

Uchwała z dnia 26 października 2007 r., III CZP 84/07

Sędzia SN Zbigniew Strus (przewodniczący)

Sędzia SN Zbigniew Kwaśniewski

Sędzia SN Krzysztof Strzelczyk (sprawozdawca)

Sąd Najwyższy w sprawie z powództwa "Z.B.M.-I.Z." sp. z o.o w W. przeciwko "T.Ś." sp. z o.o. w W. o zapłatę, po rozstrzygnięciu w Izbie Cywilnej na posiedzeniu jawnym w dniu 18 października 2007 r. zagadnienia prawnego przedstawionego przez Sąd Apelacyjny w Warszawie postanowieniem z dnia 1 czerwca 2007 r.:

„Czy za »jednostkę zależną« w rozumieniu art. 2 pkt 11 lit. c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm.), który wszedł w życie w dniu 9 listopada 1997 r. w związku z nowelizacją wyżej wymienionej ustawy ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. (Dz.U. Nr 123, poz. 778) należy uznać również spółkę z ograniczoną odpowiedzialnością, w której komunalna jednostka organizacyjna posiada prawo desygnowania co najmniej połowy członków organu nadzorczego, powoływanych jednak przez zgromadzenie wspólników?»

podjął uchwałę:

Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością z udziałem gminy jest jednostką zależną w rozumieniu art. 2 pkt 11 lit. c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 26, poz. 344 ze zm.) w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778), jeżeli co najmniej połowa członków rady nadzorczej spółki może być powołana przez zgromadzenie wspólników wyłącznie spośród osób wskazanych przez gminę.

Uzasadnienie

Przedstawiona przez Sąd Apelacyjny w Warszawie wątpliwość prawna wyłoniła się w związku z rozpoznawaniem apelacji, wniesionej od wyroku Sądu

Okręgowego w Warszawie z dnia 10 października 2006 r., oddalającego powództwo "Z.B.M.-I.Z." w W., spółki z o.o. w W. przeciwko "T.Ś.", spółce z o.o. w W. o zapłatę wynagrodzenia za pełnienie funkcji inwestora zastępczego, przy prowadzeniu zadania inwestycyjnego pod nazwą Budowa Trasy i Mostu Ś. w W.

Jak ustalono, pozwana spółka zawarła dnia 25 marca 1998 r. z wyłonionym w drodze przetargu Przedsiębiorstwem Państwowym "Z.B.M." w W. umowę o pełnienie funkcji inwestora zastępczego zadania inwestycyjnego pod nazwą "Budowa Trasy i Mostu Ś." w W. Umową cesji z dnia 25 maja 1998 r. prawa i obowiązki inwestora zastępczego wynikające z wymienionego kontraktu przejęła – za zgodą pozwanej – powodowa spółka "Z.B.M.-I.Z." w W. Pozwana uchylała się od zapłaty wynagrodzenia za pełnienie funkcji inwestora zastępczego przez powódkę, także po zawarciu dnia 23 grudnia 2003 r. porozumienia co do wysokości należności strony powodowej i terminu jej płatności.

Sąd pierwszej instancji oddalił powództwo, uznając za nieważną umowę cesji z dnia 28 maja 1998 r., albowiem pozwana spółka była zobowiązana do wyłonienia inwestora zastępczego zgodnie z przepisami ustawy o zamówieniach publicznych. Tym samym niedopuszczalne były, zgodnie z art. 12a ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 344 ze zm. – dalej: "u.z.p."), zmiany co do podmiotu zamówienia publicznego wyłonionego w drodze przetargu.

Wobec kwestionowania przez stronę powodową obowiązku stosowania ustawy o zamówieniach publicznych do wyłonienia inwestora zastępczego, Sąd Apelacyjny podniósł, że w dniu 9 października 1997 r. weszła w życie ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 123, poz. 778), która w art. 4 ust. 1 pkt 6c rozszerzyła zakres podmiotowy stosowania ustawy o zamówieniach publicznych na – wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej – jednostki zależne. Wprowadzony tą samą nowelizacją art. 2 pkt 11 lit. c stanowił, że jednostkami zależnymi są m.in. jednostki organizacyjne, w których państwowe lub komunalne jednostki organizacyjne posiadają prawo do powoływania lub odwoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego.

