



Kopia

L.dz. ZPGO 22/25/05/2017

Warszawa, 25 maja 2017r



Szanowny Pan
Paweł Szaciłło
Dyrektor Departamentu
Partnerstwa Publiczno-Prywatnego
Ministerstwo Rozwoju

Szanowny Panie Dyrektorze.

Bardzo dziękujemy za możliwość przedstawienia stanowiska oraz poniższą korespondencję, którą odbieramy jako wyraz przychylności Ministerstwa do stanowiska przedsiębiorców działających w branży gospodarowania odpadami. Dostrzegamy płynący z niej wniosek, iż Państwa wolą jest, aby odbiór i zagospodarowanie odpadów komercyjnych (z nieruchomości niezamieszkałych) nie podlegał zleceniom bezpośrednim „in-house”.

Jednocześnie chcielibyśmy przekazać dalsze spostrzeżenia, które dotyczą dotychczasowego stosowania przesłanek „in-house” i argumentację, którą w naszej ocenie należałoby rozważyć w trakcie prac legislacyjnych. Wynikają one z naszej praktyki, w zakresie funkcjonowania instytucji „in-house” od momentu wejścia znowelizowanych przepisów ustawy PZP. W szczególności niektóre z przepisów, z uwagi na ich niejednoznaczność powodują utrudnienia w ich stosowaniu, a tym samym, w jednoznacznym określeniu praw i obowiązków stron w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Powyższe w naszej ocenie prowadzi do ograniczenia pewności stosowania prawa i zasady przejrzystości w stosowaniu zamówień publicznych (art. 7 ust. 1 ustawy PZP).

1. Ogłoszenia.

Jednym z głównych problemów jest właśnie brak dokonywania ogłoszeń w postępowaniach prowadzonych w trybie „in-house”, a jedynie publikowanie „informacji”. Po pierwsze, informacja nie jest instytucją zdefiniowaną na gruncie ustawy PZP. Po drugie, brak jest uregulowań, które regulowałyby sposób upubliczniania informacji, zgodnie ze standardami ustawy prawo zamówień publicznych. Po trzecie, powyższe uregulowanie powoduje nieuzasadnione ograniczenia w korzystaniu ze środków odwoławczych (poprzez wielość interpretacji obowiązujących przepisów):

- art. 179 ust. 2 ustawy PZP – możliwość wnoszenia środków odwoławczych przez organizacje wpisane na listę, o której mowa w art. 154 pkt. 5 ustawy PZP,
- art. 185 ust. 1 ustawy PZP- nieokreślony sposób powiadamiania wykonawców o wniesieniu odwołania i wezwaniu do przystąpienia.



2. Moment wszczęcia postępowania.

Podnosząc wątek poruszony przez Pana Dyrektora, wskazujemy, że powyższe (brak ogłoszeń) powoduje również niejednoznaczność przepisów dotyczących momentu wszczęcia postępowania w trybie in-house. W szczególności, w świetle art. 2 ust. 7a ustawy PZP, nie jest jednoznaczne, czy w odniesieniu do zamówienia z wolnej ręki momentem wszczęcia postępowania jest moment przesłania zaproszenia do negocjacji w celu wynegocjowania postanowień umowy, czy moment wynegocjowania postanowień umowy. Wyrażamy przekonanie, że niejasność sformułowań jest zawsze szkodliwa dla bezpieczeństwa obrotu prawnego. W szczególności nie jest jednoznaczny moment oraz zakres czynności, od których wykonawcom przysługują środki odwoławcze.

3. In-house a nieruchomości niezamieszkałe.

Przekazując powyższą argumentację, chcielibyśmy wskazać, że wprowadzenie zmian legislacyjnych w art. 6c ust. 2a UCPG dodanym ustawą o zmianie ustawy PZP i niektórych innych ustaw, powinno być dokonywane bardzo ostrożnie. W szczególności wprowadzenie możliwości stosowania zleceń bezpośrednich „In-house” w odniesieniu do odbioru i zagospodarowania odpadów z terenu nieruchomości niezamieszkałych, może prowadzić do naruszenia z prawa Unii Europejskiej, w tym z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej:

