

ZWIĄZEK PRACODAWCÓW GOSPODARKI ODPADAMI



Warszawa, 2 lutego 2016 roku

Pan Mateusz MORAWIECKI
Wicepremier, Minister Rozwoju

Szanowny Panie Premierze,

Kilka dni temu wraz z innymi członkami prezydium rządu wystąpił Pan na konferencji prasowej dotyczącej innowacyjnej gospodarki, która - co oczywista - musi funkcjonować w elemencie konkurencyjności (sporu, dyskusji, rywalizacji itp.) i która byłaby zwrotem w niekorzystnym trendzie tzw. średniego rozwoju. Jednocześnie w resorcie, którym Pan kieruje, przygotowywana jest skądinąd niezbędna inicjatywa legislacyjna rządu, jaką jest nowelizacja ustawy *Prawo zamówień publicznych* (dalej: Pzp). Projekt ten zawiera jednakże zupełnie **zbędne zapisy** dotyczące wyłączeń od stosowania przepisów Pzp na rzecz prawa do ustanawiania monopolii (doktryna in-house, sprowadzająca się do uprawnienia - pod wieloma wszakże warunkami - do zlecenia przez zamawiającego własnej jednoosobowej spółce bez stosowania jakichkolwiek procedur konkurencyjnych regulowanych właśnie przez Pzp). Gdy więc zestawimy poszukiwanie mechanizmów innowacyjności, to na pewno nie znajdziemy ich w stojącej wodzie monopolu, "złego" etatyzmu i rozumiem, że nie ma co do tego sporu. Problem jest poważny, bo dotyczy zleceń o wartości rocznej ok. 140 mld, a trzeba pamiętać, że różnymi drogami (wyłączenia sektorowe, zlecenia podprogowe itp.) dodatkowe 90 mld jest „powierzone” przez zamawiających z pominięciem przepisów Pzp. Nawet jednak wyłączenie niewielkiej skali - przyzwolenie na etatyzm bez jakiegokolwiek idei przewodniej (celu, potrzeby itp.) - działa wbrew kreowaniu mechanizmów innowacyjności, nie mówiąc już o tym, że jest działaniem na szkodę konsumentów, bo mocą aksjomatu trzeba przypomnieć, że każdy monopol w dłuższej perspektywie prowadzi do pogorszenia optimum między ceną i jakością (renty monopolowej).

In-house jest doktryną zrodzoną z kompromisu między ogólną i nadrzędną zasadą konkurencyjności, a przypadkami, kiedy nie ma wystarczającej podaży usług w przystępnej cenie lub podaż ta ma charakter patologiczny (zmowy przetargowe itp.). Sprowadza się więc do tego, że w **wyjatkowych przypadkach**, w sytuacji przymusowej - gdy nie można w sposób właściwy obsługiwać potrzeb publicznych, można sięgnąć po ten instrument. Pamiętać należy o punkcie wyjścia: mechanizm konkurencji albo nie zdał egzaminu, albo też - mimo animacji - nie zaistniał (tu podaje się jako klasyczny przykład nierentowne loty pasażerskie na wyspy itp.). Z reguły też - kładzie się na to mocny nacisk - jednoosobowe spółki, mogące w określonych warunkach korzystać z przywileju in-house, winny być celowe, nakierowane na realizację **jednego typu usługi dla jednego zamawiającego** i winny być **nowo erygowane**. W Polsce - mimo braku implementacji tej doktryny - w „dzikiej” procedurze „powierzenia” jest **wszystko na odwrót**, istniejącym od dawna na konkurencyjnym (i dobrze działającym) rynku - jednoosobowym spółkom podmiotu publicznego powierza się wykonywanie zleceń, które kontraktowane dotąd były w procedurze konkurencyjnej. Wbrew całej literaturze podmiotu, orzecznictwu i praktyce w krajach UE, nie bada się u nas warunków zaistnienia powierzenia w tym trybie, a jedynie pyta się o prawną możliwość; brak tu zrozumienia, że ta doktryna zbudowana jest nie na zasadzie uprawnienia, ale warunków

umożliwiających powstanie tej wyjątkowej (warunkowo) sytuacji, gdy ta możliwość może się urealnić. Nie ma zatem sensownej odpowiedzi na to pytanie „Czy in-house jest prawnie dozwolony?“, jest to pytanie niedomknięte – aby miało sens trzeba dodać „w jakiej sytuacji?“, „dla osiągnięcia jakiego celu?“ itp. Celem tym jednak w żadnym razie nie może być np. ograniczenie konkurencji. Dlatego jeśli do polskiego prawodawstwa miałyby być transponowane, to **n i e t e r a z i n i e t a k** (nie w ten sposób).

