

# OPINIA NR 37/2023

## PREZYDENTA MIASTA KRAKOWA

### Z DNIA 4 kwietnia 2023 r.

**dotycząca projektu uchwały w sprawie ustalenia kierunków działania dla Prezydenta Miasta Krakowa dotyczącej przyspieszenia procesu wymiany opraw sodowych na ledowe – druk 3317.**

Na podstawie § 30 ust. 4 pkt 4 Statutu Miasta Krakowa stanowiącego załącznik do uchwały nr XLVIII/435/96 Rady Miasta Krakowa z dnia 24 kwietnia 1996 r. w sprawie Statutu Miasta Krakowa (tekst jednolity: Dz. Urz. Woj. Małopolskiego z 2019 r., poz. 7074 oraz z 2020 r., poz. 919) postanawia się, co następuje:

**Opiniuje się negatywnie** projekt uchwały wniesiony przez Komisję Kształtowania Środowiska Rady Miasta Krakowa w sprawie ustalenia kierunków działania dla Prezydenta Miasta Krakowa dotyczącej przyspieszenia procesu wymiany opraw sodowych na ledowe – druk 3317.

#### UZASADNIENIE

Do przedmiotowego projektu uchwały, wniesionego przez Komisję Kształtowania Środowiska Rady Miasta Krakowa, zgłaszam zastrzeżenia dotyczące następujących kwestii:

- proponowanych rozwiązań finansowych i korzyści formuły partnerstwa publiczno-prywatnego;
- proponowanych rozwiązań technicznych;
- natury formalnoprawnej poprawności samego projektu uchwały.

Chęć skorzystania z formuły partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej jako PPP) nie jest przypadkowa, a stoją za nią ważne argumenty związane z finansowaniem prowadzonych w ten sposób przedsięwzięć.

W aktualnym budżecie Miasta Krakowa nie ma środków na wymianę takiej liczby opraw w krótkim czasie, w związku z czym zostały podjęte działania, które będą neutralne dla budżetu Miasta.

Kluczowa jest kwestia wpływu przedsięwzięcia na budżet Gminy, w tym obciążenie poszczególnych kategorii wydatków, tj. bieżących, majątkowych oraz związanych z obsługą długu publicznego. Przeprowadzona wstępna *Analiza efektywności realizacji inwestycji polegającej na modernizacji oświetlenia ulicznego miasta Krakowa w formule Partnerstwa Publiczno-Prywatnego*, polegająca na wymianie 25 000 punktów świetlnych, 7 500 słupów, 7 500 kabli, 463 szaf zasilająco-sterowniczych oraz stworzeniu nadrzędnego, otwartego systemu zdalnego zarządzania oprawami typu LED (w tym także istniejącymi na terenie Miasta Krakowa a niepodlegającymi wymianie w ramach niniejszego zadania), wiązałaby się z koniecznością zaciągnięcia przez Gminę Miejską Kraków kredytu. Przy założeniu, że nakłady inwestycyjne wynoszą ok. 120 mln zł, wydatki na obsługę długu publicznego wyniosłyby ok. 20 mln zł. Proponowane w punkcie 6 uzasadnienia sposoby finansowania przedsięwzięcia wiązałyby się zatem z podpisaniem umowy, która w myśl art. 72 ust. 1a ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. *o finansach publicznych* (tekst jednolity: Dz.U. z 2022 r., poz. 1634 z późn. zm., dalej jako u.f.p.) byłaby zaliczona do kategorii tytułów dłużnych. Zaistniałaby wówczas konieczność zwiększenia zadłużenia Miasta, co miałoby bezpośredni wpływ na pogorszenie się obligatoryjnych wskaźników wynikających z art. 242 i art. 243 ww. ustawy.

Biorąc pod uwagę konieczność spełnienia w uchwale budżetowej relacji wynikającej z art. 242 i 243 u.f.p., przy obecnym poziomie zadłużenia Miasta Krakowa, realizacja inwestycji z udziałem środków zewnętrznych mogłoby okazać się o wiele trudniejsza w realizacji niż formuła PPP.

