

**DO RĘCZONO
OSOBIŚCIE**



ZWIĄZEK PRACODAWCÓW GOSPODARKI ODPADAMI



Warszawa, 25 stycznia 2016 r.



Szanowny Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu
Rzeczypospolitej Polskiej

STANOWISKO

**Polskiej Izby Gospodarki Odpadami oraz Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami
w sprawie poselskiego projektu ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w
gminach z dnia 13 stycznia 2016 r.**

Szanowny Panie Marszałku,

W związku ze skierowaniem do konsultacji społecznych poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „**Projekt ustawy**”) w imieniu Polskiej Izby Gospodarki Odpadami (dalej: „**PIGO**”) oraz Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami (dalej: „**ZPGO**”) przedstawiamy niniejsze uwagi.

Po przeanalizowaniu Projektu ustawy PIGO i ZPGO stoją na stanowisku, że proponowane zmiany są szkodliwe i niepożądane, a sam Projekt nie powinien być dalej procedowany. Projektowane przepisy mają charakter wyraźnie antykonkurencyjny, prowadzą do wyparcia przedsiębiorców prywatnych z rynku gospodarki odpadami i otwierają drogę do jego całkowitej komunalizacji. Projekt jest próbą nieuzasadnionej interesem publicznym ingerencji w prawidłowo funkcjonujący obszar życia gospodarczego, a jego wejście w życie miałoby jednoznacznie negatywne skutki, co potwierdza przedstawiona poniżej argumentacja. Projekt ustawy przewiduje zmianę trybu powierzania zadań z zakresu:

- budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych jak również
- odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych.

Przewidziane w Projekcie ustawy zmiany polegają na zniesieniu obowiązku zorganizowania postępowania konkurencyjnego (przetargu) przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta przewidzianego w obowiązujących obecnie art. 3a i 6d ustawy z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (dalej: „**UCPG**”). Istotą projektowanych zmian jest zobowiązanie gmin do powierzenia zadań z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi (zarówno

ich zagospodarowywania jak i odbioru) w drodze zamówienia udzielanego bezpośrednio spółkom gminnym, tj. z wyłączeniem jakichkolwiek mechanizmów konkurencyjnych. Proponowane brzmienie przepisów jednoznacznie przesądza o eliminacji z rynku gospodarki odpadami przedsiębiorców prywatnych i oddaje go w ręce spółek komunalnych.

Projektowane zmiany należy ocenić negatywnie – obowiązek przetargowy przewidziany w przepisach UCPG jest wynikiem zawartego w 2011 r. kompromisu społecznego służącego zagwarantowaniu odpowiedniej ochrony zarówno interesom samorządu, jak i przedsiębiorców i pracowników branży odpadowej. Istotą tego kompromisu było uwzględnienie konieczności zwiększonej regulacji „rynku odpadów” przy jednoczesnym zapewnieniu jego konkurencyjności w sposób zabezpieczający interesy działających na nim przedsiębiorców i pracowników. Udział spółek komunalnych w realizacji zadań z zakresu odbioru i zagospodarowania odpadów nie został przy tym wykluczony – ustawodawca umożliwił im bowiem ubieganie się o zamówienia publiczne z tego zakresu w ramach konkurencyjnej procedury. Należy podkreślić, że przed wejściem w życie ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (dalej: „**Nowelizacja z 2011 r.**”) w branży gospodarki odpadami komunalnymi obowiązywał model konkurencji na rynku, tj. konkurencji o poszczególnych producentów odpadów, z którymi przedsiębiorcy zawierali następnie umowy na ich odbiór i zagospodarowanie. W drodze Nowelizacji z 2011 r. model ten zastąpiono modelem konkurencji o rynek, czyli o całość strumienia odpadów z danego terenu, nad którym władztwo przejęły gminy. Z punktu widzenia przedsiębiorców działających na rynku odpadów komunalnych skokowo wzrosła wówczas siła przetargowa nabywców – na każdym rynku lokalnym po stronie zakupowej pozostał bowiem co do zasady tylko jeden podmiot¹. **W rezultacie wzrosła stawka prowadzonej na tym rynku gry konkurencyjnej – przedsiębiorcy rywalizujący dotychczas o poszczególnych mieszkańców mieli odtąd konkurować w organizowanych przez gminy przetargach na obsługę całego rynku lokalnego.** Zmiana ta doprowadziła do wyeliminowania mniejszych przedsiębiorców i znacząco utrudniła wejście na rynek nowym podmiotom nieposiadającym odpowiedniego potencjału sprzętowego, kadrowego i know-how umożliwiających – niezbędny dla przetrwania na rynku – udział w większej liczbie przetargów. Utrzymanie się na rynku przez pozostałych przedsiębiorców wiązało się z koniecznością poczynienia istotnych nakładów inwestycyjnych i rozszerzenia działalności na region (a nawet kraj), od tego bowiem zależała możliwość odpowiedniej alokacji zasobów stosownie do wyników przetargów.

