



www.ppp.gov.pl

ppp@mrr.gov.pl

**Materiał dotyczący raportu w sprawie struktury prawnej
przedsięwzięcia dotyczącego zaprojektowania, budowy i utrzymania
Instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych w
Poznaniu w trybie Ustawy o Partnerstwie publiczno – prywatnym**

Listopad 2012 r.



POMOC TECHNICZNA
NARODOWA STRATEGIA SPÓJNOŚCI



MINISTERSTWO
ROZWOJU
REGIONALNEGO

UNIA EUROPEJSKA
EUROPEJSKI FUNDUSZ
ROZWOJU REGIONALNEGO



Warunki korzystania z niniejszej publikacji

Niniejsza publikacja została opracowana w celu wzbogacenia i pobudzenia dyskusji na temat partnerstwa publiczno – prywatnego, w także w celu propagowania dobrych praktyk w tej dziedzinie. Jest ona wynikiem prac Platformy Partnerstwa Publiczno – Prywatnego powołanej z inicjatywy Ministra Rozwoju Regionalnego.

Obserwacje, analizy, interpretacje i wnioski zawarte w przedmiotowym materiale nie stanowią oficjalnego stanowiska Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (MRR) i nie mogą stanowić podstawy do formułowania jakichkolwiek roszczeń. Ponadto, MRR nie odpowiada za błędne interpretacje treści publikacji, ani za następstwa czynności podjętych na ich podstawie. W związku z tym użytkownik korzystający z informacji zawartych w niniejszej publikacji czyni to na swoją wyłączną odpowiedzialność.

Ministerstwo Rozwoju Regionalnego upoważnia odbiorców niniejszej publikacji do jej użytkowania, pobierania, wyświetlania, kopiowania i rozpowszechniania, w całości lub w części, ze wskazaniem źródła pochodzenia cytowanych materiałów. Bezwzględnie zabronione jest wykorzystywanie niniejszego dokumentu i jego treści do celów komercyjnych.

Dokument może zawierać odesłania do serwisów internetowych podmiotów trzecich. MRR nie ponosi odpowiedzialności za takie serwisy, a korzystanie z nich może podlegać szczegółowym warunkom.

Publikacja stanowi raport opracowany przez Kancelarię Domański, Zakrzewski, Palinka *pn. Raport w sprawie struktury prawnej przedsięwzięcia dotyczącego zaprojektowania, budowy i utrzymania Instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych w Poznaniu, w trybie ustawy o Partnerstwie publiczno – prywatnym*, sporządzony na zlecenie MRR w marcu 2011 r. Wprowadzone przez MRR zmiany treści dokumentu mają charakter redakcyjny.

Przygotowanie niniejszego raportu było współfinansowane ze środków Europejskiego Funduszu Rozwoju Regionalnego w ramach Programu Operacyjnego Pomoc Techniczna 2007 – 2013.

Materiał opracowany przez:
Departament Przygotowania Projektów Indywidualnych
Ministerstwo Rozwoju Regionalnego
ul. Wspólna 2/4, 00 – 926 Warszawa
tel. (22) 461 39 45
poczta elektr.: ppp@mrr.gov.pl

SPIS TREŚCI

| | |
|--|-----------|
| 1. UWAGI WSTĘPNE | 5 |
| 1.1 Cele i dotychczasowe działania Miasta | 5 |
| 1.2 Cele i zakres Opinii prawnej | 5 |
| 2. ŹRÓDŁA PRAWA I DOKUMENTY | 6 |
| 3. WARUNKI BRZEGOWE TRANSAKCJI PRZYJĘTE PRZEZ MIASTO..... | 7 |
| 3.1 Tryb wyboru Partnera Prywatnego | 7 |
| 3.2 Neutralność dla sektora finansów publicznych | 7 |
| 3.3 Lokalizacja Przedsięwzięcia | 8 |
| 3.4 Własność Nieruchomości (i składników majątkowych)..... | 8 |
| 3.5 Zagwarantowanie odbioru ciepła | 8 |
| 3.6 Ryzyko zmiany prawa | 8 |
| 4. PODSUMOWANIE..... | 9 |
| 4.1 Wybrany model postępowania - Ustawa o PPP/Prawo Zamówień Publicznych..... | 9 |
| 4.2 Wybrane modele transakcji..... | 9 |
| 4.3 Dalsze działania Miasta w zakresie „gwarancji administracyjno-prawnej” | 10 |
| 4.4 Dalsze działania Miasta w zakresie współpracy z Dalkią Poznań..... | 11 |
| 5. MODEL SAMORZĄDOWY - PODMIOT WEWNĘTRZNY | 11 |
| 5.1 Opis Modelu | 11 |
| 5.2 Status podmiotu wewnętrznego - zakres powierzonych zadań..... | 13 |
| 5.3 Ocena modelu na gruncie Ustawy o finansach publicznych | 15 |
| 5.4 Kwestia pomocy publicznej..... | 16 |
| 5.4.1 Uwagi ogólne - usługi w ogólnym interesie gospodarczym | 16 |
| 5.4.2 Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a Przedsięwzięcie..... | 17 |
| 5.4.3 Kwestie proceduralne..... | 18 |
| 5.5 Zalety i ryzyko związane z modelem | 18 |
| 5.5.1 Zalety rozwiązania | 18 |
| 5.5.2 Ryzyka rozwiązania | 19 |
| 6. MODELE PPP - OPLATA ZA DOSTĘPNOŚĆ | 19 |
| 6.1 Opis Modelu | 19 |
| 6.2 Wynagrodzenie Partnera Prywatnego | 22 |
| 6.3 Skutki prawno-finansowe na gruncie Ustawy o finansach publicznych..... | 23 |
| 6.4 Kwestia pomocy publicznej..... | 23 |
| 6.5 Skutki dla modelu w przypadku zmiany Ustawy o utrzymaniu czystości..... | 25 |
| 6.6 Zalety i ryzyko związane z modelem | 25 |
| 6.6.1 Zalety rozwiązania | 25 |
| 6.6.2 Ryzyka rozwiązania | 25 |
| 7. MODEL PPP - GWARANCJA STRUMIENIA ODPADÓW | 26 |
| 7.1 Opis Modelu | 26 |
| 7.2 Implikacje na gruncie finansów publicznych | 28 |

