



Warszawa, dnia 24 kwietnia 2018 r.

Pan
Mateusz Morawiecki
Prezes Rady Ministrów

Dotyczy: nieuprawnionego zastosowania przez Miasto st. Warszawa zamówienia in-house dla MPO Sp. z o.o. w zakresie odbierania odpadów komunalnych co stoi w sprzeczności ze Strategią na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju Polski.

Szanowny Panie Premierze,

Niniejszy list ma na celu zwrócenie uwagi Pana Premiera na zamiar nieuprawnionego udzielenia przez m.st. Warszawa własnej spółce - Miejskiemu Przedsiębiorstwu Oczyszczania Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie (MPO Sp. z o.o.) na okres ponad 4 lat zamówienia o wartości ponad pół miliarda zł netto w zakresie odbierania odpadów komunalnych w trybie in-house (udzielenie zamówienia „z wolnej” ręki). Skutkiem takiego działania jest groźba zmaterializowania się wszystkich ryzyk, które pojawiają się w sytuacji monopolizacji rynku tj. w szczególności: i) zwiększenia kosztów świadczenia usługi ponoszonych przez mieszkańców; ii) spadek jakości i standardów wykonania tego zadania oraz zahamowanie innowacyjności na rynku odbioru odpadów w Warszawie iii) eliminacja ukształtowanej i prawidłowo funkcjonującej konkurencji na rynku odbioru odpadów w Warszawie.

W procedowanym w latach 2014-2015 r. rządowym projekcie ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych zawarte zostały przepisy pozwalające gminom na bezprzetargowe udzielanie zamówień spółkom, których właścicielami są jednostki samorządu terytorialnego (tzw. zamówienia in-house). Przepisy te były oprostowywane przez reprezentatywne i branżowe organizacje przedsiębiorców, Radę Dialogu Społecznego a także NSZZ Solidarność. Zamówienia in-house wywołały także liczne kontrowersje w czasie posiedzeń plenarnych Sejmu i w pracach komisji parlamentarnych. Istniały bowiem uzasadnione obawy, że regulacje te, dopuszczone w krajach UE przez znowelizowaną w 2014 r. dyrektywę zamówieniową jako szczególne i ściśle interpretowane odstępstwo od traktatowych zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców, mogą być w Polsce nadużywane przez gminy do ograniczania i eliminowania konkurencji prywatnych przedsiębiorców i monopolizacji rynku usług publicznych przez spółki gminne. Mając to na uwadze ustawodawca ostatecznie zdecydował się na wprowadzenie do projektu nowelizacji Prawa zamówień publicznych z 2016 r. szeregu warunków i ograniczeń, które miały zapobiegać bezzasadnemu nadużywaniu przez gminy zamówień in-house.



Niestety, obostrzenia te okazują się w praktyce dość łatwe do obejścia i niektóre samorządy coraz częściej decydują się na dowolne przyznanie swoim spółkom wyłączności na prowadzenie działalności gospodarczej, w szczególności w zakresie usług związanych z gospodarką odpadami.

Najnowszym przykładem takich praktyk jest zamiar udzielenia przez Miasto st. Warszawa swojej spółce MPO Sp. z o.o. zamówienia o wartości 527 mln zł (netto) na odbieranie odpadów komunalnych ze wszystkich nieruchomości na których zamieszkują mieszkańcy oraz z obiektów gastronomii i targowisk. W kilku zaledwie, lakonicznych zdaniach uzasadnienia ogłoszenia, opublikowanego w Dzienniku Urzędowym UE w dniu 4 kwietnia 2018r., o zamiarze udzielenia tego zamówienia Biuro Zamówień Publicznych Urzędu Miasta stwierdza, że MPO spełnia wszelkie wymogi, aby bezprzetargowo powierzyć tej spółce kontrakt o wielomilionowej wartości i pozbawić inne firmy jakichkolwiek szans na kontynuowanie w tym zakresie działalności gospodarczej. Z oczywistych więc względów na decyzję Miasta odwołanie do Krajowej Izby Odwoławczej wnieśli wykonawcy wykluczeni z jakiegokolwiek możliwości ubiegania się o to zamówienie; na dzień dzisiejszy około 20 podmiotów, w tym prowadzących działalność w zakresie odbierania odpadów jest stroną tego postępowania toczącego się przed Krajową Izbą Odwoławczą). W odwołaniach tych podniesione zostały zarzuty i argumenty prawne, które wskazują jednoznacznie, że przyjęty przez Miasto sposób zmonopolizowania przez MPO rynku odbierania odpadów polega na bardzo wybiórczym i uznaniowym traktowaniu Prawa zamówień publicznych oraz obchodzeniu przepisów, które miały zapobiegać nadużywaniu zamówień in-house. Działania władz m.st. Warszawy stoją w jawnej sprzeczności z konstytucyjnymi i traktatowymi zasadami, ustawą o ochronie konkurencji i konsumentów oraz ustawą Prawo przedsiębiorców.