Poniżej przedstawiam obszary wartości dodanej dla omawianego zadania inwestycyjnego w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego:

- efektywna alokacja i transfer ryzyka na stronę prywatną,
- realizacja inwestycji zgodnie z harmonogramem i budżetem,
- redukcja ogólnych kosztów występujących w ramach całego cyklu realizacji zadania,
- orientacja na obniżenie kosztów operacyjnych już od etapu projektowania,
- integracja projektu – realizacja wszystkich etapów projektu np. zaprojektowanie, wybudowanie, operacyjne zarządzanie,
- innowacyjność rozwiązań technicznych, organizacyjnych,
- zapewnienie źródeł finansowania.

Korzyści dla inwestycji polegającej na modernizacji oświetlenia w formule PPP:

- możliwość pozyskania dodatkowego kapitału na nowe inwestycje, bądź jako oszczędności w wydatkach,
- możliwość przekazania na zewnątrz szeregu ryzyk, zwłaszcza ryzyka ekonomicznego przedmiotowego przedsięwzięcia,
- wzrost jakości świadczonych usług,
- transfer nowszych, efektywniejszych technologii (*know-how*),
- neutralność dla bilansu Miasta,
- szybka realizacja inwestycji.

W pkt 2 uzasadnienia opisano, że oprawa ma być wyposażona w sterownik. W założeniach przewidziano stworzenie systemu nadrzędnego, co pozwoli na stosowanie sterowników opraw różnych producentów i zwiększy to konkurencję, wobec czego cena oprawy ze sterownikiem może być niższa niż obecnie. Dodatkowo zastosowanie systemu sterowania pozwoli na uzyskanie około 7% dodatkowych oszczędności, gdyż będzie można zastosować sterowanie dynamiczne umożliwiające obniżenie klas oświetleniowych w zależności od natężenia ruchu drogowego. Do innych zalet sterowania należy zaliczyć:

- umożliwienie zdalnego nadzoru (monitorowanie, konfiguracja) przez sieć internetową z poziomu przeglądarki internetowej – bez konieczności instalowania dodatkowego oprogramowania. Dostęp do interfejsu użytkownika jest możliwy z dowolnego urządzenia wyposażonego w dostęp do internetu i przeglądarkę internetową,
- możliwość podłączenia do dowolnej oprawy czujnika (np. ruchu), który będzie sterował pracą pojedynczej oprawy lub grupy opraw (niezależnie od ich fizycznego połączenia),
- generowanie niezwłocznej informacji o zastosowanym modelu oprawy, jej mocy, numerze obwodu, numerze lampy, numerze szafy sterowniczej, z której jest zasilana, jej czasu włączenia/wyłączenia,
- przekazywanie informacja o nieświecących oprawach,
- dzięki zastosowaniu systemu sterowania poszczególnymi oprawami, grupą opraw można uzyskać większe oszczędności energii elektrycznej zmniejszając ich strumień świetlny w godzinach nocnych,
- generowanie raportów zużycia energii oraz raportów błędów.

Podjęcie kompleksowych działań polegających na utworzeniu systemu nadrzędnego oraz sterowników otwiera możliwość skutecznej walki ze zjawiskiem smogu świetlnego. Zanieczyszczenie światłem ma negatywny wpływ na człowieka, faunę i florę, stąd tak ważne jest posiadanie narzędzi jemu przeciwdziałających. Dodatkowo zastosowanie takich rozwiązań technicznych otworzy infrastrukturę oświetleniową na szeroko rozumiane urządzenia *smart city*, służące agregacji danych miejskich różnego rodzaju (m.in. poprzez rozwój sieci 5G, czujników itp.), ale też zastosowanie na szerszą skalę ładowarek pozwalających na ładowanie hulajnóg, rowerów, a nawet samochodów.