| | | |
|------------|---|-----------|
| 7.3 | Kwestia pomocy publicznej..... | 29 |
| 7.4 | Skutki dla modelu w przypadku zmiany Ustawy o utrzymaniu czystości..... | 30 |
| 7.5 | Zalety i ryzyko związane z modelem | 30 |
| 7.5.1 | Zalety rozwiązania | 30 |
| 7.5.2 | Ryzyka rozwiązania | 31 |
| 8. | PODZIAŁ RYZYKA - ZAGADNIENIE TYTUŁU DŁUŻNEGO | 31 |
| 9. | DOPUSZCZALNY ZAKRES DIALOGU KONKURENCYJNEGO | 32 |
| 9.1 | Cechy ogólne | 32 |
| 9.2 | Wymagania dotyczące ogłoszenia oraz dokumentu opisowego | 33 |
| 9.3 | Dopuszczalny zakres zmian i modyfikacji..... | 34 |
| 9.4 | Podsumowanie | 34 |
| 10. | GOSPODAROWANIE STRUMIENIEM ODPADÓW KOMUNALNYCH | 35 |
| 10.1 | Ostateczne Studium Wykonalności i Opinia JASPERS | 35 |
| 10.2 | Obecnie obowiązujący stan prawny | 35 |
| 10.2.1 | Informacje ogólne..... | 35 |
| 10.2.2 | Zasada bliskości..... | 35 |
| 10.3 | Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku a kierowanie strumieniem odpadów | 37 |
| 10.3.1 | Informacje ogólne..... | 37 |
| 10.3.2 | Wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania na gruncie art. 9 ust. 1a pkt 5 Ustawy o utrzymaniu czystości | 37 |
| 10.3.3 | Możliwość wskazania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania na gruncie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów | 38 |
| 10.3.4 | Wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania a postanowienia wojewódzkiego planu gospodarki odpadami niebezpiecznymi | 39 |
| 10.3.5 | Odmienne poglądy formułowane w orzeczeniach sądów administracyjnych | 40 |
| 10.4 | Plany gospodarki odpadami | 41 |
| 10.5 | Struktura rynku odbiorców odpadów komunalnych w Poznaniu | 42 |
| 10.6 | Zakłady termicznego przekształcania odpadów w hierarchii postępowania z odpadami . | 43 |
| 10.7 | Zakład termicznego przekształcania odpadów a kompostownia..... | 43 |
| 10.8 | Zakład termicznego przekształcania odpadów a sortownia odpadów | 45 |
| 10.9 | Opłaty za korzystanie ze środowiska z tytułu składowania odpadów | 45 |
| 11. | PLANOWANE ZMIANY W PRAWIE DOTYCZĄCE GOSPODAROWANIA ODPADAMI | 45 |
| 11.1 | Informacje ogólne | 45 |
| 11.2 | Opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi..... | 46 |
| 11.3 | Organizacja systemu gospodarowania odpadami komunalnymi | 46 |
| 11.4 | Poziomy odzysku i recyklingu..... | 47 |
| 11.5 | Sankcje za naruszenie zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami | 47 |
| 11.6 | Sposób rozliczania usług w ramach systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. | 47 |
| 11.7 | Wpływ nieuwzględnienia zakładu termicznego przekształcania odpadów w wojewódzkim planie gospodarki odpadami na możliwość odmowy wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia..... | 48 |
| 11.8 | Podsumowanie i wnioski..... | 48 |

1. UWAGI WSTĘPNE

1.1 Cele i dotychczasowe działania Miasta

Niniejsza opinia została przygotowana przez kancelarię Domański Zakrzewski Palinka („**Doradca Prawny**”) na zlecenie Ministerstwa Rozwoju Regionalnego (dalej „**MRR**”), w związku z umową nr DIN/BDG-II/POPT/344/10.

Podstawowym celem Miasta Poznania (dalej „**Miasto**”) realizowanym w ramach przedsięwzięcia pn. „System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania”, jest uporządkowanie i organizacja gospodarki odpadami, poprzez minimalizację wytwarzania odpadów oraz ich maksymalne wykorzystanie surowcowe i energetyczne. W tym celu niezbędne będzie wykonanie zadań inwestycyjnych tj. (i) instalacji demontażu odpadów wielkogabarytowych, w lokalizacji Suchy Las; (ii) instalacji termicznego przekształcania frakcji resztkowej zmieszanych odpadów komunalnych, na terenie Elektrociepłowni Karolin w Poznaniu (dalej „**Przedsięwzięcie**”).

Miasto podjęło szereg działań mających na celu przygotowanie optymalnej struktury prawnej finansowej Przedsięwzięcia. Struktura instytucjonalno-prawna oraz tryb wyboru partnera prywatnego został określony w dokumencie pn. *Ostateczne Studium Wykonalności dla przedsięwzięcia „System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania wraz z załącznikami, które zostało sporządzone przez spółkę Socotec (dalej „**Studium Wykonalności**”)¹.*

Studium Wykonalności określiło rekomendowaną strukturę prawną Przedsięwzięcia w następujący sposób: beneficjentem środków i właścicielem majątku będzie Miasto Poznań, które na podstawie Ustawy o PPP (a - jak wydaje się z rekomendacji zawartej w Studium Wykonalności - w trybie Ustawy o koncesji na roboty budowlane), przeprowadzi wybór partnera prywatnego, który będzie odpowiedzialny za całość Projektu (tutaj za Projekt, Budowę, Utrzymanie i Finansowanie Przedsięwzięcia - realizacja w modelu DBFO)².

Doradca Prawny zgłosił szereg uwag i zastrzeżeń do przyjętego modelu realizacji Przedsięwzięcia, a w szczególności do uzasadnienia przyjętych kierunków działania Miasta (por. Memorandum z dnia 16 lutego 2011 r. w sprawie uwag do struktury prawnej przedsięwzięcia oraz trybu wyboru partnera prywatnego), które zostały przyjęte i zaakceptowane zarówno przez MRR, jak i przez Miasto.

1.2 Cele i zakres Opinii prawnej

MRR zleciło Doradcy Prawnemu sporządzenie opinii prawnej, w której zostaną przeanalizowane wybrane struktury prawne przedsięwzięcia na gruncie Ustawy o PPP, z uwzględnieniem zagadnień pomocy publicznej i skutków transakcji na gruncie finansów publicznych, które są związane z każdym modelem. Dodatkowo, Doradca Prawny wskaże możliwość alternatywnej ścieżki realizacji projektu (przez tzw. „podmiot wewnętrzny”) wraz ze skutkami transakcji na gruncie przepisów Prawa zamówień publicznych.

W ocenie Doradcy Prawnego, dokonanie takiej analizy na tym etapie postępowania, a więc po decyzji Miasta o wyborze trybu postępowania), może wskazać Miastu ramy prawne konkretnych modeli, na których może opierać się współpraca publiczno-prywatna. Zgodnie z rekomendacją Doradcy Prawnego, postępowanie będzie prowadzone - zgodnie z art. 4 ust. Ustawy o PPP - na podstawie Prawa zamówień publicznych, w trybie dialogu konkurencyjnego, co stworzy Miastu możliwość wypracowania ostatecznej struktury prawnej przedsięwzięcia na etapie negocjacji z Partnerami Prywatnymi. Oczywiście, w trakcie dialogu konkurencyjnego, mogą pojawić się inne modele, które mogą być pewnymi wariantami pośrednimi z wariantów zaprezentowanych w niniejszej opinii. Niemniej jednak, warto wskazać - przed etapem negocjacji - pewne modele prawne i ryzyka z nimi

¹ W dacie sporządzania niniejszej opinii, Studium Wykonalności podlega uzgodnieniom z JASPERS. Doradca Prawny przekazał także swoje uwagi i komentarze do SW, wskazując na konieczność uzupełnienia i zmiany wniosków zawartych w tym dokumencie.

² Por. Studium Wykonalności, str. 19

związane, a także opisać krótko zalety (i specyfikę) postępowania prowadzonego w trybie dialogu konkurencyjnego.

Poza zakresem analizy pozostaje analiza skutków podatkowych niniejszej transakcji. Analiza taka powinna zostać sporządzona po wyborze preferowanego modelu współpracy - zagadnienie to może także stać się elementem dialogu konkurencyjnego.

2. ŹRÓDŁA PRAWA I DOKUMENTY

Opinia została sporządzona w oparciu o następujące akty normatywne:

- (a) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z dnia 30.4.2004 r., seria L 134, str. 114), (dalej „**Dyrektywa 2004/18**”);
- (b) Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady nr 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 roku w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz. Urz. UE z roku, nr L 312, s. 3) („**Dyrektywa 2008/98 w sprawie odpadów**”);
- (c) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz. U. 2010 Nr 113, poz.759 ze zm.) (dalej „Prawo zamówień publicznych” lub „PZP”);
- (d) Ustawa z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz. U. z r. nr 19, poz. 100) (dalej „**Ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym**” lub „**Ustawa o PPP**”);
- (e) Ustawa z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z r. Nr 19, poz.101), (dalej „**Ustawa o koncesji**”),
- (f) Ustawa z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (tekst jedn. Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 ze zm.) (dalej „**Ustawa o samorządzie gminnym**”);
- (g) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz. U. z 1997 r. Nr 9 poz. 43 ze zm.) (dalej „**Ustawa o gospodarce komunalnej**”);
- (h) Ustawa z dnia 13 września 1996 r. o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz. U. z 2005 r. nr 236, poz. 2008 ze zm.) (dalej „**Ustawa o utrzymaniu czystości**”);
- (i) Ustawa z dnia 27 kwietnia 2001 r. o odpadach (Dz. U. z 2010 r., nr 185, poz. 1243 ze zm.) (dalej „**Ustawa o odpadach**”);
- (j) Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r., Nr 157, poz. 1240 ze zm., dalej: „**Ustawa o finansach publicznych**”).
- (k) Ustawa z dnia 21 sierpnia 1997r. o gospodarce nieruchomościami (tekst jedn. Dz. U. z 2004r., Nr 261, poz. 2603 z p. zm.) (dalej „**Ustawa o gospodarce nieruchomościami**”);
- (l) Ustawa z dnia 7 lipca 1994 r. Prawo budowlane (tekst jedn. Dz. U. z 2006 r., nr 156, poz. 1118 ze zm.) (dalej „**Prawo budowlane**”);
- (m) Ustawa z dnia 23 stycznia 1964 r. Kodeks cywilny (Dz. U. 1964 r., nr 16, poz. 93 ze zm.) (dalej „**Kodeks cywilny**”);

3. WARUNKI BRZEGOWE TRANSAKCJI PRZYJĘTE PRZEZ MIASTO

Doradca Prawny rozpoczynając pracę nad strukturą prawną przyjął pewne warunki brzegowe wskazane przez Miasto.

3.1 Tryb wyboru Partnera Prywatnego

Studium Wykonalności rekomenduje wykorzystanie Ustawy o PPP, jako podstawy prawnej realizacji Przedsięwzięcia, a Ustawę o koncesji, jako optymalny tryb wyboru Partnera Prywatnego³. Jak już wskazaliśmy w dokumencie przygotowanym przez Doradcę Prawnego pn. „Memorandum w sprawie komentarzy i uwag do Studium Wykonalności”, tryb postępowania powinien zostać przesądzony w taki sposób, aby ew. istotna zmiana struktury prawnej i finansowej projektu, która może być efektem negocjacji nie stworzyła ryzyka podważania zawartej Umowy PPP. **W naszej ocenie Przedsięwzięcie powinno zostać realizowane na podstawie Ustawy o PPP w trybie dialogu konkurencyjnego (tj. w trybie Prawa zamówień publicznych), o którym mowa w art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP.**

Zaletą takiego rozwiązania jest m.in. to, iż zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, wszczęcie postępowania w bardziej „konserwatywnym” trybie (tj. Prawie zamówień publicznych) jest rozwiązaniem bezpieczniejszym z punktu widzenia zachowania zasad prawa europejskiego⁴. Jeśli w wyniku dialogu okazałoby się, że Przedsięwzięcie będzie realizowane w formule PPP na zasadzie koncesji, ryzyko podważania właściwego trybu wyboru Partnera Prywatnego zostanie dzięki temu istotnie ograniczone.

3.2 Neutralność dla sektora finansów publicznych

Należy wskazać, iż zawarcie Umowy PPP nastąpi najprawdopodobniej do połowy 2013 roku (a więc zaciągnięcie zobowiązania finansowego będzie oceniane na gruncie przepisów i wskaźników obowiązujących w tej dacie). Stąd przede wszystkim należy ocenić transakcję pod kątem przepisów dotyczących klasyfikacji do długu publicznego obowiązujących w dacie jej zawarcia (tj. na gruncie tzw. „starej Ustawy o finansach publicznych).

Należy wskazać, iż z punktu widzenia samorządu - istotne zmiany zaistnieją od roku 2014 r., tj. od daty wejścia w życie przepisów zmieniających sposób obliczania długu publicznego (wprowadzające tzw. indywidualny limit zadłużenia), co także należy ocenić dla ew. skutków zaciąganego zobowiązania i ew. poszczególnych płatności na rzecz Partnera prywatnego, co ma istotne znaczenie w szczególności z punktu widzenia klasyfikacji rodzaju wydatków i sposobu ich konstrukcji (wydatek majątkowy, bieżący, gwarancja).

³ Rekomendowana struktura Przedsięwzięcia we współpracy z partnerem prywatnym na podstawie Ustawy o PPP ma wynikać m.in. z analizy SWOT (str. 276-277) - Opcja 1 (opcja polegająca na samodzielnej realizacji zadania przez Miasto) jest mniej korzystna od Opcji 2 (Ustawa o koncesji) i Opcji 3 (Ustawa o PPP). M.in. ze względu na „bardziej korzystne dla Miasta tryby odwoławcze” w stosunku do PZP (str. 288 oraz analiza działań i przewidywanego czasu ich realizacji w pkt. 8.4.2 - str. 426-430). Pomimo istniejących wątpliwości, co do kwalifikacji założeń Projektu jako opartych na systemie koncesyjnym (m.in. str. 286-287; 426), SW wskazuje, że „rozstrzygnięcie, którym trybem wybrać Partnera Prywatnego, będzie zatem skłonność parterów prywatnych do przejęcie ryzyka uzyskania zwrotu z inwestycji. O skłonności tej Beneficjent przekona się jednak dopiero w drodze negocjacji z oferentami” (str. 426). pomimo wskazania w ostatecznych rekomendacjach trybu wyboru partnera prywatnego na podstawie ustawy o koncesji (choć w ramach Ustawy o PPP), SW w kilku miejscach analizuje cechy charakterystyczne Przedsięwzięcia, które zdaje się raz przybierać charakter zamówienia publicznego (str. 278; str. 287;), raz koncesji (str. 271, str. 288). Dodatkowo na stronie 287 jednoznacznie wskazano, że w sytuacji, gdy „Miasto Poznań będzie musiało zatrzymać ryzyko w zakresie dostarczenia niezbędного strumienia odpadów, wyboru Partnera Prywatnego będzie można dokonać jedynie w trybie przewidzianym ustawą PZP”.

⁴ Por. dokument Komisji Europejskiej “Explanatory note - competitive dialogue - classic directive - document that corresponds to CC/2005/04_rev 1” z dnia 5.10.2005

3.3 Lokalizacja Przedsięwzięcia

Jak wynika ze Studium Wykonalności, Instalacja do termicznego przekształcania odpadów komunalnych (dalej „Instalacja” zostanie zlokalizowana na terenie Elektrociepłowni Karolin w Poznaniu (dalej „Nieruchomość”), natomiast instalacja demontażu odpadów wielkogabarytowych (dalej „IDOW”) zostanie posadowiona na terenie składowiska odpadów innych niż niebezpieczne i obojętne w Suchym Lesie. Doradca Prawny nie przeprowadzał analizy stanu prawnego Nieruchomości, jednakże jak wynika z informacji uzyskanych od Miasta, trwają prace zmierzające do nabycia przedmiotowej Nieruchomości do zasobu komunalnego. Uwaga ta jest istotna dla oceny statusu prawnego tego składnika majątkowego (a także przesądzenia własności Instalacji wybudowanej na Nieruchomości). Ponadto, w zależności od tytułu własności do Nieruchomości, inne zasady będą towarzyszyły przekazywaniu Partnerowi Prywatnemu tytułu do Nieruchomości.

3.4 Własność Nieruchomości (i składników majątkowych)

Jak wynika ze Studium Wykonalności, Miasto preferuje model, w którym byłoby właścicielem prawnym Nieruchomości (a tym samym Instalacji), a Partner Prywatny byłby „ekonomicznym” właścicielem rzeczy, tj. uprawnionym do czerpania pożytków (eksploatacji), a także zobowiązany do utrzymania Nieruchomości i Instalacji.

Należy wskazać, iż z punktu widzenia Ustawy o PPP składnik majątkowy (a także Nieruchomość) może być wkładem własnym sektora publicznego do Przedsięwzięcia - przepisy Ustawy o PPP (potwierdzone wprowadzonymi przepisami do Ustawy o gospodarce nieruchomościami (por. art. 37 ust. 2 pkt 11) - wprost wskazują na możliwość rozporządzenia na rzecz Partnera Prywatnego własnością (lub użytkowaniem wieczystym) nieruchomości. A zatem Miasto nie jest zobligowane na mocy przepisów szczególnych do pozostania właścicielem składników majątkowych w trakcie trwania transakcji.

