

## Załącznik nr 5 do Analizy

### Procedura tworzenia spółki komunalnej, jej organy oraz umowa spółki komunalnej

#### 1. Procedura tworzenia spółki komunalnej

##### I. Etap negocjacji/rozmów dotyczących utworzenia spółki

Na tym etapie JST powinny określić główne zasady współpracy w ramach spółki, a w szczególności ustalić brzmienie przyszłej umowy spółki, a w tym:

- przedmiot jej działalności
- zasady udziału w kosztach wspólnej działalności (w szczególności zasady dokonywania dopłat
- czasu trwania spółki
- zasad podziału majątku spółki po jej likwidacji

##### II. Podejmowanie uchwał o utworzeniu spółki

Aby mogła powstać spółka komunalna, należy dopełnić wymogu formalnego, o którym mowa w art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k. Jest nim podjęcie przez radę gminy/powiatu uchwały o wyborze formy prowadzenia gospodarki komunalnej. Mowa tu o wyborze formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której określone zadanie własne będzie wykonywane. Źródłem kompetencji rady gminy/powiatu jest w tym przypadku art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h) u.s.g. (gmina) bądź art. 12 pkt 8 lit. g) u.s.p. (powiat).

W przypadku wyboru realizowania danego zadania w formie spółki z udziałem JST, konieczne jest przygotowanie umowy (która będzie załącznikiem do uchwały) oraz powołanie spółki w trybie k.s.h.

##### III. Procedura nadzorcza

Wójt (burmistrz, prezydent miasta) ma szczególny obowiązek przedłożenia wojewodzie uchwały rady gminy o utworzeniu spółki komunalnej w ciągu 7 dni od dnia podjęcia uchwały. Wojewoda, w drodze procedury opisanej na schemacie nr 14 może stwierdzić nieważność takiej uchwały. Środki zapobiegawcze może również stosować regionalna izba obrachunkowa. Ma ona kompetencję do unieważnienia uchwały budżetowej w części wydatków przewidzianych np. na zakup przez gminę/powiat udziałów czy pokrycie udziału w kapitale zakładowym spółki.

##### IV. Zawarcie umowy spółki

Umowa spółki musi być zawarta w formie aktu notarialnego<sup>1</sup>. Przy zawarciu umowy JST reprezentuje organ wykonawczy<sup>2</sup> lub działający na podstawie jego upoważnienia zastępca. Należy pamiętać, że takie upoważnienie powinno być udzielone w formie aktu notarialnego z uwagi na fakt, że sama umowa spółki z o.o. wymaga takiej formy do jej zawarcia.

<sup>1</sup> zakres treściowy aktu założycielskiego spółki z o.o. odpowiada zakresowi umowy spółki określonego w art. 157 k.s.h. (art. 304 k.s.h. w przypadku spółki akcyjnej). Podstawa prawna uchwały: art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f oraz g u.s.g. i art. 9 u.g.k.

<sup>2</sup> przed notariuszem staje wójt (burmistrz, prezydent miasta) i zawiązuje spółkę w wykonaniu podjętej uprzednio uchwały rady gminy

## V. Wniesienie wkładów na kapitał zakładowy i pokrycie ewentualnej nadwyżki

Po zawarciu umowy spółki należy wnieść wszystkie wkłady na pokrycie całego kapitału zakładowego (minimalna wysokość to 5.000 zł), wpłacić agio, czyli nadwyżkę ponad wartość nominalną udziału, jeżeli były one obejmowane po cenie od niej wyższej.

## VI. Rejestracja w KRS

Spółka komunalna podlega rejestracji w KRS w terminie 6 miesięcy od dnia zawarcia umowy spółki (art. 169 k.s.h.). Od tej chwili spółka w organizacji (powstała z chwilą zawarcia umowy spółki) przekształca się w osobę prawną. Zgłoszenia zawiązania spółki dokonuje zarząd. Sądem rejestrowym jest sąd rejonowy – sąd gospodarczy właściwy dla siedziby spółki.

### Wymagania formalne dla gminy

Do organów wykonawczych, które będą składały oświadczenia woli w imieniu gminy, o utworzeniu spółki komunalnej, wniesieniu do niej wkładów oraz o objęciu udziałów albo akcji, należą działający co do zasady jednoosobowo odpowiednio wójt, burmistrz czy prezydent miasta (art. 46 ust. 1 w zw. z art. 11a ust. 3 u.s.g.).