1. **N i e t e r a z**, gdyż nie ma pośpiechu, ten fragment dyrektywy klasycznej (zamówieniowej) nie jest w zakresie transpozycji obligatoryjny, a zatem winno się poddać go szerokiej debacie oraz ocenie skutków nie tylko ściśle ekonomicznych, ale także mentalnych, jest on bowiem silnym impulsem dla gospodarki etatystycznej w złym rozumieniu tego słowa. Nie ma najmniejszych wątpliwości, że oddolny ruch na rzecz in-house w Polsce jest wyrazem dążeń do odtworzenia monopolu znanego z okresu PRL, nie zaś uelastycznienia form realizacji „zadań własnych” instytucji publicznych. Co do tej ostatniej kwestii, podaż firm świadczących w sposób kwalifikowany usługi publiczne jest dostateczna, a instrumenty zarządzania pośredniego wystarczająco skuteczne. Nie przypadkiem „zluzowani” przez wyborców działacze PSL za najważniejszą rzecz w parlamencie ad 2016 uznali właśnie - nie czekając na projekt rządowy - wprowadzenie monopolu gminnych (mamy na myśli projekt noweli *ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach* autorstwa grupy posłów PSL). Oznaczałoby to pozyskiwanie za pieniądze publiczne etatów „na przeczekanie”. Oznacza także - w dłuższej perspektywie - kompensujące się co prawda per saldo perturbacje w sferze zatrudnienia, co może mieć wpływ na wzrost nastrojów emigracyjnych. Byłby to nadto kolejny cios zadany słabej polskiej klasie średniej i MŚP. Reasumując, zapisy in-house nie są obligatoryjne, a ładunek kontrowersji zbyt duży i nierelevantny z „przełamywaniem” mentalności imitacyjnej w gospodarce, że - co postulujemy - powinien być poddany spokojnej i merytorycznej debacie.

2. **N i e t a k**, albowiem jesteśmy na innym poziomie mentalnym niż społeczności starej Europy. Po pierwsze, nikt tam nie wpadłby na to, by traktować doktrynę in-house w kategoriach „dozwolone - niedozwolone”, a nie - tak jak ona sama jest ugruntowana - jako zespół warunków, pod którymi można ją zastosować i realizować jako odstępstwo na zasadzie wyjątku od ogólnej zasady kontraktowania usług finansowanych ze środków publicznych w procedurach konkurencyjnych. Po wtóre, ciągle słyszymy, że musimy szukać naszych szans rozwojowych w unikatowości. Jeśli tak, to w jakim celu twórczy ład rynkowy chcemy - nieprzymuszeni do tego - zastępować bezrefleksyjnie i bez określenia wyraźnych granic i warunków - bezproduktywnym monopolem? Monopol jest swoistym marnotrawstwem energii społecznej, szczególnie wtedy, gdy została ona już wygenerowana i jest w swoim vis dynamis. Nie rozumiem dlaczego mamy likwidować nasze mocne strony, zastępując je imitacyjnie porównaniem „do Zachodu”.

Groźba wprowadzenia in-house dotyka wszystkie branże działające w sferze rynku „zapotrzebowań” na usługi (w mniejszym stopniu na dostawy towarów) instytucji publicznych. Moja osobista wiedza dotyczy przede wszystkim trwających już ponad ćwierćwiecze „spotkań” z instytucjami władzy publicznej typu samorządowego i stąd wiem jak ogromne jest - narastające od lat - parcie na in-house. Alienacja władzy samorządowej (działaczy samorządowych) idzie tu w parze z najwyższą w Europie atrofią partycypacji członków wspólnoty samorządowej (dodatkowo wpływają na to regulacje prawne, brak kadencyjności itp.). Postępuje bardzo silne sprywatyzowanie aktywów JST w rękach praktycznie nieusuwalnej elity władzy, której dodatkowym źródłem atrakcyjności jest obrót etatami (możliwość mianowania, ale i odwoływania), a także ucieczki spod dyscypliny budżetowej do spółek (dlaczego nie wykorzystuje się zakładów prawa budżetowego?). A zatem ogromne parcie na in-house ze strony korporacji samorządowych (w szczególności ZMP) jest