Projekt ustawy przekreśla ten – okupiony wielkim kosztem – kompromis po zaledwie kilku latach jego funkcjonowania. Proponowane rozwiązania wprowadzają daleko idące zmiany w istniejącym modelu konkurencji na rynku odpadów komunalnych, zmierzając do rekomunalizacji tego rynku w sposób naruszający zawartą w 2011 r. umowę społeczną i uzasadnione interesy strony prywatnej. Zmiana ta jest nie do pogodzenia z konstytucyjną zasadą konkurencyjności,

¹ Raport UOKiK, Konkurencja na polskim rynku usług odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych, Luty 2012

swobody działalności gospodarczej oraz równości podmiotów publicznych i prywatnych w ramach społecznej gospodarki rynkowej. Ze względu na specyfikę rynku odpadów, który wymaga od działających na nim podmiotów znacznych wydatków na utrzymanie i rozwój działalności, istotnych nakładów inwestycyjnych oraz stałej modernizacji zasobów, raz zburzona konkurencja będzie niezwykle trudna do odbudowania. Zwłaszcza, że jej obecny model wykształcił się w procesie wieloletniego ścierania się i godzenia interesów mieszkańców, samorządów i przedsiębiorców.

Projekt ustawy nie może zatem zostać zaakceptowany co do zasady i nie powinien być dalej procedowany.

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że na negatywną ocenę zasługują przewidziane w Projekcie ustawy rozwiązania prawne. Tytułem przykładu należy wskazać daleko idące wątpliwości prawne dotyczące rozwiązań zawartych w art. 6d ust. 1 (art. 1 pkt 2 Projektu ustawy), zgodnie z którym gmina może udzielić zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób bezpośredni spółce o kapitale zakładowym wyłącznie gminnym, prowadzącej przeważającą część działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego (dalej: „JST”). Po pierwsze – wydaje się, że przepis ten stwarza po stronie gmin nadmierną swobodę w decydowaniu o skorzystaniu z trybu in-house. **Posługując się sformułowaniem „gmina może”, nieobwarowanym żadnymi dalszymi przesłankami uruchomienia tego trybu udzielenia zamówienia publicznego, uzależnia on zastosowanie pozakonkurencyjnego sposobu realizacji zadań z zakresu odbioru odpadów komunalnych od swobodnego uznania gminy.** Konstrukcja taka nie zabezpiecza w sposób należyty interesów przedsiębiorców funkcjonujących już na lokalnym rynku odpadów – gmina nie ma bowiem obowiązku uwzględniania obecnego stanu zagospodarowania tego rynku przez podmioty prywatne. Nie można też wykluczyć sytuacji, w której w celu samodzielnego wykonywania zadań z zakresu gospodarki odpadami gmina utworzy spółkę komunalną odpowiadającą charakterystyce wynikającej z projektowanego art. 6d ust. 1 UCPG, kierując się wyłącznie własnym interesem ekonomicznym. Analizowana regulacja stwarza więc ryzyko naruszenia konstytucyjnej zasady subsydiarności, ilekroć gmina powierzy wykonywanie zadań z zakresu odbioru odpadów nowo utworzonej spółce gminnej wszędzie tam, gdzie potrzeby publiczne są od lat z powodzeniem zaspokajane przez podmioty prywatne.