Podejmowanie uchwał w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu, co obejmuje także tworzenie i przystępowanie do spółek, a także określenie zasad wnoszenia do nich wkładów przez organ wykonawczy gminy, należy do wyłącznej właściwości rady gminy (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f i g u.s.g.).

Do wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji stosuje się przepisy Kodeksu spółek handlowych oraz przepisy Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem przepisów u.s.g. oraz o ustawy komercjalizacji i prywatyzacji (por.: art. 12 u.g.k.).

Kwestie odnoszące się bezpośrednio do wnoszenia wkładów i obejmowania udziałów lub akcji w spółkach reguluje w ustawie o samorządzie gminnym art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. g, stanowiący, że do wyłącznej właściwości rady gminy należy podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy, przekraczających zakres zwykłego zarządu, dotyczących określania zasad wnoszenia, cofania i zbywania udziałów i akcji przez wójta. Aktywa w postaci udziałów w spółce kapitałowej są składnikami majątkowymi gminy, wchodzącymi w skład mienia gminnego w rozumieniu art. 43 u.s.g.

**Gmina, chcąc wykonywać zadania publiczne poprzez gminną spółkę komunalną, tworzy taką jednostkę w drodze uchwały.** W uchwale, będącej aktem założycielskim, należy określić przedmiot działania spółki. W przypadku natomiast zamiaru powierzenia gminnej spółce komunalnej dodatkowego zadania, nieobjętego treścią aktu założycielskiego, konieczna jest zmiana tego aktu założycielskiego .

Zadania organu wykonawczego (wójta, burmistrza, prezydenta) w sposób przykładowy wymienia art. 30 ust. 1 u.s.g. Zgodnie z normą kompetencyjną zawartą w art. 30 ust. 2 pkt 3 tej ustawy, do zadań organu wykonawczego należy gospodarowanie mieniem komunalnym. Wykonywanie uprawnień, jakie wynikają z posiadania przez gminę udziałów w spółkach kapitałowych należy bezspornie do sfery majątkowej.

Kompetencje organu stanowiącego gminy, tj. rady gminy, ustawodawca zawarł w art. 18 ust. 1 i 2 u.s.g. Przepis ten formułuje zasadę domniemania właściwości rady gminy, przypisując jej wszystkie sprawy należące do zakresu działania gminy, chyba że ustawy stanowią inaczej. W ust. 2 ww. przepisu ustawodawca wymienił natomiast te kompetencje rady gminy, które stanowią najważniejsze i wyłączne uprawnienia organu uchwałodawczego. Jedną z takich kompetencji jest – zgodnie z art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g. – podejmowanie uchwał w sprawach majątkowych gminy przekraczających zakres zwykłego zarządu dotyczących tworzenia i przystępowania do spółek i spółdzielni oraz rozwiązywania i występowania z nich.

Z całą pewnością z regulacji przepisu art. 9 ust. 1 u.g.k. wynika, że gmina jest uprawniona do utworzenia spółki komunalnej i spółka taka stanowi instrument, za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. **W uchwale rady gminy dotyczącej utworzenia spółki komunalnej rada gminy wyraża zgodę na utworzenie spółki, określając przy tym jej nazwę, cel i przedmiot działania.** Uchwała taka jest wydawana na podstawie kompetencji przysługujących radzie gminy określonych w art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. f u.s.g.

Z porównania przywołanych wyżej przepisów (art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. g i h u.s.g.) wynika, że w omawianej materii **rada gminy jest uprawniona wyłącznie do ustalania ogólnych reguł gospodarowania mieniem, w zakresie wnoszenia, cofania lub zbywania udziałów i akcji, natomiast samo gospodarowanie tym mieniem - w tym również objęcie udziałów - należy do kompetencji organu wykonawczego gminy (wójta, burmistrza, prezydenta miasta).**

### Wymagania formalne dla powiatu

W odniesieniu do powiatu norma art. 9 ust. 1 u.g.k. uprawniająca jednostki samorządu terytorialnego do tworzenia spółek komunalnych pozostaje aktualna, jednak w związku z treścią przepisu art. 10 u.g.k. doznaje istotnego ograniczenia. Otóż zgodnie z art. 10 ust. 1 u.g.k. poza sferą użyteczności publicznej gmina może, przy spełnieniu określonych warunków, tworzyć spółki kapitałowe i przystępować do nich. Wnosząc a contrario, ze względu na brak podobnych przepisów w odniesieniu do powiatu, powiat może tworzyć spółki kapitałowe oraz przystępować do takich spółek jedynie w sferze użyteczności publicznej. Ponadto, zgodnie z art. 6 ust. 2 u.s.p., „Powiat nie może prowadzić działalności gospodarczej wykraczającej poza zadania o charakterze użyteczności publicznej”.