Prace nad wymianą oświetlenia drogowego w formule partnerstwa publiczno-prywatnego (dalej jako PPP) rozpoczęły się 13 października 2022 r. podpisaniem porozumienia z Ministrem Funduszy i Polityki Regionalnej. Zgodnie z art. 16a ust. 1 i 2 pkt 6 ustawy z dnia 19 grudnia 2008 r. *o partnerstwie publiczno-prywatnym* (tekst jednolity: Dz. U. z 2023 r., poz. 30 z późn. zm.) organem właściwym w sprawach partnerstwa publiczno-prywatnego w zakresie uregulowanym w ustawie jest minister właściwy do spraw rozwoju regionalnego, do zadań którego należy, m.in. wsparcie merytoryczne podmiotów publicznych realizujących przedsięwzięcia. Warto zwrócić uwagę, że aby umożliwić udział w naborze wniosków o objęcie przygotowywanego przedsięwzięcia wsparciem doradczym konieczne było wykazanie poparcia realizacji projektu w drodze stosownej decyzji lub uchwały podmiotu zgłaszającego. W tym celu Rada Miasta Krakowa podjęła uchwałę nr LXIV/1843/21 Rady Miasta Krakowa z dnia 25 sierpnia 2021 r. w *sprawie poparcia powierzenia realizacji zadania własnego Gminy Miejskiej Kraków polegającego na utrzymaniu i modernizacji oświetlenia drogowego partnerowi prywatnemu w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego*, która stała się załącznikiem do wniosku aplikacyjnego.

Na mocy ww. porozumienia Minister zobowiązał się do przygotowania postępowania o zamówienie publiczne zmierzającego do zawarcia umowy o świadczenie usług doradczych obejmujących zagadnienia prawne, finansowe oraz techniczne dotyczące przygotowywanego przedsięwzięcia.

Dofinansowanie całkowitych kosztów doradztwa zewnętrznego jest zapewnione przez Ministra w 90%, a jedynie 10% stanowi wkład Gminy Miejskiej Kraków, co jest marginalnym kosztem.

Zadanie ma na celu wypracowanie standardów realizacji projektu w formule PPP, w tym modelu finansowego, zmierzającego do zoptymalizowania efektywności gospodarowania zasobami Gminy Miejskiej Kraków. Jednocześnie realizacja inwestycji w formule PPP nie wyklucza możliwości realizacji inwestycji bez formuły PPP.

W celu przyspieszenia wymiany wszystkich opraw sodowych w mieście, Zarząd Dróg Miasta Krakowa przystąpił do realizacji projektu SMART EPC, gdzie wspólnie z Warszawą oraz innymi miastami europejskimi posiadającymi duże doświadczenie w wymianie oświetlenia na energooszczędne w formule Energy Performance Contract (czyli formule PPP z uwzględnieniem efektywności energetycznej), przystąpiono do procedury opracowania odpowiednich dokumentów oraz wymiany dodatkowo około 10 tys. opraw.

Zarówno w przypadku zastosowania formuły PPP, jak i podejmowania działań inwestycyjnych bez ww. formuły, tj. na przykładzie Warszawy, mamy do czynienia z oszczędnościami zużycia energii elektrycznej, a co za tym idzie niższymi kosztami eksploatacji infrastruktury. Rezygnacja z prowadzenia projektu w formule PPP w sytuacji dużego stopnia zaawansowania prac nad projektem nie jest zasadna tym bardziej, że w ramach projektu zostało już podpisane porozumienie z Ministerstwem Funduszy i Polityki Regionalnej

o współpracy w sprawie wsparcia doradczego dla projektu partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP): Modernizacja oświetlenia drogowego w Krakowie, którego postanowień należy dotrzymać. W związku z powyższymi przedsięwzięciami opracowano projekty inwentaryzacji infrastruktury oświetleniowej, wyznaczenia klas oświetleniowych dla punktów świetlnych, a także audyty energetyczne, które to dokumenty są niezbędne do przeprowadzenia modernizacji oświetlenia drogowego w przyjętej formule. Została również wydana opinia Miejskiego Konserwatora Zabytków dla części obszarów, gdzie została zaplanowana infrastruktura, a dalsze konsultacje trwają.