Po drugie – projektowane brzmienie art. 6d ust. 1 pkt 2 UCPG nie odpowiada konstytucyjnym standardom określoności prawa. Przepis ten uzależnia możliwość bezpośredniego powierzenia spółce gminnej zamówienia na odbiór odpadów komunalnych od zakresu, w jakim jej działalność prowadzona jest w sferze użyteczności publicznej na rzecz danej JST. **Projektodawca posługuje się przy tym dalekim od precyzji sformułowaniem „w przeważającej części”, na którego podstawie nie sposób jednoznacznie ustalić od spełnienia jakich warunków zależy możliwość udzielenia zamówienia w pozakonkurencyjnym trybie in-house.** Regulacja ta rodzi uzasadnione wątpliwości z punktu widzenia konstytucyjnej zasady pewności prawa i zaufania obywatela do państwa (art.

2 Konstytucji RP). Nie jest bowiem jasne w oparciu o jakie przesłanki gmina może powierzyć wykonywanie zadań z zakresu odbioru odpadów utworzonej przez siebie spółce, z pominięciem – zachowanej jedynie warunkowo – konkurencyjnej procedury wyłaniania wykonawców tych zadań. W konsekwencji przedsiębiorcy i pracownicy funkcjonujący na rynku odpadów komunalnych nie mogą decydować o swoim postępowaniu na podstawie pełnej znajomości przesłanek działania organów państwowych oraz ich konsekwencji prawnych². **Niejasne zasady wyłaniania wykonawców zadań z zakresu gospodarki odpadami negatywnie wpływają więc na bezpieczeństwo prawne tej grupy podmiotów. Zagrożenie to jest tym większe, że projektodawca nie przewiduje żadnych szczególnych gwarancji proceduralnych zabezpieczających przejrzystość i ocenność praktyki wypełniania zwrotu „przeważająca część” konkretną treścią przez podmiot decydujący o tym wypełnieniu, czyli gminę³.** Co więcej, zadania z zakresu odbierania i zagospodarowania odpadów są finansowane z wpływów uzyskiwanych przez gminy z opłaty ponoszonej przez właścicieli nieruchomości na podstawie art. 6h UCPG. Wielce dyskusyjna wydaje się więc sytuacja, w której wyodrębnione w ten sposób środki przekazywane są w całości spółce komunalnej, w której podstawowy zakres działalności niekoniecznie związany jest z odbiorem i zagospodarowaniem odpadów.

Po trzecie – wskutek przyznania pierwszeństwa trybowi powierzenia zadań z zakresu odbioru odpadów w trybie zamówienia in-house dojdzie do nieuzasadnionej faworyzacji podmiotów publicznych (spółki komunalne) w stosunku do prywatnych uczestników obrotu. **Istotnemu ograniczeniu ulegnie również zasada konkurencyjności – istnieje ryzyko, że projektowana regulacja stanie się instrumentem obchodzenia gwarancji konkurencyjności i otwartości procedury udzielania zamówień publicznych oraz standardów wydatkowania środków publicznych wynikających z ustawy – Prawo zamówień publicznych, stosowanej do zamówień z zakresu gospodarki odpadami na podstawie odesłania zawartego w art. 6g UCPG⁴.** Nie można też wykluczyć sytuacji, w której spółka komunalna, która w momencie udzielenia zamówienia przez gminę spełniała przesłanki wymienione w projektowanym art. 6d ust. 1 pkt 1-2 UCPG już po zawarciu umowy na odbieranie lub odbieranie i zagospodarowanie odpadów poddana zostanie przekształceniom prowadzącym do zmiany struktury kapitału zakładowego lub charakteru „przeważającej części” jej działalności. Mimo zawartego w uzasadnieniu zapewnienia, że „w przypadku jakichkolwiek zmian statusu własnościowego, zlecenie takie zostanie zerwane, a organ wykonawczy jednostki samorządu terytorialnego będzie zobowiązany do zorganizowania przetargu, w którym będą mogły uczestniczyć wszystkie podmioty działające na rynku, również te, które dotychczas wykonywały zlecenie” w warstwie normatywnej Projektu ustawy brak jest