Z punktu widzenia przepisów prawa decyzja w powyższym zakresie zależy od woli Miasta, należy jednakże zwrócić uwagę, iż z danym rozwiązaniem wiążą się konsekwencje natury prawnej, jak i podatkowej.

3.5 Zagwarantowanie odbioru ciepła

Ze względu na cel i specyfikę przedsięwzięcia kluczowe jest zapewnienie przez Miasto równoprawnego dostępu do sieci ciepłej dla wszystkich uczestników postępowania przetargowego. Miasto podjęło działania zmierzające do ustalenia z Dalkią zasad odbioru ciepła oraz ew. ceny za ciepło. W naszej ocenie element ten jest kluczowy dla powodzenia Przedsięwzięcia, a także dla możliwości prawidłowej kalkulacji kosztów prowadzonej działalności oraz możliwych przychodów z przedsięwzięcia.

3.6 Ryzyko zmiany prawa

Rada Ministrów przygotowała i skierowała pod obrady Sejmu projekt ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (Druk sejmowy Nr 3670 z 25 listopada 2010 roku) („Projekt Ustawy o czystości”). Warto wskazać, iż Projekt Ustawy o czystości stanowi fundamentalną zmianę w zakresie funkcjonowania rynku odpadów w Polsce, bowiem ich skutkiem (o ile zostałyby przyjęte w przedłożeniu rządowym), będzie obligatoryjne przejęcie przez gminy „władztwa nad odpadami”), a więc to gmina będzie odpowiedzialna zarówno za budowę i utrzymanie stosownych instalacji, jak i za organizowanie systemu zbiórki i przewozu odpadów w wybrane miejsce ich unieszkodliwiania (lub odzysku).

Zamiarem Miasta jest rozpoczęcie realizacji Przedsięwzięcia w obecnym stanie prawnym (ze świadomością istotnych zmian w modelu funkcjonowania rynku). Niemniej jednak, istotna będzie ocena zmian przepisów nie tylko na model funkcjonowania rynku usług w Poznaniu, ale także ocena ew. wpływu zmian z transakcją (planowane modele). W tym miejscu należy podkreślić, że na tym etapie prac legislacyjnych nie można przesądzić - co oczywiste - ostatecznego kształtu zmian. Niemniej jednak, niniejsza Opinia, będzie uwzględniać ocenę potencjalnych zmian na opisywane modele współpracy publiczno-

prywatnej.

4. PODSUMOWANIE

4.1 Wybrany model postępowania - Ustawa o PPP/Prawo Zamówień Publicznych

Sposób realizacji Przedsięwzięcia w ramach partnerstwa publiczno - prywatnego realizowanego na podstawie Ustawy o PPP w trybie Prawa zamówień publicznych (poprzez dialog konkurencyjny), pozwoli Miastu na elastyczne ukształtowanie ostatecznej struktury prawnej transakcji. Założenie Miasta - tj. realizacja Przedsięwzięcia w modelu DBFO (zaprojektuj, wybuduj, sfinansuj i eksploatuj) - wytycza pewne ramy dla przedsięwzięcia, zostaną wypełnione treścią na etapie dialogu konkurencyjnego. A zatem na tym etapie nie ma potrzeby aby ostatecznie przesądzać o sposobie wynagrodzenia Partnera Prywatnego, choć - z punktu widzenia prowadzonych negocjacji i prawidłowego przygotowania procesu po stronie Miasta, niewątpliwie byłoby korzystne wskazanie preferowanego przez Miasto modelu wdrożenia inwestycji, a także skutków finansowych które mogą się łączyć z danym wariantem.

Na etapie prowadzonego dialogu konkurencyjnego, kwestia podziału ryzyka będzie przedmiotem negocjacji, to także zagadnienie związane z wynagrodzeniem Partnera prywatnego (lub zabezpieczeniem całej transakcji przez Miasto), mogą stać się przedmiotem negocjacji. Nie można wykluczyć, iż część Partnerów prywatnych będzie oczekiwać od Miasta wystawienia gwarancji finansowej lub nawet proponować zmianę modelu płatności wynagrodzenia (np. w formie omawianych przez nas w opinii „opłat za dostępność”).

Wybrany tryb postępowania jest nie tylko zgodny z Ustawą o PPP oraz ze stanowiskiem KE w zakresie wyboru trybu postępowania w przypadku, gdy nie jest jeszcze ostatecznie przesądzona struktura prawna Przedsięwzięcia (koncesja na roboty czy zamówienie publiczne), a zatem wybrany sposób zagwarantuje nie tylko Miastu elastyczność konieczną dla prowadzenia negocjacji oraz wypracowania ostatecznego modelu współpracy, ale także bezpieczeństwo prawne tej transakcji. Jest to istotne szczególnie ze względu na fakt, iż inwestycja jest współfinansowana ze środków unijnych, a więc prawidłowość trybu (i całego postępowania) będzie badana przez właściwe organy (np. przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych czy przez Instytucję Zarządzającą).

Ze względu na toczący się proces zmian w prawie (szczególnie w zakresie zmiany Ustawy o utrzymaniu czystości), szczególną kwestią jest zagwarantowanie przez Miasto strumienia odpadów do instalacji. Ten element jest wskazywany jako kluczowy dla realizacji Przedsięwzięcia bez względu na wybrany model prawny jego realizacji.

4.2 Wybrane modele transakcji

Mając na względzie warunki brzegowe przyjęte przez Miasto, w naszej opinii omawiamy szczegółowo modele realizacji Przedsięwzięcia, które mieszczą się w szerokiej formule PPP w modelu DBFO, a różnią się przede wszystkim wynagrodzeniem Partnera prywatnego oraz podziałem ryzyka w zakresie strumienia odpadów:

- **Model „opłaty za dostępność”** - ryzyko przychodowe leży po stronie Miasta, a Partner Prywatny ponosi ryzyko budowy i dostępności - jego wynagrodzenie nie zależy bezpośrednio od ilości dostarczonych odpadów. W modelu tym wynagrodzenie jest powiązane z jakością świadczonych usług (gotowość eksploatacyjna, zdolność przerobu, utrzymanie i remonty obiektów i inne kryteria szczegółowo określone w umowie). Wszystkie przychody z przedsięwzięcia stanowią przychód Miasta, a więc - co do zasady - mogą stanowić (przynajmniej w części) wydatki ponoszone na rzecz Partnera Prywatnego (w postaci wynagrodzenia, „opłaty za dostępność”).

W przypadku zmiany prawa (o ile zostałyby przyjęte w brzmieniu rządowym), Miasto stanie się organizatorem całego systemu gospodarki odpadami oraz otrzyma przychody z nowej opłaty z tytułu „podatku śmieciowego” - nowej opłaty ponoszonej przez mieszkańców na rzecz gminy z tytułu wykonywania zadań. W związku z powyższym, zmiana prawa nie będzie mieć wpływu na samą strukturę przedsięwzięcia (bowiem wynagrodzenie partnera prywatnego nie będzie powiązane bezpośrednio z ryzykiem przychodowym).

Do szczegółowej analizy powinno być takie skonstruowanie modelu, aby zagwarantować standard utrzymania i trwałości instalacji.