Jednym z przykładów obejścia przez Zamawiającego (Miasto st. Warszawa) przepisów o zamówieniach in-house zawartych w znowelizowanej w 2016 r. ustawie Prawo zamówień publicznych, jest obejście konieczności spełniania przez wykonawcę zamówienia in-house (spółkę gminną) warunku określonego w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepis ten stanowi, że zamówienie in-house może być powierzone bezprzetargowo spółce gminnej jeżeli ponad 90% działalności tej spółki dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę nad tą spółką. Przy czym procent ten oblicza się na podstawie średniego przychodu osiągniętego przez spółkę gminną za okres ostatnich 3 lat przed udzieleniem zamówienia in-house.

Niezaprzeczną intencją tego przepisu, co wynika nie tylko z przebiegu prac legislacyjnych, ale również z dyrektywy zamówieniowej, jest wykluczenie możliwości bezprzetargowego udzielania zamówień spółce gminnej, która prowadzi działalność w normalnych warunkach konkurencji rynkowej również na rzecz innych zamawiających niż gmina sprawująca nad tą spółką kontrolę. Tego warunku (co najmniej 90% przychodu z działalności na zlecenie zamawiającego) w żaden sposób



nie spełnia warszawskie MPO, co można stwierdzić na podstawie jego sprawozdań finansowych. W celu obejścia tego przepisu, Zamawiający wykorzystał więc inny przepis, art. 67. ust. 9 Pzp, który stanowi, że „w przypadku gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez spółkę gminną lub reorganizację jej działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności (90%) ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Wykorzystując ten przepis Miasto st. Warszawa stwierdziło w dwóch zdaniach ogłoszenia o zamiarze udzielenia zamówienia, że MPO jest właśnie w trakcie reorganizacji, a sporządzone przez zamawiającego „wiarygodne prognozy handlowe” stwierdzają, że dopiero w najbliższych trzech latach (wskutek wykluczenia konkurencji prywatnej) przychody MPO z działalności powierzanej przez Miasto st. Warszawa będą wynosiły ponad 90%. Upoważnia to, zdaniem władz m.st. Warszawy do stwierdzenia, że warunki bezprzetargowego zlecenia przez Miasto swojej spółce zamówienia za ponad pół miliarda złotych zostały spełnione. Z ogłoszenia wynika więc, że mimo iż obecnie MPO nie spełnia „warunku 90%” to będzie go zapewne spełniało w niedalekiej przyszłości, po przeprowadzeniu jakiejś, bliżej nieokreślonej reorganizacji, co mają potwierdzać sporządzone na zlecenie Ratusza „wiarygodne prognozy handlowe”, które - pomimo skierowania stosownych próśb i wniosków - nie zostały ujawnione. Oczywiście, tak wywiedzonego jedynie w celu obejścia przepisów ustawowych uzasadnienia dla powierzenia przez Miasto st. Warszawa swojej spółce wielomilionowego kontraktu bez stosowania jakichkolwiek procedur konkurencyjnych, nie trzeba poddawać pogłębionej analizie prawnej by stwierdzić, że konstrukcja ta stanowi jedynie fortel wykorzystujący niedoprecyzowanie w przepisach takich pojęć jak „reorganizacja” i „wiarygodna prognoza handlowa”.