- zasady równego traktowania i pomocy publicznej poprzez uprzywilejowanie własnych przedsiębiorstw (art. 106 i nast. TFUE),
- prawa konkurencji- z uwagi na przekroczenie granic dowolności w określaniu usług świadczonych w ogólnym interesie gospodarczym (art. 14 Traktatu w zw. z Protokołem 26 oraz art. 106 TFUE)
- zasad dotyczących ochrony środowiska (tj. zasady „zanieczyszczający płaci”- art. 191 ust. 2 TFUE),

oraz Dyrektywy 2014/24/UE (bezprawne bezpośrednie udzielanie zamówień jest uznane przez Trybunał Sprawiedliwości za najpoważniejsze naruszenie prawa [Unii] w dziedzinie zamówień publicznych ze strony instytucji zamawiającej lub podmiotu zamawiającego- vide motyw 13 Dyrektywy 2007/66/WE).

Cenną wskazówką w powyższym zakresie jest Decyzja Komisji z dnia 25 kwietnia 2012 r. w sprawie pomocy państwa SA.25051 – C 19/10 (ex NN 23/10) przyznanej przez Niemcy na rzecz Zweckverband Tierkörperbeseitigung w Nadrenii-Palatynacie i Saarze oraz w powiatach Rheingau-Taunus-Kreis i Limburg-Weilburg.

„Według Komisji usuwanie materiału kategorii 1 i 2 nie różni się znacząco w swojej istocie od innych rodzajów działalności gospodarczej. Z tego względu nie można go uznać za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym. Wbrew temu, co twierdzi BVerwG, ścisła kontrola przewidziana w rozporządzeniu (WE) nr 1069/2009 nie oznacza, że usuwanie materiału kategorii 1 i 2 należy uważać za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym. Ponadto funkcjonowanie przedmiotowego sektora regulują przepisy prawa Unii. W szczególności w przepisach tych wymaga się, aby zanieczyszczający poniósł koszt



usunięcia materiału kategorii 1 i 2. Wynika z tego, że nie ma możliwości wykorzystania środków z budżetu publicznego w celu pokrycia części kosztu, jak uznał Trybunał Sprawiedliwości w wyroku w sprawie GEMO. Ze względu na te przepisy szczegółowe prawa Unii nie ma już możliwości wprowadzania przepisów krajowych w celu uznania usuwania materiału kategorii 1 i 2 za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym, co stanowi odejście od prawa Unii. Uznanie tej działalności za usługę świadczoną w ogólnym interesie gospodarczym jest zatem wykluczone.” –materiały kat. 1 i 2, o których mowa w Decyzji, to materiały wytwarzane w ramach działalności rolniczej- przyp. aut.

4. Wnioski

Z uwagi na powyższe proponujemy wyłączenie z procesu nowelizacji ustawy o PPP zagadnień uregulowanych w ustawie o utrzymanie czystości i porządku w gminach, tj. wykreślenie z projektu ustawy o zmianie ustawy o partnerstwie publiczno- prywatnym oraz niektórych innych ustaw w całości artykułu 7 (dotyczącego zmiany art. 6c ust. 2a UCPG).

Jeżeli chodzi o wyrażoną w korespondencji intencję Ministerstwa, aby umożliwić stosowanie w odniesieniu do postępowań w sprawie odbioru i zagospodarowania odpadów takich trybów jak dialog konkurencyjny lub partnerstwo innowacyjne (oczywiście po spełnieniu przesłanek PZP dotyczących stosowania tych trybów), należałoby w naszej ocenie ewentualnie rozważyć wyraźne wskazanie w przepisie trybów i przesłanek, w jakich byłoby dozwolone **konkurowanie** o zamówienie przez wykonawców.

Jednocześnie, z uwagi na powyższe argumenty wskazujemy, że pożądane byłoby wprowadzenie zmiany do ustawy Prawo zamówień publicznych ze wskazaniem na obowiązek dokonania **ogłoszenia** w przypadku zamówień „in-house”.

Dziękujemy za dotychczasową przychylność, i wyrażamy nadzieję, że powyższe wyjaśnienia naświetlają problemy, z którymi borykają się przedsiębiorcy zrzeszeni w naszej organizacji.

Pozostajemy w pełnej dyspozycji w zakresie udzielenia dalszych informacji.

Z wyrazami szacunku,

Przewodniczący Związku

Sławomir Rudowicz

Załączniki:

- 1) tekst powoływanej decyzji Komisji Europejskiej.