- **Model gwarancji strumienia odpadów ze strony Miasta** - Partner Prywatny otrzymuje całość przychodów z przedsięwzięcia (przychody ze sprzedaży energii elektrycznej, sprzedaż ciepła, opłata na bramie). Ze względu na obowiązujący stan prawny Miasto powinno rozważyć udzielenie „gwarancji administracyjno-prawnej”, to jest wskazać w jaki sposób zagwarantuje w drodze stosownych aktów władczych, iż strumień odpadów będzie kierowany do spalarni (oczywiście z uwzględnieniem hierarchii postępowania z odpadami), a dopiero w następnym kroku (o ile gwarancja administracyjno-prawna nie będzie wystarczająca - rozważy udzielenie gwarancji finansowej, co do części lub całości strumienia, i to skonstruowanej w taki sposób, aby zminimalizować negatywne skutki dla budżetu gminy (por. art. 243 Ustawy o finansach publicznych).

Zmiana przepisów prawnych może mieć wpływ na transakcję, o tyle iż zwiększy pewność Partnera Prywatnego, iż Miasto (które będzie odpowiedzialna zarówno za odbiór, jak i transport odpadów) skieruje strumień odpadów właśnie do instalacji. Niemniej jednak, zmiana prawa nie spowoduje, iż Miasto będzie mogło zagwarantować Partnerowi prywatnemu wyeliminowanie ryzyka zmiany ilości czy kaloryczności strumienia odpadów. Zagadnienie to powinno być przedmiotem szczegółowej analizy podczas prowadzonych negocjacji.

W przypadku obu modeli PPP, w odniesieniu do elementów związanych z zagadnieniem pomocy publicznej, można stwierdzić, iż istnieje możliwość zbudowania argumentacji dotyczącej spełnienia przez Przedsięwzięcie (w związku z jego strukturą i przyjętymi rozwiązaniami) przesłanek z orzeczenia w sprawie Altmark - wówczas Projekt można byłoby uznać za indyferentny pod względem pomocowym.

Dodatkowo, Doradca prawny omówił model realizacji inwestycji przez „podmiot wewnętrzny” tj. przez spółkę komunalną utworzoną przez Miasto w celu realizacji inwestycji i późniejszej jej eksploatacji. Model ten omawiamy dlatego, iż w Studium Wykonalności nie zawierało pogłębionej analizy tego zagadnienia, a więc dla całości obrazu należy także wskazać zalety i ryzyka związane z tym modelem (mając w pamięci decyzję Miasta, iż dla celów inwestycji nie zamierza utworzyć odrębnego podmiotu - spółki komunalnej). Z modelem tym łączy się ryzyko związane z niejasnymi przepisami przejściowymi przewidzianymi dla projektów realizowanych przez spółki komunalne (na tym etapie prac legislacyjnych zostały wprowadzone zapisy dotyczące obligatoryjnych przetargów w przypadku budowy i utrzymania instalacji).

4.3 Dalsze działania Miasta w zakresie „gwarancji administracyjno-prawnej”

W naszej ocenie warto rozważyć podjęcie przez Miasto uchwały intencyjnej, która pokazywałaby wszystkim zainteresowanym Partnerom prywatnym sposób postępowania gwarantujący im, iż strumień odpadów będzie kierowany właśnie do instalacji. Jak wskazuje doradca, nawet na gruncie obowiązującego prawa (tj. Ustawy o utrzymaniu czystości), istnieją instrumenty prawne mogące doprowadzić do tego samego skutku prawnego, co zmiany wprowadzone w Projekcie Ustawy, a więc zapewnić kierunek strumienia odpadów (natomiast nie będzie to gwarancja kaloryczności czy konkretnej ilości (ta będzie pochodną sytuacji na rynku odpadów i wynikać z analizy podaży i popytu, a także morfologii strumienia odpadów).

W uchwale intencyjnej Miasto wskazałoby, iż wydając nowe zezwolenia dla podmiotów ubiegających się o ich wydanie (większość zezwoleń wydana jest do połowy 2015 r.), co także byłoby istotnym argumentem dla wykazania, iż zmiana przepisów (oraz zmiana podejścia Miasta w tym zakresie) nie stanowi podstawy do wywodzenia jakichkolwiek roszczeń odszkodowawczych przeciwko Miastu (np. ze względu na naruszenie pewnych interesów ekonomicznych Przedsiębiorców, którzy - w dobrej wierze - podjęli określone działania inwestycyjne, z których (ze względu na wprowadzoną zmianę) nie mogą korzystać ze swoich praw. O ile nie zmieniliby się przepisy, Miasto powinno także doprowadzić do stosownych zmian w Wojewódzkim Planie Gospodarki Odpadami, Gminnym Planie Gospodarki Odpadami, a następnie w Zarządzeniu (które w dacie sporządzania niniejszej opinii zostało zastąpione przez uchwałę rady miasta), wskazania instalacji jako jedynej i docelowego miejsca unieszkodliwiania odpadów (oczywiście, jeśli istnieją inne miejsca, które mają ten sam albo wyższy efekt ekologiczny, które zgodnie z zasadą bliskości mogą stanowić alternatywę dla określonego strumienia odpadów, to Miasto nie mogłoby wykluczyć możliwości wywożenia odpadów w takie miejsce).

4.4 Dalsze działania Miasta w zakresie współpracy z Dalkią Poznań

Ze względu na szczególną rolę i pozycję prawną spółki Dalia Poznań, która jest zarówno właściciel systemu i sieci ciepłowniczej w Mieście, jak i jej struktura własności wiąże ją ze spółką Veolia, która (wspólnie z Dalkią Poznań) będą ubiegać się o zamówienie w Poznaniu), kluczowe staje się zapewnienie dla wszystkich podmiotów prywatnych równoprawnego i konkurencyjnego dostępu do sieci ciepłej (ilość ciepła, które może być odebrane w roku oraz cena). W innym przypadku, postępowanie może być obciążone ryzykiem jego unieważnienia, ze względu na fakt, iż nie było zapewnionego równego i równoprawnego traktowania wszystkich podmiotów uczestniczących w postępowaniu.

5. MODEL SAMORZĄDOWY - PODMIOT WEWNĘTRZNY

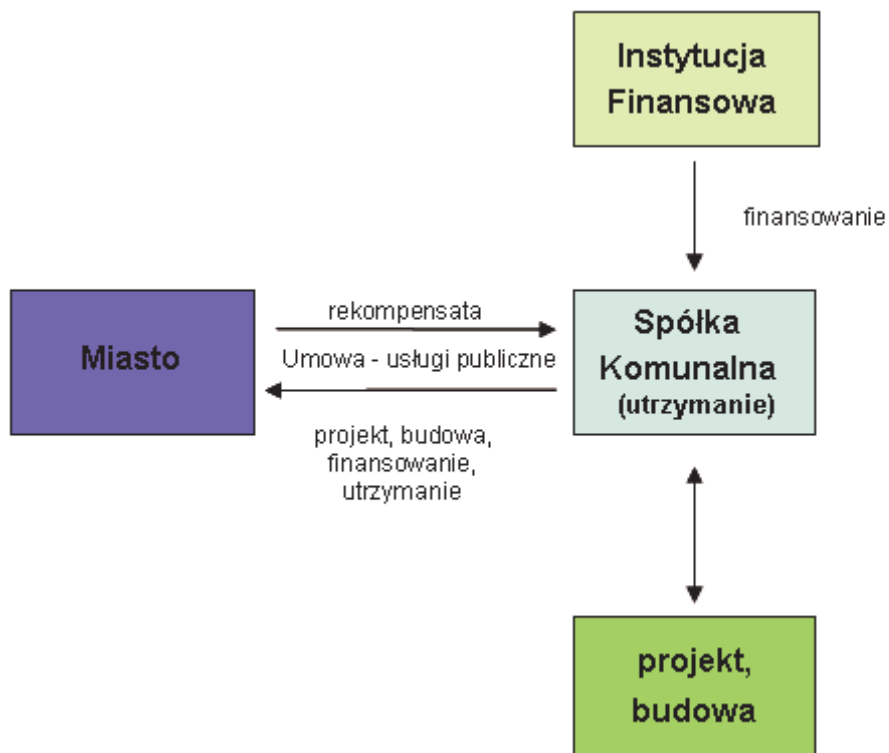
5.1 Opis Modelu

Studium Wykonalności analizuje tzw. opcję samorządową (por. matryca opcji Tabela 5-1 SW, str. 265), która przewiduje realizację projektu bądź samodzielnie przez Miasto, bądź przez spółkę ze 100% udziałem Miasta (dalej „**Spółka Komunalna**”), jednakże nie rozwija wariantu realizacji zadania w takiej formule⁵.

