



L.dz. ZPGO 16/04/04/2017

Warszawa, 4 kwietnia 2017r



*Szanowny Pan
Jerzy Kwieciński
Sekretarz Stanu
Ministerstwo Rozwoju*

Szanowny Panie Ministrze.

W imieniu Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami przekazuję poniżej uwagi Związku odnośnie projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw. Jednocześnie, w punkcie II sygnalizujemy nadużycia, do których dochodzi w związku z funkcjonowaniem od dnia 1.01.2017 r. instytucji tzw. in-house w gospodarce odpadami. Tylko bowiem łączne omówienie uwag do projektu ustawy wraz ze zmianami, które już weszły w życie daje pełen obraz sytuacji rynkowej głównie małych i średnich, polskich, rodzinnych przedsiębiorstw skupionych w Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami.

I. Projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw zawierający w art. 7 zmianę art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach.

Projekt ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw przewiduje w art. 7 zmianę art. 6c ust. 2a ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej jako u.c.p.g.). Już na wstępie sygnalizujemy, że projektowane zmiany w tym zakresie są w całości nieakceptowalne, wnioskujemy o wykreślenie z projektu ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw w całości art.7.

Obecne brzmienie art. 6c ust. 2a u.c.p.g. jest następujące:

„W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować przetarg w trybie ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów”.



Projekt nowelizacji zaś przewiduje brzmienie:

„W przypadku gdy rada gminy w drodze uchwały, o której mowa w ust. 2, postanowi o odbieraniu odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy, wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest obowiązany zorganizować postępowanie w trybie ustawy dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych albo ustawy z dnia 21 października 2016r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi, którego przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli tych nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie takich odpadów”.

Wprowadzenie takiej zmiany należy ocenić absolutnie negatywnie, gdyż:

1. Nie ma ona charakteru redakcyjnego – dotychczas organizowano „przetarg”, a więc konkurencyjny tryb udzielania zamówienia publicznego (zgodnie z art. 10 ust. 1 Pzp – przetarg ograniczony i nieograniczony), natomiast pod pojęciem „postępowania w trybie ustawy Pzp” kryje się nie tylko „przetarg”, ale także tryby niekonkurencyjne z art. 10 ust. 2 Pzp, w tym zamówienie z wolnej ręki (tzw. zamówienie in-house).
2. Odesłanie w u.c.p.g. do ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane także ogranicza konkurencję i udział kapitału prywatnego w wykonaniu zamówienia w tym zakresie. Warunkiem zastosowania umowy koncesji w trybie uproszczonym są wymogi analogiczne do zamówień in-house z Pzp. Mało tego, zamawiający może odstąpić od obowiązku publikowania ogłoszenia o koncesji oraz wstępnego ogłoszenia informacyjnego, czym pozbawia innych przedsiębiorców możliwości skorzystania ze środków ochrony prawnej, które są przewidziane w Pzp w odniesieniu do zamówień in-house. Przepisy te więc jeszcze silniej ograniczają kontrolę postępowań, których przedmiotem jest odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości niezamieszkałych.
3. Ustawa o zmianie PPP ma – w świetle uzasadnienia - „uwolnić potencjał rozwoju PPP i mobilizować środki na inwestycje”. Zmiana u.c.p.g. w omawianym zakresie założeń tych w istocie nie realizuje.
4. Wbrew ocenie zawartej w dokumencie „Ocena skutków regulacji” z dnia 03.03.2017 r. proponowana zmiana nie wpłynie na zwiększenie „stopnia zaangażowania kapitału prywatnego w realizację inwestycji publicznych” oraz na „zwiększenie efektywności inwestycji i świadczenia usług publicznych w Polsce”. Wręcz przeciwnie. Tylko prawidłowo funkcjonujące procesy rynkowe zapewniają najefektywniejsze dysponowanie środkami publicznymi.
5. Ma ona charakter wyraźnie antykonkurencyjny, prowadzi do wyparcia przedsiębiorców prywatnych z rynku gospodarki odpadami i otwiera drogę do jego całkowitej komunalizacji. Projektowane zmiany w u.c.p.g. nie zostały przeanalizowane pod względem ich przewidywanego wpływu na działalność



m.in. małych i średnich przedsiębiorstw (MSP). Taki wymóg formułuje art. 1 ustawy z dnia 26.01.2017 r. o zmianie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Wprawdzie zapis, wprowadzony do ustawy z inicjatywy Prezydenta RP, obowiązywać zaczął 17 marca 2017 r., a więc kilka dni po przekazaniu projektu PPP do konsultacji, tym niemniej wydaje się, iż w trosce o MSP zasadnym było by przeanalizowanie zmiany w u.c.p.g. pod tym kątem.

Jednoznacznie należy stwierdzić, że jeśli projekt zmian u.c.p.g. wprowadzany przy okazji zmiany ustawy PPP, wejdzie w życie, doprowadzi w szybkim tempie do upadku MSP działających w branży gospodarki odpadami.