Do organów wykonawczych, które będą składały oświadczenia woli powiatu o utworzeniu spółki, wniesieniu do niej wkładów oraz o objęciu udziałów albo akcji, należą, działający w ramach reprezentacji łącznej, dwaj członkowie zarządu powiatu lub jeden członek zarządu i osoba upoważniona przez zarząd (art. 48 ust. 1 u.s.p.).

Podejmowanie uchwał w sprawach przekraczających zakres zwykłego zarządu, co obejmuje także tworzenie i przystępowanie do spółek, a także określenie zasad wnoszenia do nich wkładów przez organ wykonawczy powiatu, należy do wyłącznej właściwości rady powiatu (art. 12 pkt 8 lit. g u.s.p.).

Powiat, podobnie jak gmina, chcąc wykonywać zadania publiczne poprzez powiatową spółkę komunalną, **tworzy taką jednostkę w drodze uchwały.** W uchwale, będącej aktem założycielskim, należy określić przedmiot działania spółki. W przypadku natomiast zamiaru powierzenia powiatowej spółce komunalnej dodatkowego zadania, nieobjętego treścią aktu założycielskiego, konieczna jest zmiana tego aktu założycielskiego (wnioskowanie a contrario z wyroku III SA/Wr 299/13 - Wyrok WSA we Wrocławiu). Zadania organu wykonawczego (zarządu powiatu) w sposób przykładowy wymienione są w art. 32 ust. 2 u.s.p.

Z mocy art. 12 pkt 8 lit. g u.s.p. rada powiatu podejmuje uchwały w sprawach majątkowych powiatu dotyczących tworzenia i przystępowania do spółek, ich rozwiązywania i występowania z nich oraz określania zasad wnoszenia wkładów oraz obejmowania, nabywania i zbywania udziałów i akcji. Na mocy wskazanego przepisu powiat jest uprawniony do utworzenia spółki komunalnej i spółka taka stanowi instrument, za pomocą którego wykonywane są zadania tej jednostki. W uchwale rady gminy dotyczącej utworzenia spółki komunalnej rada gminy wyraża zgodę na utworzenie spółki, określając przy tym jej nazwę, cel i przedmiot działania.

Nie można jednak uznać, że na tej samej podstawie radzie powiatu przysługuje określenie innych warunków przyszłej umowy spółki. Do wnoszenia wkładów oraz obejmowania udziałów i akcji stosuje się przepisy Kodeksu spółek handlowych oraz przepisy Kodeksu cywilnego, z zastrzeżeniem u.s.p. oraz ustawy o komercjalizacji i prywatyzacji (art. 12 u.g.k.).

Z porównania przywołanych wyżej przepisów (art. 12 pkt 8 lit. g i art. 32 ust. 2 u.s.p.) wynika, że w omawianej materii **rada powiatu jest uprawniona wyłącznie do ustalania ogólnych reguł gospodarowania mieniem, w zakresie wnoszenia, cofania lub zbywania udziałów i akcji, natomiast samo gospodarowanie tym mieniem - w tym również objęcie udziałów - należy do kompetencji organu wykonawczego powiatu, którym jest zarząd powiatu.**

## 2. Organy spółki komunalnej

Szczególne przepisy odnoszące się do spółek komunalnych w zakresie jej organów dotyczą:

- rady nadzorczej,
- zarządu,
- zgromadzenia wspólników.

Są to przepisy art. 10a, art. 10b oraz art. 12 ust. 3 u.g.k.<sup>3</sup>

**WAŻNE:** W spółce komunalnej obligatoryjnym organem jest rada nadzorcza. Jej członkowie muszą mieć szczególne, ustawowo określone kwalifikacje.

W pozostałych przypadkach stosuje się do organów spółki komunalnej przepisy k.s.h. Nie ma znaczenia okoliczność, że odesłanie do k.s.h. następuje jedynie w odniesieniu do rady nadzorczej (art. 10a u.g.k.), zaś brak jest takiego odesłania w przypadku zarządu oraz zgromadzenia wspólników spółki komunalnej<sup>4</sup>. Taki stan normatywny prawdopodobnie nie jest wynikiem świadomego wyboru ustawodawcy, lecz skutkiem wadliwej legislacji.

