poziom 50%. Ocena, czy zachodzi przesłanka określona w art. 4 pkt 3 lit. a Pzp wymaga dokładnej analizy konkretnego przypadku.

Podobnie, okoliczność polegająca na sprawowaniu nadzoru nad organem zarządzającym (w przypadku stowarzyszenia jest nim zarząd) w będzie zachodziła w przypadku wielu stowarzyszeń komunalnych, aczkolwiek nie można wykluczyć, że statut danego stowarzyszenia pozbawi walne zebranie członków kompetencji nadzorczych względem zarządu.

Uprawnione jest natomiast twierdzenie, że wobec każdego stowarzyszenia komunalnego zachodzi przesłanka określona w art. 4 pkt 3 lit. d Pzp. Przepis ten odnosi się do sytuacji, w której zamawiający publiczni pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego. Wprawdzie o kompetencjach poszczególnych władz stowarzyszenia decydują postanowienia statutu, to jednak art. 11 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach stanowi, że „najwyższą władzą stowarzyszenia jest walne zebranie członków”. Przedstawiciele doktryny zgodnie uważają, że jedną z ustawowych kompetencji walnego zebrania członków jest wybór członków zarządu, co wynika z art. 30 ust 2 Prawa o stowarzyszeniach²³.

Konkludując dotychczasowe rozważania należy stwierdzić, że stowarzyszenia komunalne są podmiotami prawa publicznego w rozumieniu prawa zamówień publicznych, co oznacza, że udzielając zamówień zobowiązane są do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 4 ust. 3 Pzp, o ile wartość udzielanego zamówienia jest równa lub przekracza kwotę 130.000 zł²⁴.

Warto dodać, że w przypadku gdy stowarzyszenie komunalne wykonuje jeden z rodzajów działalności sektorowej,

²³ A. Rzetecka-Gil, *Prawo o stowarzyszeniach. Komentarz*, LEX/el. 2017, art. 11; P. Suski, *Stowarzyszenia i fundacje*, Warszawa 2018, s. 220.

²⁴ W literaturze podobny wniosek, chociaż na gruncie poprzednio obowiązującego Prawa zamówień publicznych, sformułował P. Klimmek, *Współpraca jednostek samorządu terytorialnego – stowarzyszenie czy związek*, „Finanse Komunalne”, nr 5/2012, s. 16.

o której mowa w art. 5 ust. 4 Pzp, zmienia się jego status z zamawiającego publicznego na zamawiającego sektorowego. Jedną z konsekwencji odmiennej klasyfikacji tego podmiotu jest to, że obowiązek stosowania Prawa zamówień publicznych wobec zamawiających sektorowych aktualizuje się dopiero, gdy wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne.

3. Stowarzyszenie komunalne jako wykonawca

Może zdarzyć się, że jednostki samorządu terytorialnego tworzą stowarzyszenie komunalne po to, aby powierzyć mu wykonywanie zadań publicznych, zawierając z tym stowarzyszeniem stosowną umowę. Jeżeli po stronie jednostek samorządu terytorialnego występuje prawne zobowiązanie do wzajemnego świadczenia pieniężnego lub do świadczenia niepieniężnego, które ma wartość gospodarczą, umowa taka ma charakter odpłatny, co wypełnia warunki uznania jej za zamówienie w rozumieniu art. 7 pkt 32 Pzp²⁵.

Przykładem pieniężnego świadczenia wzajemnego mogą być wpłaty jednostek samorządu terytorialnego na rzecz stowarzyszenia z przeznaczeniem realizację zadania stanowiącego przedmiot zamówienia. Bez znaczenia jest nazwa takiej wpłaty (np. składka). Istotne jest przeznaczenie wpłaconych środków finansowych i wyraźne, wiążące zobowiązanie kontraktowe jednostki samorządu terytorialnego, które może być dochodzone na drodze sądowej. Tak określone świadczenie pieniężne jest ekwiwalentem zobowiązania stowarzyszenia do realizacji przedmiotu zamówienia.

Jeżeli wartość zamówienia jest równa lub przekracza 130.000 zł., udzielenie takiego zamówienia następuje w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przeprowadzonego na podstawie ustawy – Prawo zamówień publicznych. Otwarta procedura przetargowa, którą cechuje konkurencyjność, a zatem możliwość udzia-

łu każdego wykonawcy zainteresowanego zamówieniem, może doprowadzić do sytuacji, w której oferta stowarzyszenia komunalnego nie będzie ofertą najkorzystniejszą i nie będzie mogła zostać wybrana. Taki wynik postępowania niweczyłby zasadniczy cel utworzenia stowarzyszenia komunalnego. Warto więc ustalić, czy unijne i polskie prawo zamówień publicznych umożliwia udzielenie przez jednostki samorządu terytorialnego zamówienia publicznego stowarzyszeniu komunalnemu, a więc podmiotowi gospodarczo i organizacyjnie uzależnionemu od zamawiających.

Jak wiadomo, Prawo zamówień publicznych przewiduje możliwość przeprowadzenia postępowania w tzw. trybie zamkniętym, w tym również w takim, w którym występuje tylko jeden wykonawca wytypowany przez zamawiającego. Tym trybem jest zamówienie z wolnej ręki – tryb, w którym zamawiający zaprasza wykonawcę do negocjacji, negocjuje z nim postanowienia umowy, a następnie udziela mu zamówienia. Z uwagi na niekonkurencyjny charakter tego trybu, jego zastosowanie zostało ograniczone do okoliczności enumeratywnie wskazanych w art. 214 Pzp. W przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne, część przesłanek z art. 214 jest modyfikowana przez art. 305 Pzp.