6. Narusza kompromis wypracowany w Senacie w trakcie procedowania zmian w Prawie zamówień publicznych wprowadzających zamówienia in-house. Kompromis ten miał pozostawić konkurencję na rynku odpadów pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych, w celu ochrony przede wszystkim małych i średnich przedsiębiorstw. Zmiana wyłącza konkurencję w tym zakresie. Przypominamy bowiem, że niespełna rok temu przedstawiciele naszej branży protestowali przeciwko wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego trybu tzw. in house, czyli możliwości powierzenia przez gminę w trybie z wolnej ręki zamówienia na odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów. Ostatecznie Ustawodawca przyjął rozwiązanie będące efektem swoistego kompromisu. Polega ono na tym, iż gmina, która swym systemem odbioru i zagospodarowania odpadów obejmuje oprócz nieruchomości zamieszkałych także te niezamieszkałe, powierzając odbiór albo odbiór i zagospodarowanie odpadów z nieruchomości zamieszkałych należącej do siebie spółce, na zamówienie dotyczące nieruchomości niezamieszkałych musi zorganizować przetarg. Rozwiązanie takie, choć nie w pełni zadowalające, tworzyło jednak niszę rynkową dla działania prywatnych przedsiębiorców. Uzasadnienie Senatu RP, który wprowadził poprawkę dotyczącą zachowania konkurencyjnych reguł na rynku odpadów pochodzących z nieruchomości niezamieszkałych, pozostaje wciąż aktualne. Wskazano wówczas, że jej celem jest zachowanie równowagi rynkowej pomiędzy podmiotami publicznymi i podmiotami prywatnymi, szczególnie z sektora małych i średnich przedsiębiorstw. Usunięcie tego rozwiązania, zgodnie ze stanowiskiem Senatu RP, doprowadzi do negatywnych skutków dla różnorodnych podmiotów gospodarczych, w tym dla polskich małych i średnich firm rodzinnych.

Tymczasem, planowane zmiany w ustawie o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazane w dniu 13 marca 2017 roku do konsultacji społecznych (w ramach projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz niektórych innych ustaw) przewidują wprowadzenie regulacji, które ów kompromis cofają.



II. Działanie in-house w praktyce: rozszerzające rozumienie przesłanek, brak rzetelnego przygotowania postępowań.

Zastosowanie trybu in-house przez jednostkę samorządu terytorialnego obwarowane jest koniecznością spełnienia przez podmiot, któremu powierza się realizację zamówienia z wolnej ręki, kumulatywnie trzech przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt. 12) ustawy Prawo zamówień publicznych. Najważniejszą wydaje się jednak być ta formułująca wymóg, by ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyło wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Jednocześnie jednak ust. 9 tego samego artykułu stanowi, że w przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Wskazane przepisy weszły w życie z dniem 1 stycznia 2017 r. i mimo krótkiego czasu ich obowiązywania należy wskazać na szereg budzących wątpliwości prawnych praktyk podejmowanych przez jednostki samorządu terytorialnego. Przykładem braku przygotowania oraz dowolnej interpretacji przesłanek jest udzielenie zamówienia publicznego na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych przez Gminę Miasto Tarnów. W postępowaniu Miasto Tarnów zastosowało przepisy pozwalające zamawiającemu na oparcie się dla celów spełnienia przesłanki zakresu działalności wykonywanej przez spółkę gminną na prognozach, a nie na dokumentacji finansowej z okresu ostatnich trzech lat, co stanowi ustawową regułę. „Wiarygodna prognoza”, o której mowa w przepisie to zdaniem Miasta jednostronicowa tabelka nie zawierająca żadnych konkretnych danych, mogąca stanowić co najwyżej wstępny opis założeń, „wizji” zamawiającego. Krajowa Izba Odwoławcza w wyroku z dnia 7.02.2017 r. uznała, że gmina dokonała reorganizacji spółki i potwierdziła możliwość oparcia się w tym przypadku na przedstawionych prognozach handlowych.

Wskazujemy, że jeżeli zamawiający zamierza skorzystać z przesłanki stanowiącej wyjątek, wiarygodne prognozy, powinny mieć co najmniej strukturę wymaganą dla dokumentów finansowych sporządzanych przez osoby prawne prowadzące działalność gospodarczą. Warto dodać, że gmina może utworzyć nową spółkę, której działalność ukierunkowana będzie na obsługę swoich mieszkańców, zaś druga spółka obsługiwać może mieszkańców innych gmin. Konsekwencją praktyki



polegającej na dopuszczeniu do działania na terenie gminy dwóch spółek komunalnych świadczących usługi tego samego rodzaju, skierowane jednak do dwóch typów działalności:

- 1) jedna spółka komunalna świadcząca usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców gminy, która udzieliła zamówienia w trybie in-house oraz
- 2) druga spółka komunalna świadcząca usługi odbioru odpadów komunalnych z gmin sąsiednich (czyli de facto prowadzenie działalności komercyjnej na terenach gmin sąsiednich),

będzie wyeliminowanie przedsiębiorców lokalnych prowadzących tego typu działalność na rynku lokalnym, a tym samym spowoduje to wzrost ceny za usługi tego typu (brak konkurencji na rynku). Spółka komunalna w gminach sąsiednich (które zdecydują się na udzielenie zamówienia publicznego w procedurze rynkowej tj. w drodze przetargu nieorganicznego) będzie mogła w przetargu zaoferować cenę poniżej ceny rynkowej (różnica w cenie będzie mogła być zniwelowana ekonomicznie wyższą ceną usług w „rodzimej” gminie, w której „bliźniacza” spółka komunalna świadczy usługi w oderwaniu od realiów rynkowych – na podstawie zamówienia in-house). W dłuższej perspektywie czasowej może to doprowadzić do wyeliminowania przedsiębiorców komercyjnych z rynków lokalnych tj. w gminie prowadzącej działalność za pomocą dwóch spółek komunalnych oraz gminach sąsiednich, które udzielają zamówień w drodze przetargu, a tym samym do wzrostu cen za świadczone usługi odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych

Wobec powyższego postulujemy o podjęcie działań na rzecz doprecyzowania uregulowań trybu in-house, które wyeliminują nadużycia w tym zakresie.

Z wyrazami szacunku,

Przewodniczący Związku

Sławomir Rudowicz