<sup>3</sup> Najpełniejsza jest regulacja rady nadzorczej, gdzie wskazany jest **obligatoryjny charakter** tego organu spółki komunalnej, jego kadencja, a także problem **szczególnych kwalifikacji** wymaganych od kandydatów na członków rad nadzorczych. Z kolei w przypadku zarządu regulowana jest ta ostatnia kwestia, a więc konieczność spełnienia przez kandydatów na członków zarządu spółki komunalnej szczególnych kwalifikacji, a także wskazany jest organ nominacyjny dla zarządu (zgodnie z art. 10a ust. 6 u.g.k. jest nim rada nadzorcza). Natomiast w sytuacji zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) ustawa określa organ samorządu terytorialnego, który wykonuje funkcję tego zgromadzenia – akcje i udziały w spółkach komunalnych zbywa przewodniczący zarządu jednostki samorządu terytorialnego, a w przypadku gminy wójt, burmistrz lub prezydent miasta (art. 12 ust. 3 u.g.k.).

<sup>4</sup> Art. 10a ust. 3 u.g.k. określa, że kadencja członka rady nadzorczej spółki komunalnej trwa 3 lata. Jest to ograniczenie przepisów k.s.h. zarówno o spółce akcyjnej, jak i o spółce z o.o. W spółce akcyjnej istnieje wprawdzie obowiązkowa kadencyjność rady nadzorczej, ale maksymalny jej okres wynosi 5 lat (art. 386 § 1 k.s.h.). Oznacza to, że w komunalnej spółce akcyjnej maksymalna kadencja została skrócona do 3 lat. Z kolei w spółce z o.o. przepis art. 215 § 1 k.s.h. przyjmuje jako regułę kadencję roczną, ale dopuszcza też możliwość innego ustalenia jej w umowie spółki, np. w sposób znacząco wykraczający poza okres 3 lat. Jednakże w przypadku komunalnej spółki z o.o. kadencja rady nadzorczej może maksymalnie wynosić tylko 3 lata, gdyż art. 10a ust. 3 u.g.k. stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 215 § 1 k.s.h..

Skoro przepis art. 10a ust. 3 u.g.k. nie reguluje, czy kadencja członków rady nadzorczej spółki komunalnej ma być wspólna czy odrębna, zastosowanie znajdują przepisy art. 202 § 3 w zw. z art. 218 § 3 k.s.h. (dla spółki z o.o.) oraz art. 369 § 3 w zw. z art. 386 § 2 k.s.h. (dla spółki akcyjnej). Z przepisów tych wynika, że jeżeli umowa albo statut spółki nie uregulują tej kwestii inaczej, to przyjmuje się model kadencji odrębnej. Oznacza to, że kadencja biegnie oddzielnie w odniesieniu do każdego członka rady nadzorczej od momentu jego powołania do zakończenia tej kadencji.

Przepis art. 10a ust. 5 u.g.k. reguluje (poprzez odesłanie wprost do art. 19 ust. 1 u.z.z.m.p.) szczególne wymogi, jakie powinien spełniać kandydat na członka rady nadzorczej spółki komunalnej. Adresatem tej regulacji nie jest sama spółka, lecz podmiot uprawniony do wykonywania praw z udziałów czy akcji należących do jednostki samorządu terytorialnego.

Przepisy art. 19 ust. 1 u.z.z.m.p. wskazują zarówno kryteria pozytywne, a więc te, które musi spełnić kandydat na członka rady nadzorczej spółki komunalnej (pkt 1), jak i kryteria negatywne, które dyskwalifikują danego kandydata do uzyskania mandatu członka tej rady (pkt 2).

Jedynym przepisem, który odnosi się do „**organu właścicielskiego**” spółki komunalnej, a więc do zgromadzenia wspólników spółki z o.o. jest art. 12 ust. 4 u.g.k. Według tego przepisu: „W jednoosobowych spółkach jednostek samorządu terytorialnego funkcję zgromadzenia wspólników (walnego zgromadzenia) pełnią organy wykonawcze tych jednostek samorządu terytorialnego”.

Oznacza to, że funkcję tego zgromadzenia będzie pełnił w przypadku spółki należącej do gminy odpowiednio: wójt, burmistrz czy prezydent miasta (art. 26 u.s.g.), zaś w przypadku spółki należącej do powiatu albo województwa kolejno zarząd powiatu oraz zarząd województwa (art. 26 ust. 1 u.s.p., art. 31 ust. 1 u.s.w.). Jest to przepis kompetencyjny – ważny z punktu widzenia prawa samorządowego, gdyż rozstrzygający kwestie **reprezentacji** jednostki samorządu terytorialnego w tej spółce.