Wątpliwości Sądu drugiej instancji co do interpretacji tego przepisu pojawiły się w związku z treścią § 20 ust. 1 umowy spółki "T.Ś.". Według brzmienia umowy spółki, „rada nadzorcza składa się z pięciu członków powoływanych przez zgromadzenie wspólników z których trzech, w tym przewodniczący, powoływanych

jest spośród kandydatów desygnowanych przez pełnomocnika gminy, natomiast dwóch członków rady, w tym wiceprzewodniczący, powoływanych jest spośród kandydatów desygnowanych przez »E.« S.A.". Przyjęcie ścisłej, literalnej wykładni art. 2 ust. 11 u.z.p., który relacje zależności opierał jedynie na prawie do powoływania członków rady nadzorczej, a nie prawie do wskazywania kandydatów do rady, prowadzi do uznania, że spółka "T.Ś." w W. nie była w dniu 25 marca 1998 r. jednostką zależną. Tym samym pozwana spółka przy wyłanianiu inwestora zastępczego inwestycji pod nazwą „Budowa Trasy i Mostu Ś. w W.” nie byłaby bezwzględnie zobowiązana do stosowania przepisów ustawy o zamówieniach publicznych, a późniejsze zmiany podmiotowe po stronie inwestora zastępczego byłyby dopuszczalne.

Sąd Najwyższy zważył, co następuje:

Zagadnienie prawne musi powstać „przy rozpoznawaniu” apelacji, co oznacza, że konieczne jest istnienie związku przyczynowego między problemem prawnym a wydaniem orzeczenia co do istoty sprawy przez Sąd drugiej instancji (postanowienia Sądu Najwyższego z dnia 14 listopada 2006 r., III CZP 84/06, nie publ., z dnia 7 listopada 2006 r., III CZP 77/06, nie publ., z dnia 12 kwietnia 2006 r., III SZP 2/06, nie publ. oraz z dnia 28 lutego 2006 r., III CZP 3/06, nie publ.). Z tego względu, przed przystąpieniem do podjęcia uchwały, konieczne jest rozważenie kwestii, której Sąd drugiej instancji nie poświęcił uwagi, zakładając, że Gmina W.C. spełnia kryteria komunalnej jednostki organizacyjnej, o której mowa w art. 2 pkt 11 lit. c u.z.p. Wątpliwości w tym względzie może wywoływać treść art. 4 ust. 1 tej ustawy, który w pkt 3 wymienia oddzielnie jednostki samorządu terytorialnego, a w punkcie 6, obejmującym także zakres podmiotowy ustawy, wymienia komunalne jednostki organizacyjne, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej.

Stosunek dominacji i zależności, określony w art. 2 pkt 11 u.z.p., wyraża się wpływem na jednostkę zależną, którą w rozpoznawanej sprawie jest spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jaki może wywierać na nią wspólnik, a więc odrębny od spółki podmiot prawa, bądź przez dysponowanie w spółce co najmniej 50% udziałami, bądź przez dysponowanie większością głosów na zgromadzeniu wspólników, czy wreszcie przez dysponowanie prawem do powoływania i odwoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego jednostki zależnej. Mając na względzie art. 4 ust. 1 u.z.p. w brzmieniu nadanym

ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, należy przyjąć, że w art. 4 ust. 1 pkt 6 lit. a i b chodzi o wszystkie państwowe i komunalne jednostki organizacyjne, poza tymi, które zostały wymienione w punkcie 1, 2 i 3, jeżeli wykonują zadania o charakterze użyteczności publicznej. Podobny pogląd wyraził Trybunał Konstytucyjny w uzasadnieniu uchwały z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96 (OTK Zb.Urz. 1997, nr 1, poz. 15), w ramach przysługującej wówczas kompetencji ustalania powszechnie obowiązującej wykładni ustaw w odniesieniu do treści art. 4 ust. 1 pkt 4 u.z.p. w brzmieniu obowiązującym do czasu jego pierwszej nowelizacji. Przyjął, że przez państwowe i komunalne jednostki organizacyjne, wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej, o których mowa w tym artykule, należy rozumieć takie jednostki państwowe i komunalne utworzone w celu wykonywania zadań z zakresu administracji publicznej, polegających na zaspokajaniu potrzeb społecznych o charakterze ogólnym, których działalność nie jest nastawiona na maksymalizację zysku. Wprawdzie w związku z art. 239 ust. 3 Konstytucji uchwała ta utraciła moc powszechnie obowiązującą, jednak zachowała swoje walory wspomagające wykładnię podobnego w treści, znowelizowanego art. 4 ust. 1 pkt 6 tej samej ustawy.

Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (jedn. tekst: Dz.U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.), do zadań własnych gminy należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych wspólnoty. Zadania te gmina może wykonywać samodzielnie (art. 2) albo przez tworzone w tym celu jednostki organizacyjne (art. 9). Formy wykonywania przez gminę zadań o charakterze publicznym reguluje bliżej ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. z 1997 r. Nr 9, poz. 43 ze zm.), przewidując formę zakładu budżetowego, niemającego z reguły odrębnej osobowości prawnej, albo spółek handlowych (art. 2).

Rozciągnięcie stosowania ustawy o zamówieniach publicznych na jednostki zależne wykonujące zadania o charakterze użyteczności publicznej podyktowane było, wpływem na te jednostki przez zamawiających, czyli podmioty, które są zobowiązane stosować ustawę przy udzielaniu zamówień. Potwierdza to zmiana art. 2 pkt 11 u.z.p. dokonana ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych (Dz.U. Nr 76, poz. 813), w którym w miejsce dotychczasowych komunalnych i państwowych jednostek organizacyjnych – jako

jednostek dominujących – wpisano zamawiających. Do tej kategorii należą jednostki samorządu terytorialnego, które w obecnym stanie prawnym są jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych (art. 3 pkt 1 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm. w związku z art. 4 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych, Dz.U. Nr 249, poz. 2104 ze zm.) Zakres pojęcia „komunalna jednostka organizacyjna” jest zatem szerszy i obejmuje zarówno same jednostki samorządu terytorialnego, jak i ich jednostki organizacyjne. Zaliczenie do pierwszej kategorii nie budzi żadnych wątpliwości; zakres podmiotowy wyznaczają ustawy regulujące ustrój samorządów terytorialnych poszczególnych szczebli.

Przyjęcie, zgodnie ze stanowiskiem Sądu Apelacyjnego, że gmina jest komunalną jednostką organizacyjną w rozumieniu art. 2 pkt 11 jak i art. 4 ust. 1 pkt 6 lit b u.z.p. w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, otwiera drogę do dalszych rozważań związanych z zasadniczą kwestią stosunku zależności na gruncie art. 2 pkt 11 u.z.p.

Zagadnienie to nie było przedmiotem bezpośrednich wypowiedzi judykatury ani doktryny. Jest to wprawdzie problem związany z uchyloną ustawą (art. 224 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, jedn. tekst: Dz.U. z 2006 r. Nr 164, poz. 1163 ze zm.), ale nie ma on jedynie historycznego znaczenia ze względu na przejęcie w znacznym stopniu treści jej art. 2 do art. 3 nowej ustawy. Wprowadzona z dniem 9 listopada 1997 r. do ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych definicja jednostki zależnej była jedną z pierwszych regulacji tego typu. Zbliżone do niej, ale nie identyczne definicje zostały zamieszczone w tym czasie m.in. w art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (Dz.U. Nr 121, poz. 591 ze zm.) oraz w art. 4 pkt 16 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. – Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. Nr 118, poz. 754 ze zm.) W związku z tym zakres obowiązywania każdej z tych definicji był ograniczony do obszaru tej samej ustawy.