Istotną grupą przesłanek udzielenia zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki są tzw. zamówienia *in-house* (zamówienia wewnętrzne) będące przejawem tzw. współpracy publiczno-publicznej²⁶. Rozwiązanie to wywodzi się z orzecznictwa TSUE, który począwszy od wyroku z 18.11.1999 r. w sprawie C-107/98 (*Teckal*) ugruntował i rozwijał stanowisko, zgodnie z którym współpraca pomiędzy instytucjami zamawiającymi a jednostkami ściśle uzależnionymi gospodarczo i organizacyjnie od tych instytucji zamawiających nie wchodzi w zakres unijnych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych. Z czasem rozwiązanie to zostało uwzględnione w kolejnych dyrektywach, w tym również w art. 12 aktualnie obowiązującej dyrektywy 2014/24/UE²⁷. Przepis ten został transponowany do art. 214 ust. 1 pkt 11-14 Pzp, co oznacza, że polski ustawodawca nie wyłączył reżimu Prawa zamówień publicznych wobec zamówień *in-house*.

²⁶ H. Nowak, M. Winiarz (red.), op.cit., s. 665.

²⁷ Ibidem.

²⁵ Z uwagi na tematykę niniejszego opracowania pominięte zostaną przypadki umownego powierzenia realizacji zadań publicznych z uwzględnieniem przepisów aktów prawnych wskazanych w art. 3 ustawy z 0.12.1996 r. o gospodarce komunalnej (t.j. Dz. U. z 2021 r. poz. 679) innych niż Prawo zamówień publicznych.

Z punktu widzenia zarysowanego wyżej problemu najistotniejsze znaczenie ma art. 214 ust. 1 pkt 13 Pzp, który reguluje tzw. *in-house* wspólny.

Jednostki samorządu terytorialnego mogą udzielić zamówienia z wolnej ręki tworzonemu przez nie stowarzyszeniu komunalnemu, jeżeli jednostki te (członkowie) wspólnie kontrolują to stowarzyszenie, tzn.: w skład organów decyzyjnych stowarzyszenia wchodzi przedstawiciele wszystkich członków stowarzyszenia; jednostki samorządu terytorialnego mogą jako członkowie wspólnie wywierać dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje stowarzyszenia oraz stowarzyszenie komunalne nie działa w interesie sprzecznym z interesami swoich członków.

Ponad 90% działalności stowarzyszenia dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez członków, przy czym uwzględnia się tu średni przychód osiągnięty przez stowarzyszenie komunalne w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. W przypadku nowoutworzonego stowarzyszenia lub faktycznej (nie pozornej) jego reorganizacji, która uniemożliwia ustalenie adekwatnych i dostępnych danych dotyczących przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, procent działalności ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Wreszcie w stowarzyszeniu komunalnym nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

O ile ostatnia z przesłanek nie znajduje zastosowania do stowarzyszenia komunalnego, o tyle pozostałe wymagają uważnej analizy każdego przypadku. Zastosowanie przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki wymaga bowiem interpretacji zawężającej, gdyż w grę wchodzi odstąpienie od stosowania trybów konkurencyjnych w pełni zgodnych z fundamentalnymi zasadami udzielania zamówień publicznych. W przypadku gdyby choćby jedna ze wskazanych wyżej przesłanek nie zachodziła, jednostki samorządu terytorialnego będą zobowiązane skorzystać z innych trybów uregulowanych w Prawie zamówień publicznych, przede wszystkim z otwartych trybów konkurencyjnych (np. przetargu nieograniczonego albo trybu podstawowego właściwego dla zamówień, których wartość jest mniejsza od progów unijnych).

Należy również podkreślić, że udzielenie zamówienia *in-house* wiąże się z dodatkowymi obowiązkami, które nie dotyczą innych przypadków udzielania zamówień z wolnej ręki. Po pierwsze, art. 214 ust. 9 Pzp zabrania wykonawcy (w omawianym przypadku – stowarzyszeniu komunalnemu) powierzania podwykonawcy wykonania części zamówienia, która dotyczy głównego przedmiotu zamówienia. Zamówienie to musi być więc realizowane samodzielnie, co nie wyklucza możliwości posługiwania się podwykonawcami przy realizacji zamówień różnych od głównego przedmiotu zamówienia. Po drugie, przed udzieleniem zamówienia zamawiający są obowiązani do zamieszczenia w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Po trzecie, umowa ze stowarzyszeniem może być zawarta dopiero po upływie 14 dni od dnia zamieszczenia ogłoszenia o zamiarze zawarcia umowy. Po czwarte, ogłoszenie o wyniku postępowania zamieszczane jest w Biuletynie Zamówień Publicznych niezwłocznie, ale nie później niż w terminie 14 dni od dnia zakończenia postępowania (w tym – zawarcia umowy). Po piąte, okoliczności uzasadniające udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie wspólnego *in-house* muszą utrzymywać się przez cały okres, na jaki została zawarta umowa ze stowarzyszeniem komunalnym, co potwierdzają zamawiający zamieszczając w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o spełnianiu tych okoliczności, w terminie 30 dni po upływie każdego 12 miesięcy od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.



Narodowy Instytut Samorządu Terytorialnego powstał w 2015 r.
Jest państwową jednostką budżetową podległą MSWiA.
Działa na rzecz dalszej profesjonalizacji samorządu terytorialnego i administracji publicznej.

EKSPERTYZY NIST, ul. Zielona 18, Łódź 90-601
Sekretariat tel. +48 42 633 10 70
e-mail: sekretariat@nist.gov.pl