całkowicie zrozumiałe. I właśnie także dlatego zagadnienie winno to spotkać się reakcją rządu, zajmującego pryncypialne stanowisko w tej sprawie.

Na koniec zaś uwaga nie najmniej ważna: wszystkie powyższe kwestie to nie wywód intelektualny. Patrząc na nowy rząd RP przedsiębiorcy - w tym mikro, mali i średni - a także załogi tych zakładów, które od ćwierćwiecza wypracowują swoje miejsce na rynku. A teraz za jednym pociągnięciem pióra nie tylko miejsce na rynku, ale cały rynek miałby być zwinięty? Proszę nie wierzyć potencjalnym suflerom, że to tylko zapisy na wypadek sytuacji wyjątkowej, że nie będą zamawiający z nich korzystać. My słyszymy, jak ciężko wzdychają... Nie ma obecnie większej napiętności, większego napięcia po stronie korporacji samorządowych niż narzucenie ustawodawcy, podmiotom gospodarczym oraz konsumentom monopolu gminnego we wszystkich bez wyjątku obszarach realizacji tzw. zadań własnych. Reasumując: jeśli in-house, to na pewno **n i e t e r a z i** przede wszystkim **n i e t a k** (nie w ten sposób)!

Sprawa ma charakter ustrojowy, a ocena skutków regulacji (OSR) musi brać pod uwagę konsekwencje ciężkiego kalibru, nie tylko ekonomiczne, ale też w zakresie ogólnie przyjętej skłonności do inwestowania i innowacji (m.in. wskaźnik PMI). Dlatego też pozwalam sobie niniejszym prosić o krótkie spotkanie z Panem Premierem. Nadmieniam, że nie ośmieliłbym się proponować nawet krótkiego spotkania tak zajętej osobie jak Pan Premier, ale fakt, że materia ma – moim zdaniem - gryf najwyższej wagi, a osobiście uczestniczę w tym rynku od ponad ćwierćwiecza, reprezentując jedną z niewielu już pozostałych firma z polskim kapitałem działających w większym rozmiarze, daje mi odwagę o to spotkanie prosić.

Nalegam – Panie Premierze – na możliwość krótkiego spotkania i możliwość wyłożenia naszych – przedsiębiorców działających na rynku zamówień publicznych - argumentów w porządku kartezyjskim.

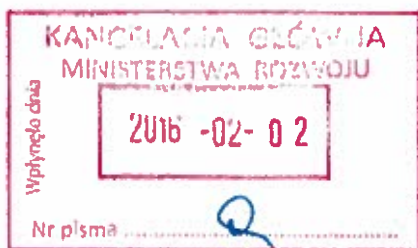
Z wyrazami najwyższego szacunku,

Witold Zińczuk

Przewodniczący Rady Programowej
Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami

W załączeniu:

Stanowisko w ww. sprawie organizacji branżowych: Polskiej Izby Gospodarki Odpadami i Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami



Warszawa, 02.02.2016 r.

Szanowny Pan
Mateusz Morawiecki
Wiceprezes Rady Ministrów
Minister Rozwoju

Szanowny Panie Premierze,

W kierowanym przez Pana resorcie trwają prace nad projektem nowelizacji ustawy – Prawo zamówień publicznych¹ (dalej: „Projekt nowelizacji”), który przewiduje wyłączenie stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych (dalej: „PZP”) do zamówień udzielanych przez podmioty publiczne kontrolowanym przez nie spółkom (tzw. zamówienia *in-house*). Po przeanalizowaniu art. 4e PZP w brzmieniu proponowanym w Projekcie nowelizacji – ze względu na jednoznacznie antykonkurencyjne skutki jego ewentualnego wejścia w życie w obecnym brzmieniu – Polska Izba Gospodarki Odpadami (dalej: „PIGO”) oraz Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami (dalej: „ZPGO”) pragną wyrazić swój stanowczy sprzeciw wobec wprowadzania do PZP zamówień typu *in-house* w projektowanym kształcie.