Zgodnie z poglądami doktryny, posługiwanie się definicjami legalnymi preferuje precyzję tekstu i w zasadzie sprzeciwia się ich rozszerzającej interpretacji, jednak nie zawsze ustawodawca posługując się definicją legalną chce osiągnąć pełną przejrzystość określonego terminu. Tak jest wtedy, gdy w ustawie pojawiają

się pojęcia, które ze względu na ich niedookreśloność, bez nadania im bliższego znaczenia, nie mogłyby w żadnym przypadku znaleźć zastosowania. Tak byłoby z pojęciem „jednostki zależnej”, gdyby nie nadano mu bliższego znaczenia w ramach definicji legalnej. Z tego względu nie należy wykluczać zastosowania do wykładni tego typu normy dyrektyw wykładni systemowej i funkcjonalnej.

Jest *prima facie* oczywiste, że czym innym jest prawo wskazywania kandydatów do organu osoby prawnej, a czym innym prawo ich powoływania. Poprzestanie na tej konstrukcji, opartej na dosłownym brzmieniu normy, nie daje jednak jednoznacznych rezultatów co do określenia zakresu pojęcia „jednostki zależnej” w rozumieniu art. 2 pkt 11 lit. c u.z.p. Akt powołania spełnia funkcję performatywną, tzn. wywołuje skutek prawny, w tym przypadku – objęcie funkcji w organie spółki. Zakres znaczeniowy powołania jest szerszy niż nominowania. Podmiot powołujący nominuje określone osoby i nadaje im szczególny status; dzieje się tak także wtedy, gdy powołujący ma jedynie formalnie powołać osoby nominowane przez inny podmiot. Zakres lub brak swobody podmiotu formalnie powołującego osoby wskazane przez inny podmiot określa relacje pomiędzy prawem do nominowania a prawem do powoływania. Ocena tych relacji zależy od precyzyjnej rekonstrukcji treści konkretnego prawa do desygnowania członków. Istotne jest, czy prawo do nominowania jest na tyle silne, że samo powołanie staje się wyłącznie formalnością.

Według art. 2 pkt 11 u.z.p., do uznania jednostki organizacyjnej za zależną wystarczy posiadanie przez komunalną jednostkę organizacyjną prawa do powoływania lub odwoływania w tej jednostce co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego. Gmina W.C. miała prawo wskazywania większości członków pięcioosobowej rady nadzorczej, a wszyscy członkowie rady powoływani byli przez zgromadzenie wspólników. Zakres swobody organu powołującego, był co do większości członków rady, ograniczony wyłącznie do osób wskazanych przez gminę, przy czym wobec brzmienia § 20 ust. 1 umowy spółki liczba osób desygnowanych do rady przez Gminę mogła odpowiadać liczbie trzech miejsc w radzie nadzorczej; wówczas zgromadzenie wspólników mogłoby, co najwyżej nie powołać nominowanych kandydatów. Skorzystanie z tego uprawnienia przez organ powołujący uniemożliwiłoby pracę rady nadzorczej z powodu braków personalnych. Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, jako faktycznie

pozbawiona organu nadzoru, nie mogłaby prowadzić swoich spraw i konieczne byłoby ustanowienie kuratora prawa materialnego na podstawie art. 42 § 1 k.c.

Dotychczasowe rozważania uprawniają do wniosku, że spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, w której większość członków jej rady nadzorczej może być powołana wyłącznie spośród osób wskazanych przez określonego wspólnika, może prawidłowo funkcjonować, uczestniczyć w obrocie gospodarczym, w tym także może realizować zamówienia publiczne, tylko w takim składzie personalnym rady, w którym większość stanowią członkowie wskazani przez tego wspólnika.