Powyższe unormowanie podkreśla powiązanie organizacyjne spółki komunalnej z samorządem, poprzez powiązanie ich organów.

Istotnym odstępstwem od zasad ogólnych jest obowiązek powołania rady nadzorczej w każdej spółce z udziałem JST. Regulacje dotyczące rady nadzorczej zawarte są w art. 10a u.g.k. Dla potrzeb spółki, o której mowa w Analizie, warto wskazać, że rada nadzorcza powinna zostać przewidziana w umowie spółki oraz powołana wraz z zarządem.

Specyficzne są również warunki powoływania a także odwoływania członków zarządu spółki komunalnej. Dokonuje tego rada nadzorcza (art. 10a ust. 6 u.g.k.), co oznacza ograniczenie w tym zakresie ustawowych kompetencji zgromadzenia wspólników.

Najwyższa Izba Kontroli, w informacji o wynikach kontroli pt. Realizacja Zadań Publicznych Przez Spółki Tworzone Przez Jednostki Samorządu Terytorialnego (Nr ewid. 13/2014/P/14/019/KGP), jako przykład dobrej praktyki wskazała wprowadzanie do umów, na podstawie których następuje przekazanie spółkom komunalnym realizacji zadania publicznego, postanowień nakładających na spółki obowiązek składania sprawozdań miesięcznych, kwartalnych, półrocznych lub rocznych z przebiegu realizacji powierzonych zadań oraz zapewnienie sobie prawa żądania w każdej sytuacji informacji i rozliczeń wydatkowanych kwot w ramach realizowanych przez spółki umów.

### 3. Podstawa działania

Podstawą działania spółki komunalnej jest umowa spółki. Umowa spółki z ograniczoną odpowiedzialnością powinna określać:

- 1) obowiązek powołania **rady nadzorczej** – rada nadzorcza powinna zostać przewidziana w umowie spółki oraz powołana wraz z zarządem. Niedopełnienie tego obowiązku będzie skutkowało odmową rejestracji spółki w KRS na podstawie art. 163 pkt 4 k.s.h.
- 2) obowiązek ustanowienia **regulaminu korzystania z usług publicznych** – spółka komunalna świadcząca usługi publiczne ma obowiązek ustanowić regulamin korzystania z usług publicznych świadczonych przez spółkę, a także obowiązki spółki wobec odbiorców usług. Regulamin ten będzie obowiązywał na obszarze JST po zatwierdzeniu przez organy wykonawcze JST. Ponieważ Pakietowy Projekt PPP nie zakłada świadczenia usług publicznych przez stronę publiczną, umowa spółki komunalnej nie będzie przewidywała takiego regulaminu.

---

Ze względu na odmienny charakter funkcji członka zarządu w stosunku do członka rady nadzorczej kwalifikacje wymagane od kandydata na członka zarządu spółki komunalnej są inne niż w przypadku kandydata na członka rady nadzorczej tej spółki. Podobnie jak w przypadku regulacji na gruncie rady nadzorczej ustawa kreuje tzw. kryteria pozytywne (pkt 1) oraz kryteria negatywne (pkt 2). Jednakże istnieje istotna różnica w stosunku do wymogów stawianych członkom rady nadzorczej spółki komunalnej, gdyż w przypadku kandydata na członka zarządu tej spółki wskazane w ustawie kryteria pozytywne muszą być spełnione **łącznie**, a więc nie wystarczy spełnienie jednego z nich, jak w przypadku kandydatów na członka rady nadzorczej spółki komunalnej. Z kolei w przypadku kryteriów negatywnych wystąpienie przynajmniej jednego z nich dyskwalifikuje kandydata na członka zarządu spółki komunalnej.