1.

Ze względu na zbliżający się termin implementacji Dyrektywy 2014/24/UE², a także w związku z decyzją o zawieszeniu prac nad projektem nowej ustawy PZP³ i podjęciu w ich miejsce prac nad tzw. małą nowelizacją, postulujemy pominięcie problematyki zamówień typu *in-house* w procedowanym obecnie Projekcie nowelizacji. Uregulowanie tego zagadnienia nie jest

¹ Projekt ustawy o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz o zmianie niektórych innych ustaw z dnia 19 stycznia 2016 r.

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

³ Projekt ustawy – Prawo zamówień publicznych przedstawiony przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w kwietniu 2015 r.

niezbędne dla prawidłowej transpozycji postanowień Dyrektywy 2014/24/UE, a proces wprowadzania zamówień typu in-house do polskiego systemu prawa zamówień publicznych nie powinien przebiegać w szybkim tempie wymuszonym przez rychły upływ terminu jej implementacji. Pospieszne wprowadzenie tej instytucji do PZP w obecnym kształcie poważnie zagraża równowadze na rynku zamówień publicznych, interesom przedsiębiorców prywatnych działających na tym rynku oraz przejrzystości i efektywności wydatkowania środków publicznych. Pośpiech taki z całą pewnością nie służy wypracowaniu dobrych i skutecznych rozwiązań w tej ważnej dziedzinie polskiego życia gospodarczego. Ostateczny model zamówień typu in-house powinien zostać wypracowany w drodze pogłębionej debaty publicznej z udziałem wszystkich zainteresowanych stron, która umożliwi rzetelną analizę wszystkich skutków jego wprowadzenia w specyficznych dla Polski warunkach społeczno-gospodarczych.

Co więcej, projektowane wyłączenie spod obowiązku stosowania PZP w bardzo istotnym stopniu ograniczy możliwość kształtowania pozaekonomicznych efektów systemu zamówień publicznych. Rynek zamówień publicznych wart jest ok. 230 mld złotych, jednak już dzisiaj ponad 90 mld złotych wydatkowane jest poza ustawą na podstawie przewidzianych w niej wyłączeń. Regulacje dotyczące zamówień publicznych – poza oczywistym celem racjonalizacji i zwiększenia efektywności dysponowania środkami publicznymi – mają, zgodnie z uzasadnieniem przygotowanym przez Ministerstwo Rozwoju, służyć również innym celom, w tym zwiększeniu dostępności do tego rynku dla małych i średnich przedsiębiorstw, promowaniu innowacyjnych rozwiązań i kształtowaniu polityki poszanowania stosunków pracy. Tymczasem, poprzez wyłączenie zamówień typu in-house, państwo pozbawia się tego istotnego narzędzia kreowania polityki gospodarczej.

II.

Jeśli – pomimo przedstawionych wyżej argumentów – wprowadzenie zamówień typu in-house do polskiego porządku prawnego zostanie uznane na tym etapie za konieczne, wskazujemy trzy niezbędne warunki, jakie – w naszej ocenie – powinna spełniać projektowana regulacja w celu należytego zabezpieczenia równowagi na rynku zamówień publicznych oraz uzasadnionych interesów działających na nim przedsiębiorców:

1. Skorzystanie z niekonkurencyjnego trybu powierzenia zadania publicznego powinno następować w odpowiedniej procedurze pozwalającej na weryfikację zasadności zastosowania tego trybu oraz zapewniającej podmiotom prywatnym odpowiedni poziom ochrony prawnej. W tym zakresie postulujemy, aby skorzystanie z możliwości powierzenia realizacji zadań publicznych