² Por. Wyrok TK z dnia 14 czerwca 2000 r., sygn. P 3/00.

³ Por. Wyrok TK z dnia 16 stycznia 2006 r., sygn. SK 30/05.

⁴ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 2164)

regulacji adresującej powyższy problem i zabezpieczającej prawidłowe funkcjonowanie rynku przed skutkami jego wystąpienia.

Projektowaną regulację cechuje poza tym daleko idąca niekonsekwencja. Zgodnie z literalnym brzmieniem projektowanego art. 6d ust. 1 UCPG, bezprzetargowy tryb udzielania zamówień obejmuje wyłącznie „odbieranie odpadów komunalnych”, podczas gdy w przepisach regulujących obowiązek przeprowadzenia przetargu (art. 6d ust. 3) oraz procedurę zawierania umowy z wykonawcami (art. 6f ust. 1) mowa o „odbieraniu lub odbieraniu i zagospodarowaniu odpadów komunalnych”. Ponadto projektodawca błędnie utożsamia samorządowe zakłady budżetowe i spółki komunalne, na co wskazuje fakt zamiennego posługiwania się przez niego tymi pojęciami w treści uzasadnienia Projektu (*„Właśnie po to gminy dostały uprawnienie do tworzenia samorządowych zakładów budżetowych, które wyposażone przez gminę w majątek, miały wykonywać działalność regulowaną, jaką jest np. dbanie o porządek na ulicach, placach czy przystankach autobusowych, a następnie by spółka ta przystępując do przetargu nie uzyskała zamówienia jest irracjonalne”*).

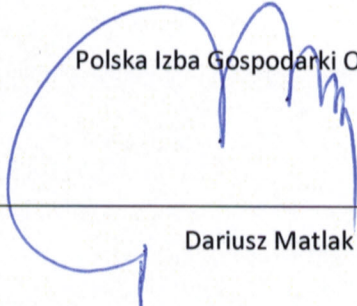
Również podnoszone w uzasadnieniu Projektu argumenty odwołujące się do regulacji europejskich należy uznać za chybione. Jak bowiem stwierdza projektodawca, *„obowiązek uzyskania zamówienia przez spółkę komunalną jedynie w drodze przetargu nie wynika już z prawa europejskiego”*, a *„Artykuł 12 Dyrektywy [2014/24/UE] pozwala na pominięcie przez samorząd procedury przetargowej, o ile zachowane zostanie kilka warunków”*. PIGO i ZPGO pragną podkreślić, że choć istotnie obowiązek przetargowego powierzania zadań spółkom komunalnym nie wynika z prawa Unii Europejskiej, to na podstawie obowiązującej od niemal 20 lat regulacji krajowej ukształtował się w Polsce konkurencyjny rynek gospodarki odpadami z dużym udziałem kapitału prywatnego. **Niezależnie bowiem od tego, że prawo UE nie formułuje obowiązku zachowania trybu przetargowego, w warunkach społeczno-gospodarczych ukształtowanych na gruncie obowiązującej UCPG wymóg taki można wywodzić z konstytucyjnej zasady subsydiarności w powiązaniu z zasadami społecznej gospodarki rynkowej i konkurencyjności, z których wynika konieczność powstrzymywania się przez prawodawcę od ingerencji w rynek wszędzie tam, gdzie jego uczestnicy – działając na zasadach wolnorynkowych – efektywnie realizują zadania publiczne.**

