

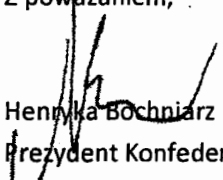
Warszawa, 1 marca 2016 r.
KL/126/54/176/AS/2016

Pan
Marek Kuchciński
Marszałek Sejmu RP

Szanowny Panie Marszałku,

W nawiązaniu do prośby o przekazanie opinii do poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach, przekazuję w załączeniu stanowisko Konfederacji Lewiatan do przedmiotowego projektu.

Z poważaniem,



Henryka Bochniarz
Prezydent Konfederacji Lewiatan

member of **BUSINESSEUROPE**



Konfederacja Lewiatan
ul. Zbyszka Cybulskiego 3
00-727 Warszawa

tel. (+48) 22 55 99 900
fax (+48) 22 55 99 910
lewiatan@konfederacjalewiatan.pl
www.konfederacjalewiatan.pl

NIP 5262353400
KRS 0000053779
Sąd Rejonowy dla
m.st. Warszawy w Warszawie
XIII Wydział Gospodarczy KRS



Stanowisko Konfederacji Lewiatan w sprawie poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach z dnia 16 listopada 2015 r.

Przewidziane w projekcie ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach 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.

Tym samym, zgodnie z przedstawionym Projektem ustawy rozwiązaniem dotychczasowy konkurencyjny sposób wyboru wykonawców zadań:

- budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (art. 3a) jak również
- odbioru lub odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych (art. 6d) miałby zostać zastąpiony przez możliwość lub wręcz nakaz udzielania zamówień publicznych spółkom o wyłącznym kapitale gminnym.

Taką propozycję oceniamy jednoznacznie negatywnie jako próbę złamania kompromisu społecznego zawartego w 2011 r. związku z tzw. „rewolucją odpadową”. Kompromis ten miał i w dalszym ciągu ma na celu zagwarantowanie odpowiedniej ochrony zarówno interesów mieszkańców, samorządu, jak i przedsiębiorców i pracowników branży odpadowej.

Wprowadzona w 2011 r. reforma systemu gospodarki odpadami miała na celu zwiększenie regulacji „rynku odpadów” przy jednoczesnym zapewnieniu jego konkurencyjności w sposób zabezpieczający interesy działających na nim przedsiębiorców i pracowników.

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. W konsekwencji, gminy uzyskały swoisty monopol w zakresie organizacji rynku odbierania i zagospodarowania odpadów komunalnych z równoczesnym obowiązkiem dopuszczenia do realizacji tych zadań na równych zasadach przedsiębiorców prywatnych i spółek komunalnych poprzez organizowanie procedur przetargowych.



Tym samym, udział spółek komunalnych w realizacji ww. zadań nie został przy tym wykluczony – ustawodawca umożliwił im bowiem ubieganie się o zamówienia publiczne z tego zakresu w ramach konkurencyjnej procedury na równi z przedsiębiorcami prywatnymi.

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, 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.

Ponadto, obecne brzmienie przepisu **narusza w oczywisty sposób regulacje prawa Unii Europejskiej dotyczące zamówień publicznych**. Jego wprowadzenie pozbawi przedsiębiorców prywatnych jakichkolwiek środków ochrony prawnej, w tym możliwości weryfikacji nawet tych czysto formalnych przesłanek, o których mowa odpowiednio w art. 3a ust. 1 pkt 1 i 2 oraz w art. 6d ust. 1 pkt 1 i 2 Projektu ustawy. Wyłączenie procedur przetargowych przewidzianych w Prawie zamówień publicznych oznacza bowiem również wyłączenie stosowania procedur odwoławczych przewidzianych w tej ustawie¹. Takie rozwiązanie jest ewidentnie sprzeczne z postanowieniami Dyrektywy 89/665/EWG dotyczącej środków ochrony prawnej w zamówieniach publicznych, co jednoznacznie potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej².

Niezależnie od powyższego należy wskazać, że na negatywną ocenę zasługują przewidziane w Projekcie ustawy rozwiązania prawne.

Po pierwsze – przepis art. 3a oraz 6d w brzmieniu proponowanym w Projekcie ustawy stwarza po stronie gmin nadmierną swobodę w decydowaniu o skorzystaniu z tzw. instytucji zamówienia in-house. Poza czysto formalnymi, przepisy te nie przewidują żadnych dalszych przesłanek uruchomienia tego trybu udzielenia zamówienia publicznego, uzależniając zastosowanie poza konkurencyjnego 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. 3a ust. 1 lub art. 6d ust. 1 UCPG, kierując się pozamerytorycznymi względami niemającymi nic wspólnego z interesem ekonomicznym lub społecznym.

¹ zob. wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie, sygn. akt XXIII Ga 925/13; wyrok KIO sygn. akr 887/13

² zob. wyrok TSUE w sprawie C-26/03



Po drugie – projektowane brzmienie art. 3a ust. 1 oraz 6d ust. 1 pkt 2 UCPG nie odpowiada ani konstytucyjnym standardom określoności prawa. Projektodawca posługuje się w nich dalekim od precyzji sformułowaniem „w przeważającej części”, na którego podstawie nie sposób jednoznacznie ustalić od spełnienia jakich warunków zależy udzielenie zamówienia w poza konkurencyjnym trybie na rzecz spółki danej JST. 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 powierza wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej utworzonej przez siebie spółce, z pominięciem 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 prawnych³. Co więcej, zadania z zakresu gospodarki odpadami 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 wyłącznie z gospodarką odpadami.

Po trzecie – projektowana regulacja może w sposób oczywisty prowadzić do nadużyć i prostego obchodzenia nawet tych czysto formalnych przesłanek ustanowionych w art. 3a ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 6d ust. 1 pkt 1 i 2. Spółka komunalna, która w momencie udzielenia zamówienia przez gminę spełniała te przesłanki już po zawarciu umowy może zostać poddana 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 regulacji adresującej powyższy problem i zabezpieczającej prawidłowe funkcjonowanie rynku przed skutkami jego wystąpienia.

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

Konfederacja Lewiatan, 1 marca 2016 r.
KL/126/54/176/AS/2016

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