Oczywistym skutkiem takiego przejęcia przez spółkę miejską rynku odbierania odpadów będzie nieunikniony w warunkach monopolu wzrost opłat dla mieszkańców. Według ostrożnych szacunków koszt zakupu przez MPO dodatkowych śmieciarek, pojemników oraz rozbudowa baz logistyczno-magazynowych niezbędnych dla obsługi sektorów obsługiwanych dotychczas przez spółki prywatne wyniesie co najmniej 100 000 milionów złotych, które zostaną sfinansowane przez mieszkańców z opłat za odbieranie odpadów. Tymczasem zupełnie bezużyteczne staną się pojazdy, pojemniki, bazy logistyczno-magazynowe, w które przedsiębiorcy prywatni zainwestowali setki milionów złotych, zachęceni do tego w minionych latach przez samorządy, obligowani przepisami znowelizowanych w latach 2011-2012 ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz ustawy o odpadach a w przypadku Warszawy także zobowiązani warunkami przetargu z 2013 r. w zakresie wyposażenia śmieciarek w urządzenia wagowe, systemy RFID i satelitarnej nawigacji oraz zapewnienie odpowiedniej liczby pojemników (system wprowadzony dotychczas przez m.st. Warszawa opierał się na zaawansowanych technologiach systemu RFID oraz systemy wag dynamicznych montowanych na pojazdach umożliwiających ważenie i przesyłanie danych o odbiorze w trybie on-line w odniesieniu do każdego pojedynczego opróżnianego pojemnika). Firmy



prywatne, które zostałyby z początkiem 2019 r. wyeliminowane z rynku, dodatkowo musiałyby ponieść koszty związane z odprawami zwalnianych pracowników.

Ważnym aspektem nadużywania przez gminy swej dominującej pozycji zarówno na rynku usług publicznych, a także w innych sferach działalności gospodarczej jest zupełnie niezrozumiałe i niczym nieuzasadnione wchodzenie spółek gminnych w obszary działalności gospodarczej, w których działalność prowadzą konkurujący ze sobą przedsiębiorcy. Z danych Ministerstwa Skarbu Państwa z 2016 wynikało, że jednostki samorządu terytorialnego miały udziały w ponad 2500 spółkach z ograniczoną odpowiedzialnością oraz dodatkowo były akcjonariuszami ponad 400. Liczne nieprawidłowości w działalności tych spółek, pogarszające się wskaźniki ich zadłużenia, złe wyniki finansowe przy jednoczesnym wzroście zatrudnienia aż o 10 tys. etatów w latach 2009-2013, wskazują wyniki kontroli NIK pt. „Realizacja zadań publicznych przez spółki tworzone przez jednostki samorządu terytorialnego”, które opublikowane zostały 9.04.2015 r. (<https://www.nik.gov.pl/kontrole/P/14/019/>). Równie krytycznie NIK w 2016 r. oceniła gospodarkę wodno-ściekową, prowadzoną w warunkach całkowitego monopolu przez spółki gminne, wskazując, że „Postawione w potrójnej roli: właściciela przedsiębiorstwa, regulatora i przedstawiciela konsumentów samorządy nie wykorzystywały skutecznie swoich uprawnień i nie chroniły mieszkańców przed systematycznym wzrostem cen za dostarczanie wody i odprowadzanie ścieków. W ciągu ośmiu lat ceny te wzrosły o ponad 60 proc., co istotnie odbiegało od poziomu inflacji w Polsce.” NIK zwróciła przy tym uwagę, że obciążenie budżetów domowych konsumentów kosztami dostarczania wody i odprowadzania ścieków w Polsce należy do najwyższych w Unii Europejskiej i osiągnęło już poziom, powyżej którego zostanie naruszona unijna zasada dostępności cenowej usług (<https://www.nik.gov.pl/aktualnosci/nik-o-kszaltowaniu-cen-za-dostarczanie-wody-i-odprowadzanie-sciekow.html>).

Mając na uwadze chociażby przytoczone raporty NIK, zupełnie niezrozumiałym i nieuzasadnionym wydaje się dążenie gmin do objęcia także gospodarowania odpadami całkowitym monopolem spółek gminnych. Zauważalna w ostatnich latach organiczna niechęć samorządów do zachowania i popierania konkurencji na rynku usług publicznych oraz do realizacji wspólnych z sektorem prywatnym projektów w formule partnerstwa publiczno-prywatnego sprawia, że w samorządach niepotrzebnie marnotrawione są środki publiczne, zaś fundusze unijne częstokroć przeznaczone są na nieefektywne inwestycje i źle zarządzane zakłady. Zastępowanie spółek prywatnych, spółkami komunalnymi i wchodzenie samorządów w działalność stricte gospodarczą powoduje także nieuzasadnione ograniczanie konkurencji będącej najlepszym gwarantem jakości i akceptowalnych społecznie cen usług.