Warto podkreślić, iż brak realizacji projektów w formule PPP wpływa na brak neutralności zobowiązań wynikających z umów PPP dla długu publicznego. Umowy PPP nie ograniczają ustawowych limitów zadłużenia nałożonych na Skarb Państwa i samorządy, co korzystnie wpływa na wzmocnienie potencjału inwestycyjnego sektora publicznego. Nie jest więc zasadne rezygnowanie z formuły PPP.

Ponadto można mieć zasadne wątpliwości, czy zawarte w § 1 opiniowanej uchwały wskazanie konkretnego sposobu realizacji ustalonego kierunku działania, nie stanowi naruszenia normy kompetencyjnej wyrażonej w art. 18 ust. 2 pkt 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz.U. z 2023 r., poz. 40). Przedmiotowa uchwała ma bowiem charakter kierunkowy, tzn. określa kierunki działania wójta (burmistrza, prezydenta miasta) w zakresie wykonywania określonego zadania publicznego. Podkreślić należy, iż uchwała rady o kierunkach działania wójta nie może ograniczać samodzielności organu wykonawczego w realizacji przyznanej mu ustawowo kompetencji, w tym przez przepisy prawa materialnego, zwłaszcza poprzez formułowanie poleceń czy nakazów konkretnego sposobu załatwienia danej sprawy. Uchwała taka stanowi więc jedynie pewne zalecenia i wskazówki wobec działalności organu wykonawczego gminy i nie może być traktowana jako wydanie mu polecenia przez radę, co osłabia jej moc wiążącą (tak trafnie K. Wlaźlak [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. P. Chmielnicki, Warszawa 2013, komentarz do art. 18, teza 3, LEX/el oraz M. Augustyniak, T. Moll [w:] *Ustawa o samorządzie gminnym. Komentarz*, red. B. Dolnicki, Warszawa 2018, komentarz do art. 18, teza 5, LEX/el). Dlatego właśnie wydaje się wątpliwym zawarte w § 1 ocenianej uchwały zobowiązanie Prezydenta Miasta Krakowa do podjęcia wskazanych tam konkretnych działań. Rada Miasta w ten sposób nałożyłaby na organ wykonawczy gminy konkretny obowiązek, który miałby dać efekt w formie określonej w tych przepisach.

Takie działanie budzi poważne wątpliwości. Sądy administracyjne sformułowały w tym przedmiocie dość jednolite stanowisko. Wyjaśniają one mianowicie, że „przepis art. 18 ust. 2 pkt 2 u.s.g. upoważnia radę gminy do stanowienia o kierunkach działania wójta, a nie do określania form działania. Przepis ten zezwala radzie gminy jedynie na »stanowienie o kierunkach działania wójta«, a więc stanowi upoważnienie do wydawania aktów kierunkowych, wskazujących jedynie cele, priorytety działania wójta, ale nie przesądzających w jaki sposób i w jakich formach ma to działanie być przez wójta podejmowane. Stanowione na podstawie tego upoważnienia uchwały mogą mieć zatem jedynie charakter wewnętrzny, zawierając wytyczne lub zalecenia dla organu wykonawczego. Mogą one określać ogólnie strategię działania wójta, wskazywać hierarchię priorytetów w zakresie realizacji celów i zadań mieszczących się w zadaniach gminy, ale nie mogą wkraczać wprost w zakres działania poszczególnych organów gminy. Podejmowane przez radę gminy na podstawie art. 18 ust. 2 pkt 2 u.s.g. uchwały nie mogą więc wkraczać w zakres kompetencji należnych ustawowo wójtowi z mocy ustawy, naruszałoby to bowiem ustawowy podział kompetencji pomiędzy

organami gminy” (zamiast wielu zob. wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 19 września 2017 r., II GSK 3514/17, LEX 2404511).