Co więcej, wbrew przekonaniu projektodawców, **wprowadzenie projektowanej konstrukcji zamówień typu in-house do UCPG nie stanowi implementacji postanowień zawartych w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE.** Zasadniczą funkcją dyrektyw, jako aktów prawa pochodnego Unii Europejskiej, jest harmonizacja ustawodawstw krajowych państw członkowskich w określonym przez nie zakresie. Dlatego też posłużenie się przez prawodawcę unijnego formułą, zgodnie z którą wskazane w art. 12 Dyrektywy 2014/24/UE zamówienia *„nie są objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy”* oznacza – ni mniej, ni więcej – pozostawienie sfery zamówień publicznych udzielanych pomiędzy podmiotami sektora publicznego poza regulacją unijną. To, że dana materia nie jest objęta zakresem przedmiotowym dyrektywy znaczy bowiem – wyłącznie – że nie podlega

ona koordynacji na poziomie unijnym. Z punktu widzenia prawa Unii Europejskiej sposób uregulowania tej problematyki leży zatem w sferze swobodnej decyzji ustawodawcy krajowego. **Powoływanie się przez projektodawcę na obowiązki nakładane na polskiego ustawodawcę przez Dyrektywę 2014/24/UE w kontekście zaproponowanego uregulowania zamówień z zakresu gospodarki odpadami komunalnymi należy więc uznać za bezpodstawne.**

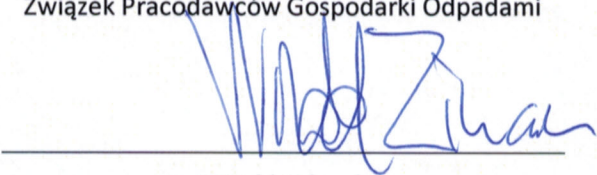
Zdaniem PIGO i ZPGO na krytyczną ocenę zasługuje również przewidziany w art. 2 Projektu ustawy **14-dniowy okres *vacatio legis***. Termin ten należy uznać za zbyt krótki z punktu widzenia **potencjalnych skutków wprowadzenia analizowanej regulacji oraz skali projektowanych zmian i ich wpływu na funkcjonowanie rynku gospodarki odpadami**. Wywodzone z art. 2 Konstytucji RP zasady pewności prawa i ochrony zaufania obywateli do państwa, a także ochrony interesów w toku wymagają, by *„zmiana prawa dotychczas obowiązującego, która pociąga za sobą niekorzystne skutki dla sytuacji prawnej podmiotów, dokonywana była zasadniczo z zastosowaniem techniki przepisów przejściowych, a co najmniej odpowiedniego *vacatio legis*. Stwarzają one bowiem zainteresowanym podmiotom możliwość przystosowania się do nowej sytuacji prawnej”*⁵. Ponieważ projektowane zmiany pociągają za sobą istotną modyfikację obowiązującego modelu funkcjonowania rynku zamówień publicznych w obszarze gospodarki odpadami, termin ten powinien zostać wydłużony w taki sposób, by przedsiębiorcy działający na tym rynku mieli możliwość odpowiedniego dostosowania swojej działalności do zmienionych warunków prawnych.

Polska Izba Gospodarki Odpadami



Dariusz Matlak

Związek Pracodawców Gospodarki Odpadami



Witold Zińczuk

Do wiadomości:

- 1) Klub Parlamentarny Polskiego Stronnictwa Ludowego – wnioskodawca Projektu ustawy;
- 2) Pan Mateusz Morawiecki, Wiceprezes Rady Ministrów, Minister Rozwoju;
- 3) Pan Jan Szyszko, Minister Środowiska;
- 4) Prezes Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów.

⁵ Orzeczenie TK z dnia 2 marca 1993 r., sygn. K 9/92