Celem ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, będącej pierwszym powojennym aktem prawnym zawierającym systemową regulację w zakresie dokonywania zamówień publicznych na rzecz sektora publicznego, było zracjonalizowanie wydatków publicznych, przeciwdziałanie korupcji oraz stworzenie warunków uczciwej konkurencji. Z tego względu wykładnia przepisów, które w istocie rozszerzały krąg podmiotów podlegających reżimowi zamówień publicznych powinna uwzględniać realizację tego celu. Zamieszczenie przepisów dotyczących jednostek zależnych miało służyć wyeliminowaniu nieprawidłowości przy wykonywaniu zadań o charakterze użyteczności publicznej przez podmioty funkcjonujące formalnie poza strukturą budżetową, a faktycznie powiązane z państwowymi lub komunalnymi jednostkami organizacyjnymi.

Biorąc pod uwagę wszystkie możliwe relacje pomiędzy nominowaniem a powołaniem, dla ustalenia stosunku zależności istotna jest treść, przysługującego jednostce zobowiązanej do stosowania procedury zamówień publicznych, prawa do wskazania kandydata do organu nadzorczego spółki jako jednostki organizacyjnej wykonującej – na podstawie umowy – zadania o charakterze użyteczności publicznej. Jeżeli treść regulacji ustrojowej osoby prawnej wskazuje na co najwyżej formalne działanie organu powołujące członków rady nadzorczej, a *de facto* decydujące jest nominowanie, desygnowanie lub wyznaczenie tych osób przez określony podmiot, to należy przyjąć, że ta osoba prawna jest jednostką zależną w rozumieniu art. 2 pkt 11 lit. c ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych w brzmieniu nadanym ustawą z dnia 29 sierpnia 1997 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych. Realny wpływ na to, czy wskazana osoba zostanie członkiem rady nadzorczej, a nie tylko formalna kompetencja do powołania przesądza uznanie za jednostkę zależną w rozumieniu przytoczonych przepisów.

Taka interpretacja powołania, związanego ze stosunkiem zależności na gruncie przepisów o zamówieniach publicznych, pozostaje w zgodzie z prawem wspólnotowym, które wprawdzie w chwili nowelizacji ustawy o zamówieniach publicznych w 1997 r. nie miało jeszcze zastosowania, ale może stanowić pewien punkt odniesienia, zwłaszcza w bliskiej wówczas perspektywie członkostwa w Unii Europejskiej. W dyrektywach Rady Wspólnot Europejskich nr 93/36/EWG, 92/50/EWG, 93/37/EWG, obejmujących procedury udzielania zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane, uznano za instytucje zamawiające m.in. „podmioty prawa publicznego”, zaliczając do nich podmioty, w których ponad połowa składu ich organu administracji, zarządu lub nadzoru stanowi osoby „mianowane” przez państwo. Pojęciem „wyznaczenia”, „wskazania kandydatów”, „nominowania”, „mianowania” oraz „desygnowania” posługuje się europejski ustawodawca przy określaniu stosunku zależności od państwa podmiotu prawa publicznego (dyrektywy Parlamentu i Rady z dnia 31 marca 2004 r., nr 2004/17/WE, 2004/18/WE).

Zaprezentowany sposób wykładni potwierdza dalsza zmiana art. 2 pkt 11 u.z.p., wprowadzona ustawą z dnia 22 czerwca 2001 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych, w którym element dominacji łączy się w dalszym ciągu z posiadaniem prawa do powoływania co najmniej połowy członków organu zarządzającego lub nadzorczego jednostki zależnej, ale podkreśla się, że w ten sposób jednostka dominująca ma bezpośredni lub pośredni wpływ na jednostkę zależną. Rzeczywisty wpływ na to, czy wskazane osoby zostaną członkami rady nadzorczej, a nie tylko kompetencja do ich powołania, powinien przesądzać, czy dany podmiot należy uznać za jednostkę zależną i w sytuacjach prawem przewidzianych wymagać, aby stosowała przy zawieraniu umów procedurę zamówień publicznych.

Z tych względów Sąd Najwyższy na podstawie art. 390 § 2 k.p.c. podjął uchwałę, jak na wstępie.