- 3) **firmę, siedzibę** spółki – co do zasady siedzibą spółki jako osoby prawnej jest miejscowość, w której siedzibę ma jej organ zarządzający<sup>5</sup>. W umowie spółki można inaczej określić siedzibę spółki. W umowie spółki musi być określona siedziba spółki, natomiast nie ma potrzeby wskazywania jej adresu (wystarczy np. postanowienie: „siedzibą spółki jest miasto Gdynia”).
- 4) **przedmiot działalności** spółki – określenie przedmiotu działalności spółki<sup>6</sup> powinno nastąpić przynajmniej przez podanie rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej<sup>7</sup>. Natomiast sąd rejestrowy nie ma podstaw do badania, czy kapitał zakładowy spółki wystarczy na podejmowanie działań związanych z przedmiotem jej działalności. Tym samym nie może odmówić rejestracji spółki z tego powodu. Głównym ograniczeniem w zakresie przedmiotu działalności spółki jest to, że musi on mieścić się w katalogu zadań własnych tych JST. Przedmiotem działalności spółki w ramach Pakietowego Projektu PPP może być „Przeprowadzenie postępowania w trybie partnerstwa publiczno-prywatnego na wybór Partnera Prywatnego, a następnie przeprowadzenie przedsięwzięcia inwestycyjnego będącego wynikiem tego postępowania, obejmującego budowę a także remont dróg oraz utrzymanie wybudowanej/wyremontowanej infrastruktury w odpowiednim stanie technicznym, obejmującym również jej odtworzenie”
- 5) okoliczność, czy **wspólnik może mieć jeden, czy więcej niż jeden udział** – przyjęcie któregoś z tych dwóch rozwiązań będzie miało skutek odnośnie kwestii podzielności udziałów oraz ich wartości nominalnej. W przypadku, gdy JST postanowią, że dana JST może mieć tylko jeden udział, to udziały te będą miały nierówną wartość nominalną i będą podzielne. W przeciwnym wypadku (tj. gdy na każdą JST będzie przypadał więcej niż jeden udział), udziały będą równe i niepodzielne. W przypadku Pakietowego Projektu PPP, różny poziom przygotowania JST do projektu (a także fakt konieczności odpowiedniego ponoszenia kosztów działalności spółki), będzie determinował nierówną wysokość udziałów w spółce. Tym samym umowa spółki powinna przewidywać, że każda JST będzie mogła posiadać jeden udział.
- 6) **liczbę i wartość nominalną udziałów** objętych przez poszczególnych wspólników – w umowie spółki należy określić liczbę i wysokość udziałów, które poszczególne JST otrzymały w kapitale zakładowym, oraz sposób pokrycia kapitału zakładowego przez JST w zamian za objęte w spółce udziały.
- 7) **podwyższenie kapitału zakładowego** – jeśli JST zamierzają dokapitalizowywać spółkę w trakcie jej działalności, rekomenduje się zastrzeżenie w umowie spółki możliwości podwyższenia kapitału zakładowego (art. 257 k.s.h.). Wówczas podwyższenie kapitału nastąpi wprawdzie na mocy uchwały wspólników, jednak nie będzie to uchwała zmieniająca umowę spółki. Aby to umożliwić, umowa spółki powinna wyraźnie przewidywać, że podwyższenie kapitału zakładowego nie wymaga zmiany umowy spółki, oraz wskazywać maksymalną wysokość podwyższonego kapitału zakładowego oraz termin, w którym podwyższenie ma być dokonane. W Pakietowym Projekcie PPP nie rekomenduje się podwyższania kapitału zakładowego (ze względu na opodatkowanie podatkiem PCC wartości, o którą powiększono kapitał zakładowy). Z tego względu, umowa spółki powinna przewidywać podwyższenie kapitału zakładowego tylko wyjątkowo, w przypadku wyraźnej chęci JST do podwyższenia kapitału zakładowego w przyszłości.

---

<sup>5</sup> Art. 40 k.c.

<sup>6</sup> Takie określenie ma przede wszystkim skutek wewnętrzny – wyznacza zakres swobody działania zarządu i jego ewentualną odpowiedzialność wobec spółki za przekroczenie tego zakresu

<sup>7</sup> Uchwała SN z dnia 21 kwietnia 1989 r., sygn. akt III CZP 24/89, Legalis