Warto na wstępie wskazać, iż cechą charakterystyczną tego modelu jest to, iż Spółka Komunalna nie zostaje wybrana w konkurencyjnym postępowaniu - następuje tu bowiem akt powierzenia świadczenia usługi publicznej w zakresie gospodarki odpadami spółce, jako podmiotowi wewnętrznemu. To właśnie Spółka Komunalna będzie realizować zadanie publiczne, ale będzie też działać, w określonym zakresie, na rynku komercyjnym (np. rynku sprzedaży energii elektrycznej). W tym modelu następuje „komunalizacja” zadania publicznego, co oznacza jego realizację samodzielnie, przez kontrolowany przez Miasto podmiot - Spółkę.

⁵ opis opcji samorządowej nie podaje różnic w realizacji modelu - zrównując w istocie ryzyka i korzyści związane z realizacją projektu przez Miasto i spółkę komunalną opis koncentruje się jedynie na korzyściach i ryzykach realizacji przedsięwzięcia przez Miasto (w ramach posiadanej osobowości prawnej) eksponując ograniczenia realizacji inwestycji ze względu na limity określone w Ustawie o finansach publicznych. Studium Wykonalności nie odnosi się do możliwości wykluczenia opcji utworzenia przez Miasto spółki komunalnej dla realizacji przedsięwzięcia (utworzonej np. na bazie zasobów Urzędu Miasta), bądź realizacji zadań przez już istniejącą spółkę miejską (powierzenie nowych zadań).

Schemat graficzny Przedsięwzięcia można przedstawić w następujący sposób:



W rozważanym modelu:

- (a) Miasto utworzy Spółkę Komunalną, która będzie mieć status „podmiotu wewnętrznego” w rozumieniu przepisów europejskich i orzecznictwa ETS, a więc m.in. Miasto będzie jedynym właścicielem Spółki;
- (b) Miasto w drodze stosownej uchwały rady miejskiej powierzy wykonywanie zadań publicznych w zakresie gospodarki odpadami Spółce komunalnej, a następnie, zawrze ze spółką wieloletnią długoterminową umowę o świadczenie usług publicznych w zakresie powierzonym stosowną uchwałą;
- (c) uchwała oraz umowa (które łącznie stanowią akt powierzenia) określą obowiązki Spółki Komunalnej oraz mechanizm wynagrodzenia za usługi (przy czym Spółka w tym modelu byłaby również odpowiedzialna za element inwestycyjny tj. „Przedsięwzięcie” obejmujące zarówno za budowę, jak i eksploatację Instalacji);
- (d) Miasto wyposażałoby Spółkę Komunalną w stosowną nieruchomość (np. w drodze aportu), także w inne niezbędne zasoby na realizację zadania (pracownicy, siedziba, itp.);
- (e) Spółka Komunalna byłaby odpowiedzialna za całość procesu inwestycyjnego, a także byłaby prawnym i ekonomicznym właścicielem składników majątkowych;
- (f) Spółka Komunalna miałaby status zamawiającego w rozumieniu Prawa zamówień publicznych (odpowiednio podmiotu publicznego w rozumieniu Ustawy o PPP oraz koncesjonariusza w rozumieniu Ustawy o koncesji);
- (g) Spółka Komunalna byłaby odpowiedzialna nie tylko za świadczenie usług *sensu stricto* w zakresie gospodarki odpadami, ale również element inwestycyjny tj. zaprojektowanie, wybudowanie i świadczenie określonych usług utrzymaniowych, oraz pozyskanie finansowania na realizację Przedsięwzięcia (także za wybór - z uwzględnieniem odpowiednich przepisów Prawa zamówień publicznych - wykonawcy robót budowlanych) - całokształt obowiązków Spółki jest zadaniem publicznym powierzonym jej przez Miasto;
- (h) ze względu na specyfikę statusu Spółki Komunalnej, jako podmiotu wewnętrznego nie

może ona pełnić jedynie roli „pośrednika” pomiędzy Miastem a podmiotami prywatnymi (wykonawcami), tj. Spółka nie powinna delegować całości powierzonego zadania publicznego, bowiem mogłoby to doprowadzić do zakwestionowania bezpośredniego powierzenia jej wykonywania usług, w tym realizacji elementu inwestycyjnego);

- (i) charakter powierzonego Spółce zadania publicznego oraz fakt posiadania przez nią statusu Zamawiającego uprawnia jednakże do powierzenia określonej części obowiązków wynikających powierzenia podmiotowi trzeciemu, pod warunkiem zachowania właściwych procedur (np. wybory wykonawcy robót budowlanych na podstawie PZP);
- (j) Spółka Komunalna świadczyłaby określone usługi w zamian za wynagrodzenie określone w Umowie (w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych) - z punktu widzenia instytucji finansowych - Umowa o świadczenie usług byłaby głównym zabezpieczeniem finansowania Przedsięwzięcia;
- (k) Umowa mogłaby przyznawać Spółce prawo pobierania określonych przychodów z Przedsięwzięcia w okresie umowy (np. przychody z energii, itp.), co zostałoby rozliczone w wynagrodzeniu z tytułu świadczonych usług;
- (l) Zobowiązania z umowy wieloletniej powinny zostać uwzględnione w Wieloletniej Prognozie Finansowej Miasta, a także corocznie, w budżecie Miasta w kategorii wydatków bieżących (wydatki na wynagrodzenie spółki).

W dalszej części opinii rozważymy (i) ograniczenia dla działalności Spółki Komunalnej ze względu na status podmiotu wewnętrznego; (ii) ocenę modelu pod względem zasad wynagradzania podmiotu wewnętrznego w kontekście zasad pomocy publicznej i ew. notyfikacji do Komisji Europejskiej.

5.2 Status podmiotu wewnętrznego - zakres powierzonych zadań

Realizacja Przedsięwzięcia z wykorzystaniem Spółki Komunalnej zakłada utworzenie odrębnego od Miasta podmiotu prawnego, któremu zostałoby powierzone zadanie w zakresie gospodarki odpadami wynikające z właściwych regulacji (Ustawa o samorządzie gminnym, Ustawa o odpadach oraz Ustawa o utrzymaniu czystości)⁶.

Nie ulega wątpliwości, że Miasto jest uprawnione do organizacji rynku zadań własnych w następujący sposób⁷: (i) poprzez jednostki organizacyjne niewyodrębnione ze swojej struktury, w formie spółki prawa handlowego⁸, powierzając ich wykonanie na podstawie umowy innym podmiotom.⁹

Podejmując decyzję o wyborze realizacji zadania własnego za pośrednictwem Spółki Miasto jest zobowiązane do przestrzegania zasad, na których taka współpraca może być oparta, w tym przede wszystkim orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

⁶ Zgodnie z art. 16a pkt 3 Ustawy o odpadach, do obowiązkowych zadań własnych gmin w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi należy zapewnianie budowy, utrzymania i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami lub przedsiębiorcami instalacji i urządzeń do odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych albo zapewnienie warunków do budowy, utrzymania i eksploatacji instalacji i urządzeń do odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych przez przedsiębiorców.