w trybie in-house wymagało uzyskania uprzedniej decyzji organów ochrony konkurencji i konsumentów. Powierzenie tej kompetencji organom ochrony konkurencji i konsumentów wydaje się uzasadnione ich szczególną funkcją i zakresem wykonywanych przez nie zadań. Organy te posiadają najpełniejszą wiedzę o stanie konkurencji w poszczególnych sektorach gospodarki, prowadzą bowiem w tym celu specjalne analizy i badania rynku z udziałem przedsiębiorców. Pełnią również ważną rolę w postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej, opiniując projekty pomocy, notyfikując je Komisji Europejskiej oraz monitorując pomoc publiczną udzielaną polskim podmiotom, co szczególnie legitymuje je do wykonywania ww. kompetencji – zwłaszcza, że powierzanie realizacji zadań publicznych w ramach projektowanego modelu in-house stwarza istotne ryzyko uznania za pomoc publiczną (państwa członkowskie mają obowiązek przeprowadzania regularnej kontroli, czy udzielone rekompensaty – w tym np. wynagrodzenie z tytułu realizacji zadań powierzonych w trybie in-house – nie są nadmierne, tj. czy nie stanowią niedozwolonej pomocy publicznej, podlegającej zwrotowi). Ponadto, ewentualne korzystanie z trybu udzielania zamówienia publicznego na zasadach in-house powinno w sposób jednoznacznie wyrażony zostać poddane procedurom odwoławczym przewidzianym w PZP.

2. Sformułowanie warunków skorzystania z trybu in-house w sposób uniemożliwiający – w obecnym brzmieniu stosunkowo łatwe – obejście prawa w celu pozakonkurencyjnego powierzania zadań podmiotom kontrolowanym (np. omijanie zasady wykonywania nie więcej niż 10% prac na rzecz innych podmiotów niż powierzający poprzez utworzenie tzw. spółki-córki lub „rozwodnienie” tego wykonawstwa w innych rodzajach działalności w przypadku przedsiębiorstwa wielobranżowego itp).

3. Określenie przesłanek udzielenia zamówienia w trybie in-house, które poza minimalnymi przewidzianymi w Dyrektywie 2014/24/UE, powinny obejmować również wskazane poniżej przykładowo, tj.:

- a) obowiązek upubliczniania stosownej informacji o zamiarze udzielenia zamówienia in-house z odpowiednim wyprzedzeniem odpowiednio w Biuletynie Zamówień lub Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zawierającego, m.in.:
 - i) rzetelne wyliczanie kosztów realizacji danego zadania z wykorzystaniem instrumentu tzw. podmiotu wewnętrznego (in-house), w szczególności w stosunku do kosztów realizacji tego zadania przez przedsiębiorców prywatnych;

- ii) opis mechanizmu wynagrodzenia oraz wskaźników służących do obliczania, kontrolowania i przeglądu wysokości wynagrodzenia przekazywanego przez zamawiającego tzw. podmiotowi wewnętrznemu
- b) obowiązek przeprowadzenia konsultacji z interesariuszami;
- c) obowiązek stałego weryfikowania spełniania przesłanek utrzymania mechanizmu in-house podczas całego okresu realizacji zadania oraz realizacji obowiązków sprawozdawczych związanych z ww. wymogami;
- d) skuteczne mechanizmy kontroli nad decyzjami zamawiających zamierzających, i już korzystających, z mechanizmu in-house (m.in. poprzez jednoznaczne przyznanie KIO, UOKiK lub sądownictwu administracyjnemu, kompetencji w zakresie kontroli wykorzystywania mechanizmu in-house).


Ponadto, niezbędne jest także jednoznaczne wskazanie w przepisach projektowanej ustawy, że wybór niekonkurencyjnego trybu powierzenia zamówienia publicznego w ramach in-house ma charakter subsydiarny i może nastąpić jedynie wówczas, gdy podaż usług w ramach rynku jest niewystarczająca dla zaspokojenia potrzeb danego rodzaju lub gdy istniejące stosunki rynkowe mają charakter patologiczny. Korzystanie z tej instytucji przez zamawiających w żadnym razie nie może bowiem zmierzać do upaństwowienia lub komunalizacji rynku, którego uczestnicy – działając na zasadach wolnorynkowych – efektywnie realizują zadania publiczne w warunkach prawidłowej konkurencji.

Polska Izba Gospodarki Odpadami



Dariusz Matlak

Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami



Witold Zińczuk