- 8) organy spółki**, ich struktura oraz zakres i tryb działania – należą do nich rada nadzorcza, zarząd i zgromadzenie wspólników. Członków zarządu powołuje i odwołuje rada nadzorcza. JST nie mogą przewidzieć innego sposobu powoływania i odwoływania członków zarządu. Nie mogą też określić innej długości kadencji członków rady nadzorczej, niż trzyletnia. Wykonywanie uprawnień właścicielskich następuje zgodnie ze sposobem reprezentacji JST. Gminę najczęściej reprezentuje wójt (burmistrz, prezydent). W przypadku spółek z udziałem gminy konieczne jest wskazanie w umowie spółki, kto w imieniu gminy będzie wchodził w skład zgromadzenia wspólników. Wykonywanie uprawnień właścicielskich następuje zgodnie ze sposobem reprezentacji gminy wskazanym w statucie albo w k.s.h. W spółkach z .o.o. z udziałem gminy najczęściej gminę na zgromadzeniu wspólników reprezentuje wójt (burmistrz, prezydent miasta). Jednak JST w Pakietowym Projekcie PPP mogą uczestniczyć w zgromadzeniu wspólników oraz wykonywać prawo głosu przez pełnomocników – jeżeli ustawa lub umowa spółki nie zawierają ograniczeń w tym zakresie (art. 243 k.s.h.).
- 9) zasady udziału w kosztach** wspólnej działalności – podstawowym środkiem finansowania działalności spółki powinna być dopłata udzielana na podstawie umowy spółki. Umowa może zobowiązywać poszczególne JST do dopłat<sup>8</sup> w granicach liczbowo oznaczonej wysokości w stosunku do udziału (art. 177 § 1 k.s.h.). U.g.k. ani inne ustawy nie ustalają szczególnych w stosunku do k.s.h. reguł określania, wnoszenia czy zwrotu dopłat w spółkach komunalnych. Dopłaty mogą być przeniesione na majątek spółki dopiero od chwili ich realnej wpłaty a nie wcześniej (np. od momentu podjęcia uchwały przez walne zgromadzenie wspólników o dopłatach). Dopłata może być przeznaczona na pokrycie kosztów związanych z realizacją zadania (przygotowanie i przeprowadzenie Postępowania, zawarcie Umowy o PPP, zarządzanie Umową o PPP). Aby powstał skonkretyzowany obowiązek uiszczenia dopłaty, potrzebna jest uchwała wspólników. Zaplanowanie w budżecie przedmiotowego wydatku (paragraf 415 budżetu) nie wymaga uzyskania od rady gminy szczególnej zgody na jego realizację. Takiego wymogu nie stawiają przepisy u.s.g., u.f.p. ani k.s.h. Należy mieć na uwadze, że niewykonanie przez JST zobowiązania, którego treść wynika z umowy spółki, w tym również uchylenie się od obowiązku wniesienia dopłat, może w zależności od istnienia dodatkowych okoliczności, mieścić się w pojęciu „ważne przyczyny” i być podstawą do orzeczenia przez sąd o jej wyłączeniu. Warto przewidzieć obowiązek wniesienia wkładów pieniężnych (należy wykluczyć możliwość wnoszenia wkładu pieniężnego na podstawie umowy darowizny). Nie wydaje się celowym wnoszenie wkładów niepieniężnych do spółki. JST mogą ewentualnie, na podstawie umowy, zobowiązać do przekazania spółce prawa do dysponowania nieruchomościami zajęтым lub przeznaczonymi pod drogi publiczne (umowa użyczenia).
- 10) zasady udziału w zyskach i pokrywania strat** spółki – spółka w ramach Pakietowego Projektu PPP nie będzie przynosić zysku (jednak w takim przypadku JST będą miały prawo do udziału w zysku wykazanym w sprawozdaniu finansowym). Ogólną zasadą jest podział zysku w stosunku do udziałów. W umowie spółki można uregulować inny sposób tego podziału. Nie może jednak być z przeczna z postanowieniami art. 191-193 k.s.h. W odniesieniu do strat, można je pokryć ze środków pochodzących z:
- a. kapitałów zapasowych lub rezerwowych – ich tworzenie jest dobrowolne i należy rozważyć ich utworzenie,
  - b. dopłat - dopłaty powinny być nakładane i uiszczane przez wspólników równomiernie w stosunku do ich udziałów,

<sup>8</sup> Dopłaty są swym charakterem prawnym w pewnym stopniu zbliżone do wkładów, czyli wpłat na udziały, gdyż – tak jak wpłaty na udziały – realnie powiększają majątek spółki. Uzyskane w ich wyniku środki finansowe są przeznaczane na zasilenie kapitału zapasowego i mogą być przez spółkę wykorzystane do realizacji planowanych inwestycji, do sfinansowania bieżącej działalności, zwiększenia wiarygodności kredytowej lub na pokrycie strat. Dopłaty zwiększają środki własne spółki, lecz nie powiększają udziałów wspólników, a w konsekwencji – wielkości kapitału zakładowego (uchwała SN z dnia 12 stycznia 2010 r., III CZP 117/09)

- c. obniżenia kapitału zakładowego – może ono nastąpić w drodze umorzenia udziałów albo poprzez zmniejszenie ich wartości nominalnej. Obniżenie kapitału zakładowego będzie wiązało się z koniecznością zmiany umowy spółki i wpisu tej zmiany do KRS.