⁷ Por. C. Banasiński, Michał Kulesza „Ustawa o gospodarce komunalnej - komentarz”, Dom Wydawniczy ABC 2002 r., w szczególności komentarz do art. 2, str. 33 i nast. oraz do art. 3, str. 40 i nast.; C Banasiński, H. Gronkiewicz- Waltz, D. Szafranski, M. Wierzbowski, M. Wyrzykowski „Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne”, Lexis Nexis, 2005 r., str. 129

⁸ Por. Wyrok Naczelnego Sadu Administracyjnego z dnia 11 sierpnia 2005 r. sygn. akt II GSK 105/05, w którym sąd wskazał, że „*wykonywanie przez gminę zadań komunalnych we własnym zakresie - przez utworzoną w tym celu jednostkę organizacyjną nie wymaga zawarcia umowy. Podstawą powierzenia wykonywania tych zadań jest, bowiem sam akt organu gminy powołujący do życia tę jednostkę i określający przedmiot jej działań*”

⁹ Por. np. uchwała składu siedmiu Sędziów Sądu Najwyższego - Izba Pracy, Ubezpieczeń Społecznych i Spraw Publicznych z dnia 22 lutego 2006 r., OSNP 2006/21-22 poz. 314

(dalej „Trybunał” lub „ETS”)¹⁰, który stanowi iż aby móc powierzyć wykonanie zadania powinny przy tym zostać spełnione łącznie dwa warunki (i) podmiot publiczny musi sprawować nad osobą, której powierza świadczenie usług kontrolę analogiczną do tej jaką sprawuje nad swoimi wydziałami/oddziałami oraz (ii) osoba ta musi wykonywać zasadniczą część swojej działalności na rzecz podmiotu publicznego, który ją kontroluje¹¹.

Nie ulega wątpliwości, że Miasto powołując Spółkę komunalną jest zobowiązane do precyzyjnego określenia zakresu działalności jej powierzonej. Zakres ten powinien być możliwie szeroki i obejmować wskazane wyżej zadanie własne Miasta tak, aby pozwolił je wykonywać bez ewentualnej późniejszej konieczności stosowania procedur konkurencyjnych, co miałyby miejsce w przypadku zlecenia zadań nieobjętych powierzeniem. Spółka komunalna, działając jako podmiot wewnętrzny Miasta byłaby **zatem odpowiedzialna za całość zadania polegającego na świadczeniu usług w zakresie gospodarki odpadami, w tym zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji instalacji i urządzeń do odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych.**

Jak zostało to wskazane, wykonywanie zadania własnego Miasta w zakresie gospodarki odpadami przez Spółkę komunalną odbywałoby się na zasadach właściwych systemowi rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, (szczegółowe określenie zakresu obowiązku świadczenia usług przez Spółkę komunalną następowaloby w uchwale organu stanowiącego, a następnie w umowie, statucie spółki albo w odpowiednim akcie wewnętrznym spółki (plan, regulamin itp. zwane dalej „regulaminem”), uchwalonym przez jej zgromadzenie wspólników¹².

Podstawą dokonywania rozliczeń między Miastem a Spółką Komunalną będzie model wynagrodzenia opartego na relacji kosztów i przychodów, które zostały wygenerowane podczas realizacji zobowiązań wynikających z umowy świadczenia usług publicznych, (przychody uzyskane przez Spółkę z tytułu świadczenia tych usług lub z działalności dodatkowej - w tym przypadku w zakresie produkcji i sprzedaży energii) oraz przy uwzględnieniu rozsądnego zysku dla Spółki.

Zasady współpracy Miasta ze Spółką powinny określać w szczególności: (i) czas trwania zobowiązania oraz zasięg terytorialny, (ii) definiować przedmiot i zakres obowiązku świadczenia usługi publicznej, (iii) sposób(mechanizm) wynagrodzenia Spółki (zgodnie z systemem rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych), (iv) obowiązki Spółki wobec odbiorców usług publicznych świadczonych przez spółkę oraz zasady korzystania z tych usług.

Spółka komunalna działa niejako „w miejsce” przedsiębiorcy wybieranego w przetargu, a zatem zakres jej zadań powinien się pokrywać z tymi, które zostałyby powierzone przedsiębiorcy (zgodnie z daną decyzją jednostki samorządu terytorialnego). **Spółka komunalna nie jest więc kolejnym „ogniwem” między Miastem a przedsiębiorcą i nie działa jako pośrednik, ale jest podmiotem bezpośrednio odpowiedzialnym za wykonanie określonego zadania publicznego.** Celem naczelnym powierzenia jest niewątpliwie organizacja systemu gospodarki odpadami na terenie Miasta. W zakres powierzenia zadania Spółce komunalnej, w przypadku, gdyby miała ona realizować inwestycję, powinno zatem wchodzić również zaprojektowanie, finansowanie, budowa oraz zarządzanie i eksploatacja Instalacją (zgodnie z przyjętą koncepcją DBFO).

¹⁰zgodnie z orzecznictwem ETs zamówienia udzielane tzw. podmiotom wewnętrznym oznaczają sytuacje, w których pod pewnymi warunkami zamawiający nie będzie zobowiązany do przestrzegania regulacji dot. konkurencyjnego trybu powierzenia zadania mimo, że jego wykonywaniem będzie się zajmował odrębnemu od niego, przynajmniej w sensie formalnym, podmiot. Trybunał wskazał mianowicie, że nawet w sytuacji, gdy mamy do czynienia z dwiema osobami prawnymi powierzenie realizacji określonego świadczenia może być wyjątkowo uznane za transakcję wewnętrzną (tzw. transakcja *in-house*).

¹¹ponadto, zgodnie z orzecznictwem ETs powierzenie zadania spółce komunalnej mającej status podmiotu wewnętrznemu stanowi odstępstwo od zasad ogólnych, co powoduje, że jest dopuszczalne wyłącznie przy zachowaniu wspomnianych wyżej warunków zarówno w momencie powierzenia jak również przez cały okres świadczenia usługi. Konstrukcja taka nie może być ponadto wykorzystywana w celu ominięcia przepisów dotyczących konkurencyjnego trybu wyboru świadczeniodawcy.

¹² Por. pkt 62 Wytucznych odpadowych

Nie ulega wątpliwości, że zasadniczym celem powierzonego zadania jest organizacja systemu gospodarki odpadami, natomiast w jego elementy składowe wchodzi zaprojektowanie i budowa Instalacji. Stanowi to element konieczny dla realizacji zasadniczej części zadania, za którą niewątpliwie należy uznać zarządzanie Instalacją i świadczenie usług utylizacji odpadów. W konsekwencji zlecenie zaprojektowania i wybudowania Instalacji (w trybie PZP) nie powinno budzić zasadniczych wątpliwości. Jednakże trudno byłoby zaakceptować sytuację „podzlecenia” zasadniczej części zadania, tj. usługi utrzymania, eksploatacji czy zarządzania Instalacją i świadczenia usług w zakresie utylizacji odpadów. W takim przypadku koncepcja powierzenia zadania podmiotowi wewnętrznemu (Spółce) oraz podstawy uzyskiwanego przez nią wynagrodzenia (umowa o usługi publiczne) mogłaby zostać zakwestionowana z uwagi na fakt, że faktycznie rola Spółki ograniczałaby się wyłącznie do organizacji Przedsięwzięcia, a nie do jego realizacji.

5.3 Ocena modelu na gruncie Ustawy o finansach publicznych

Po pierwsze, z punktu widzenia finansów publicznych - za sfinansowanie Przedsięwzięcia będzie odpowiedzialna Spółka Komunalna (a więc to ona będzie inwestorem a zarazem kredytobiorcą), a zatem transakcja taka będzie neutralna z punktu widzenia długu publicznego Miasta (spółka komunalna - zgodnie z systematyką Ustawy o finansach publicznych) nie jest zaliczona do sektora finansów publicznych.

Po drugie, oceniając wynagrodzenie wypłacane na rzecz Spółki Komunalnej dokonywanego w ramach umowy o świadczenie usług publicznych, istotą stosunku prawnego będzie obowiązek wieloletniego świadczenia o charakterze pieniężnym za wykonywaną usługę. W takim przypadku, transakcja taka wydaje się neutralna z punktu widzenia zaliczenia zobowiązań finansowych z takiej umowy do długu publicznego (umowa taka nie nosi bowiem cechy kredytu, pożyczki ani innych zobowiązań, o których mówi zarówno art. 78 Ustawy o finansach publicznych ani § 3 Rozporządzenia Ministra Finansów).