Udzielenie in-house przez taki samorząd jak m.st. Warszawa daje innym gminom jasny sygnał, w jaki sposób stosując sztuczne zabiegi, można wyeliminować konkurencję i przejąć cały rynek gospodarowania odpadami komunalnymi.



Szanowny Panie Premierze,

W dniu 30.03.2016 r. gdy prezentował Pan na posiedzeniu sejmowej Komisji Gospodarki i Rozwoju informację o priorytetach działania Ministerstwa Rozwoju oraz głównych celach polityki gospodarczej rządu, zdesperowani przedsiębiorcy protestowali przeciwko in-house m.in. pod gmachem Sejmu. W czasie tego wystąpienia zapowiedział Pan pakiet ustaw, tzw. Konstytucję dla biznesu. W tej samej wypowiedzi odniósł się również Pan Premier do zamówień in-house stwierdzając: *„Dzisiaj, propozycje które myśmy złożyli – Ministerstwo Rozwoju – były takie, żeby nadal jednostki samorządu terytorialnego musiały posługiwać się przetargami jeśli chodzi o gospodarkę odpadami – wywóz śmieci. Ale – z tego, co wiem – jest potężny lobbying wśród Posłów i lobby samorządowe, które jest najmocniejsze w kraju, dużo mocniejsze niż lobby przedsiębiorców... Niestety, Panie Przewodniczący, tylko Wy, Wasza Komisja i nasze Ministerstwo możemy tutaj coś temu zaradzić, bo z tego co wiem w Sejmie będzie przekraczanie takie, żeby in-house był również dla gospodarki odpadami. Czyli jutro będziemy mieli manifestację, czy dzisiaj – nie wiem kiedy – może ktoś z Państwa słyszał? – manifestacja firm zajmujących się wywozem śmieci. Bo oni są skrajnie nieszczęśliwi. Ja mogę powiedzieć, że mamy czyste, w miarę sumienie, bo zaproponowaliśmy tak, ale potężne lobby samorządowe już dzisiaj odkręca to w drugą stronę. Ja nie wiem, co Państwo zadecydujecie – bo to Wy zadecydujecie w Parlamencie.”* Z wielką aprobatą i nadzieją, także jako organizacja członkowska Związku Przedsiębiorców i Pracodawców, przyjęliśmy więc niedawne uchwalenie, zapowiedzianych przez Pana Premiera w marcu 2016 r., ustaw w ramach Konstytucji dla biznesu, a w szczególności ustawy Prawo przedsiębiorców. Liczymy na to, że przepisy tej ustawy zostaną wprowadzone do praktyki postępowania także organów samorządowych, instytucji orzekających i sądownictwa. Pierwszorzędne znaczenie dla przedsiębiorców mają bowiem przepisy:

- art. 2 zapewniającego wolność i równoprawność prowadzenia działalności gospodarczej,
- art. 10 ust. 1 i 11 ust. 1 zobowiązującego organy Państwa do stosowania zasady zaufania do przedsiębiorcy i rozstrzygania ewentualnych wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy, także w zakresie ograniczenia lub odebrania uprawnienia,
- zaś w kontekście postępowania o zamówienie publiczne prowadzonego przez Miasto st. Warszawa kapitalne znaczenie i bezpośrednie zastosowanie powinien znaleźć art. 12 ustawy Prawo przedsiębiorców, który zobowiązuje organy do prowadzenia postępowania w sposób budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, kierując się zasadami proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania.