Warto także skonfrontować ze sobą dwie zasadnicze regulacje gminnej ustawy ustrojowej, a to wspomniany art. 18 ust. 2 pkt 2 u.s.g. oraz art. 30 ust. 2 pkt 2 u.s.g., który stanowi, że to wójt, będąc podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie uchwał rady, decyduje jednocześnie o sposobie tego wykonywania. Zgodnie ze stanowiskiem Naczelnego Sądu Administracyjnego „to, że radzie gminy przysługuje domniemanie kompetencji (należą do niej wszystkie sprawy pozostające w zakresie działania gminy, o ile ustawy nie stanowią inaczej) nie oznacza, że może ona wkraczać w kompetencje wykonawcze przypisane art. 30 u.s.g. właśnie organowi wykonawczemu” (wyrok NSA z dnia 14 października 2009 r., I OSK 347/2009, LEX 571022). Respektując więc stanowiące uprawnienia rady gminy i możliwość wskazywania kierunków działania organu wykonawczego, rada musi pozostawić sferę sposobu wykonania uchwały wójtowi, zarówno na płaszczyźnie czynności prawnych, techniczno-organizacyjnych, jak i egzekwowania norm ustanowionych przez radę (por. A. Szewc [w:] *Samorząd gminny. Komentarz*, red. A. Szewc, Warszawa 2005, s. 322).

Nawet gdyby w treści uchwały znalazł się proponowany w opinii prawnej przepis mówiący o stosowaniu wykładni autentycznej w razie zaistnienia wątpliwości interpretacyjnych to byłby on, w istocie, przepisem martwym i nie będzie w jakikolwiek sposób sanował nieprawidłowości ocenianej uchwały. Odwołuje się on bowiem do wykładni autentycznej tekstu prawnego, a więc takiego sposobu jego interpretacji, o którym rozstrzyga organ będący autorem norm prawnych. Zasadniczy szkopuł przy przyjęciu takiego rozwiązania polega jednak na tym, iż konieczność stosowania wykładni może wynikać z różnych przyczyn, a zwłaszcza z potrzeby usunięcia wieloznaczności wyrażen, rozbieżności sformułowań, określenia niezbyt precyzyjnych wypowiedzi czy usunięcia kolizji norm prawnych (T. Leśko [w:] T. Leśko, M. Szadkowski, E. Wiślocki, *Prawoznawstwo*, Warszawa 1979, s. 18). Za stosowaniem wykładni przemawiają zasadniczo trojakiemu rodzaju racje, a to (1) lingwistyczne, (2) systemowe oraz (3) funkcjonalne (por. L. Morawski, *Wstęp do prawoznawstwa*, Toruń 2009, s. 134 i n.). Żadne nie występują jednak w związku z opiniowaną uchwałą. Pierwsze z nich (1) koncentrują się na niedoskonałościach języka prawnego, który jest specjalistyczną wersją języka potocznego, obarczonym wszelkimi jego niedoskonałościami, takimi jak np. pojęcia nieostre i wieloznaczne. W treści uchwały takowe nie występują. Po drugie, (2) nie występują też w tym przypadku racje systemowe, albowiem podstawa prawna składa się z przepisu jednego tylko aktu prawnego, brak w niej odwołań do innych aktów, reguluje ona dość prostą materię, która raczej pozbawiona jest szerszego kontekstu systemowego.

Można więc stwierdzić, że w przypadku opiniowanej uchwały do procesu zastosowania wykładni może w ogóle nie dojść, albowiem, jak każdy proces, składa się ona z charakterystycznych etapów, z których wstępnym jest ustalenie, czy przepis prawny budzi jakiegokolwiek wątpliwości (J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 117). Jeżeli więc przepis jest jasny, to, w myśli paremii *clara non sunt interpretanda*, nie wymaga interpretacji.

Zwracam ponadto uwagę, że jeżeli zamiarem projektodawców było przedstawienie swoistej deklaracji, oświadczenia lub wniosku to, zgodnie z § 28 ust. 1 Statutu Miasta Krakowa winni oni posłużyć się formą rezolucji.

Tym samym istnieje wysokie prawdopodobieństwo skorzystania przez organ nadzorczy z przysługujących mu uprawnień.

Mając na uwadze powyższe, opiniuję negatywnie projekt uchwały w sprawie ustalenia kierunków działania dla Prezydenta Miasta Krakowa dotyczącej przyspieszenia procesu wymiany opraw sądowych na ledowe według druku nr 3317.