**Zasadniczo rekomenduje się, aby straty spółki były pokrywane z dopłat – ze względu na ich przymusowy charakter i możliwość jednoznacznego sformułowania postanowień w tym zakresie w umowie spółki.**

- 11) zasady **rozporządzania udziałami** oraz zasady **rozliczeń majątkowych** – w umowie spółki można ograniczyć obrót udziałami i ich obciążanie przez ustanowienie konieczności uzyskania zgody spółki albo wprowadzenie odmiennych reguł, np. określenie podmiotów, na rzecz których może nastąpić zbycie udziału (art. 182 k.s.h.). Sprzeczne z ustawą będą regulacje umowne bezpośrednio lub pośrednio wyłączające zbywalność udziałów. Nie chodzi tylko o wyłączenie zbywalności wprost, ale także o takie ograniczenie zbywalności udziałów, które czyni zbycie nadmiernie utrudnionym (na przykład zbyt długi termin na wyrażenie zgody przez spółkę na zbycie udziałów bądź na zgłoszenie przez współnika chęci nabycia udziałów innego współnika)<sup>9</sup>. Natomiast ponieważ pożądane jest maksymalne ograniczenie rozporządzania udziałami, zasadne wydaje się uzależnienie możliwości zbycia udziału od nadejścia oznaczonego terminu, albo od ziszczenia się określonego warunku (np. zrealizowanie przedmiotu Umowy o PPP). „Wystąpienie” JST ze spółki może przyjąć postać przymusowego umorzenia udziałów. Takie umorzenie powinna przewidywać umowa spółki (umowa spółki może stanowić, że udziały JST ulegają umorzeniu np. w przypadku niezabezpieczenia przez tę JST odpowiednich środków w budżecie na realizację Projektu, niewykonania określonych obowiązków, unieważnienia Postępowania).
- 12) **czas trwania spółki** - powinien być powiązany z terminem zakończenia Umowy o PPP (bądź unieważnienia Postępowania). Upływ terminu, na jaki spółka została zawiązana, nie spowoduje automatycznego „zakończenia” spółki. Będzie to tylko jedna z przyczyn rozwiązania umowy spółki (art. 270 pkt 1 k.s.h.), co nastąpi dopiero po przeprowadzeniu likwidacji. Umowa spółki może przewidywać specyficzne zasady podziału majątku po jej likwidacji, na przykład różnicując wysokość części przypadającej na daną JST w zależności od stopnia przyczynienia się JST do powstania zobowiązań po stronie spółki (np. poprzez przyczynienie się do nałożenia na spółkę kary umownej).
- 13) **procedura podejmowania decyzji dotyczących realizacji Pakietowego Projektu PPP oraz procedura rozstrzygnięcia sporów (w przypadku braku możliwości podjęcia decyzji ze względu na sprzeczność stanowisk JST biorących udział w Projekcie)** – postanowienia te mogą się okazać niezwykle istotne dla zapewnienia stabilności spółki komunalnej realizującej Pakietowy Projekt PPP. JST powinny określić w statucie związku, które kwestie dotyczące realizacji Pakietowego Projektu PPP będą rozstrzygane w ramach zarządu spółki, a które w ramach zgromadzenia współników. Jednocześnie, zasadne jest, aby ważniejsze decyzje (np. dotyczące niektórych zmian w Umowie o PPP) podejmowane były za pomocą głosowania większościowego przez współników, natomiast w przypadku kwestii kluczowych dla Pakietowego Projektu PPP (wymienionych enumeratywnie w statucie, np. kwestii, które będą miały wpływ na WPF JST biorących udział w Projekcie) – za pomocą głosowania jednomyślnego.

Zarząd zgłasza zawiązanie spółki do sądu rejestrowego właściwego ze względu na siedzibę spółki do celu wpisania spółki do rejestru. Wniosek o wpis spółki do rejestru podpisują wszyscy członkowie zarządu.

---

<sup>9</sup> Kidyba Andrzej. Art. 182. W: Komentarz aktualizowany do art. 1-300 Kodeksu spółek handlowych. System Informacji Prawnej LEX, 2020.