Biorąc pod uwagę pogarszająca się stale sytuację rynkową małych i średnich, głównie rodzinnych, prywatnych przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku gospodarki odpadami oraz biorąc pod uwagę doświadczenia branży związane z gospodarką odpadami z terenu obiektów niezamieszkałych postulujemy także zmianę ustawy w zakresie normującym odbiór i zagospodarowanie odpadów



komunalnych z nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy. Wnosimy o uchylenie ust. 2-4 z art. 6c i dodanie przepisu stanowiącego, iż właściciele nieruchomości, na których nie zamieszkują mieszkańcy a powstają odpady komunalne zobowiązani są do zawarcia umów na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych z podmiotami, o których mowa w art. 6 ust. 1 pkt 2 ustawy. Efektem zmiany było by pozostawienie odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu nieruchomości niezamieszkałych wolnemu rynkowi. Za takim rozwiązaniem przemawiają liczne argumenty na rzecz rozwoju przedsiębiorczości zarówno w aspekcie podmiotów zajmujących się odbiorem i zagospodarowaniem odpadów jak też przedsiębiorców - wytwórców odpadów. Po pierwsze, wyłączenie z systemu gospodarki odpadami nieruchomości niezamieszkałych pozwoli na utrzymanie się na rynku gospodarki odpadami firm odbierających odpady komunalne, które to firmy de facto tracą możliwość ubiegania się o zamówienia na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych po wprowadzeniu zamówień in-house. Proponowane rozwiązanie stworzyło by niszę rynkową, w ramach której firmy te mogły by funkcjonować. W przypadku rezygnacji przez gminę, w dalszej perspektywie z korzystania z narzędzia w postaci in house, na rynku przetrwały by dzięki temu podmioty zdolne konkurować o zamówienie w postępowaniu organizowanym przez gminę. Po drugie, skutkiem zmiany było by uelastycznienie systemu odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z nieruchomości niezamieszkałych polegające na pozostawieniu wytwórcy odpadu swobody w zakresie gromadzenia i zagospodarowania wytwarzanych odpadów komunalnych, przy jednoczesnym uwzględnieniu hierarchii sposobów postępowania z odpadami komunalnymi. Należy bowiem podkreślić, iż obecnie funkcjonujące gminne systemy gospodarki odpadami komunalnymi nie uwzględniają specyfiki podmiotów działających na nieruchomości niezamieszkałej, w szczególności posiadania przez firmy kompleksowych systemów gospodarki odpadami (obejmujących wszystkie odpady wytworzone na terenie firmy), sezonowości produkcji oraz ilości zatrudnianych osób, co przekłada się na sezonowość ilości wytwarzanych odpadów komunalnych. Ubezwłasnowolnienie wytwórcy odpadu komunalnego w zakresie powierzenia odpadu do zagospodarowania powoduje, że odpady z nieruchomości niezamieszkałych są marnotrawione przez podmioty odbierające odpady w ramach systemu gminnego. Przed 1 lipca 2013 r. (a więc wejściem w życie noweli ustawy) funkcjonowały firmy specjalizujące się w odbiorze i recyklingu określonej jakości surowca (np. papieru) z obiektów komercyjnych i osiągany przez nie poziom odzysku i recyklingu wynosił 80-90%, obecnie zaś plasuje się na poziomie ok. 20%. Wytwórca odpadu nie ma motywacji ekonomicznej do zwiększania poziomu segregacji na danym obiekcie. Przed wejściem w życie art. 6c u.c.p.g. zarządcy/właściciele niektórych obiektów dokonywali sprzedaży surowców lub przekazywali je bezpłatnie, co zwiększało motywację do segregacji. Postulowane przez nas rozwiązanie doskonale wpisuje się więc w działania zmierzające do ukształtowania modelu gospodarki o obiegu zamkniętym, czemu zapewne nie służyłby skostniały, sztucznie ujednolicony obecny system gospodarowania tymi odpadami przez gminy.



Mamy nadzieję, że w ramach aktualnych prac nad projektem nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych, także Minister Inwestycji i Rozwoju zechce ponownie rozważyć przepisy o zamówieniach in-house i je doprecyzować w sposób wykluczający nadużywanie tej instytucji przez zamawiających niezgodnie z wolą i intencją ustawodawcy oraz niezgodnie z innymi ustawami chroniącymi przedsiębiorców i konkurencję. Liczymy bardzo na to, że powołany niebawem przez Pana Premiera Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców, zechce również zapoznać się z naszymi postulatami ograniczenia dowolności w stosowaniu trybu in house oraz pozostawienia odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych z terenu nieruchomości niezamieszkałych wolnemu rynkowi.

Z wyrazami szacunku,

Prezes Zarządu
Dariusz Matlak

Wiceprzewodniczący ZPGO
Sławomir Rudowicz

Do wiadomości:
Minister Inwestycji i Rozwoju
Prezes Urzędu Zamówień Publicznych