Z punktu widzenia art. 243 Ustawy o finansach publicznych, która od 2014 roku wprowadza tzw. indywidualny limit zadłużenia j.s.t., (którego konsekwencją jest m.in. to, iż na zmniejszoną zdolność kredytową j.s.t. będzie mieć wpływ zwiększenie poziomu wydatków bieżących), to trudno znaleźć przekonującą argumentację prawną, aby bieżące płatności Miasta dokonywane na rzecz Spółki Komunalnej w zamian za świadczone usługi publiczne, zakwalifikować inaczej, niż do kategorii wydatków bieżących. Innymi słowy, nie ma podstaw do kwalifikacji takich wydatków do kategorii wydatków majątkowych¹³.

Ew. próby takiej argumentacji są w naszej ocenie dość ryzykowne, bowiem - przy ocenie budżetu i wieloletniej prognozy finansowej Miasta, Regionalna Izba Obrachunkowa mogłaby podważać, czy taka kwalifikacja nie zmierza w istocie do obejścia przepisów ustawy o finansach publicznych (poprzez naruszenie przepisów art. 236 Ustawy o finansach publicznych, dotyczących klasyfikacji środków publicznych, a tym samym nieprawidłowości w obliczeniu indywidualnego wskaźnika zadłużenia, por. art. 243 u.f.p.)¹⁴.

¹³ W modelu nie można - w drodze analogii prawnej - zastosować rozwiązanie z wydzieleniem z wynagrodzenia na dwa elementy („majątkowy” - związany z nabyciem określonego składnika majątkowego w przyszłości oraz bezpośrednio powiązany z płatnością za usługę, tym bardziej iż nie jest przesądzone, iż zamiarem Miasta będzie przeniesienie własności instalacji ze Spółki na Miasto (skoro to Miasto byłoby wyłącznym właścicielem Spółki w trakcie całej umowy).

¹⁴ Można rozważać czy wynagrodzenie Spółki Komunalnej (w ramach Umowy o świadczenie usług) mogłoby opierać się na instrumencie jej wieloletniego dokapitalizowania. Należy wskazać, iż na gruncie przepisów kodeksu spółek handlowych, dokapitalizowanie spółki jest innym instrumentem prawnym niż zapłata wynagrodzenia (nie jest „celowa”), jednakże na pewno takie rozwiązanie miałyby ten sam skutek: dostawę kapitału dla Spółki (choć w zamian za określone świadczenia - poziom dokapitalizowania ściśle wiązałby się przecież ze świadczoną usługą, która - zgodnie z zasadami dotyczącymi wynagrodzenia Podmiotu Wewnętrznego musiałaby zostać oparta na zasadach „rekompensaty za świadczoną usługę”).

5.4 Kwestia pomocy publicznej

5.4.1 Uwagi ogólne - usługi w ogólnym interesie gospodarczym

Koncepcja usług w ogólnym interesie gospodarczym znalazła wyraz m.in. w Decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu FUE do pomocy państwa w formie rekompensaty tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (2005/842/WE) oraz Wspólnotowych ramach dotyczących pomocy państwa w formie rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych (Dz. U. UE z 2005 r. C 297, str. 4)¹⁵. Komisja Europejska może jednak zainterweniować w decyzję państwa członkowskiego w powyższym zakresie w przypadku wystąpienia oczywistego błędu¹⁶.

Po to, aby mogły być zastosowane szczególne zasady odnoszące się do wykonywania usług w ogólnym interesie gospodarczym, zgodnie z art. 106 ust. 2¹⁷ Traktatu FUE muszą być spełnione następujące przesłanki:

- (a) musi istnieć akt nałożenia zobowiązania na przedsiębiorstwo w zakresie odpowiedzialności za wykonywanie określonych usług;
- (b) powierzone usługi powinny być usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym;
- (c) rozwój handlu nie może być naruszony w sposób pozostający w sprzeczności z interesem Unii.

Podstawowym elementem systemu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym jest zobowiązanie do realizacji danej usługi (przy czym należy zauważyć, że może mieć różną formę prawną) oraz obliczona, według obiektywnych przejrzystych parametrów, rekompensata za świadczenie tej usługi - którą należy utożsamiać z wyliczonym według odpowiedniego mechanizmu, wynagrodzeniem.

W ramach projektów dotyczących realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym może (i) wystąpić pomoc publiczna wymagająca notyfikacji; (ii) może wystąpić pomoc publiczna zgodna ze wspólnym rynkiem, niewymagająca notyfikacji bądź; (iii) nie wystąpić pomoc publiczna (np. przy spełnieniu tzw. przesłanek Altmark). Powyższe zależy m.in. od rodzaju przedsięwzięcia, jego wielkości i przyjętego sposobu realizacji.

Państwo członkowskie, a właściwie organy odpowiedzialne za realizację poszczególnych zadań, posiadają więc zasadniczą rolę jak i margines swobody zarówno przy definiowaniu zakresu usług w ogólnym interesie gospodarczym jak i w zakresie świadczenia, zlecenia i organizowania tych usług, w sposób najbardziej odpowiadający potrzebom ludności, z zachowaniem zasad ustalonych na poziomie wspólnotowym. Jako jedne z kluczowych elementów związanych ze świadczeniem usług w ogólnym interesie gospodarczym wskazuje się m.in. poziom jakości, bezpieczeństwa, przystępności cenowej, równe traktowanie oraz

¹⁵ usługi świadczone w „ogólnym interesie” mają charakter gospodarczy i co do zasady obejmują działalność ważną z punktu widzenia funkcjonowania danej społeczności, która najprawdopodobniej nie byłaby wykonywana bez wsparcia ze strony podmiotu publicznego. Do chwili obecnej za usługi te uznawano m.in. usługi z zakresu transportu, usługi pocztowe, związane z sektorem energetycznym, ochrony zdrowia czy telekomunikacyjnym. Należy przy tym podkreślić, że usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym nie mają co do zasady ustalonego zakresu przedmiotowego na poziomie wspólnotowym, a poszczególne państwa członkowskie posiadają szeroki margines uznaniowości przy ich definiowaniu (zaliczenie danej działalności do katalogu usług w ogólnym interesie gospodarczym powinno być poprzedzone analizą charakteru usługi przy uwzględnieniu uwarunkowań panujących w danym kraju np. sytuacji geograficznej, społecznej czy kulturowej), chyba, że jest kwestia ta została uregulowana prawem wspólnotowym.

¹⁶ Por. sprawa T-442/03, SIC przeciwko Komisji.

¹⁷ poprzednio art. 86 ust. 2.

propagowanie powszechnego dostępu i praw odbiorców.

Podstawowym instrumentem realizacji usług w ogólnym interesie gospodarczym jest umowa o świadczenie usług określająca kluczowe elementy związane z wykonaniem zadania, w tym mechanizm wynagrodzeniowy (w ramach systemu rekompensaty). Mechanizm ten powinien uwzględniać koszty poniesione przez wykonawcę usług w związku z ich realizacją, przychody generowane przy realizacji usług oraz rozsądny zysk dla wykonawcy¹⁸ (wypłacane wynagrodzenie równe jest różnicy pomiędzy przychodami a kosztami powiększonej o rozsądny zysk operatora)¹⁹.

5.4.2 Usługi w ogólnym interesie gospodarczym a Przedsięwzięcie

Zgodnie z Wytocznymi MRR oraz Szczegółowym opisem osi priorytetowych POIS, Projekt, z punktu widzenia pomocowego, powinien być umocowany w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych. W związku z tym należy uznać, iż Państwo członkowskie zaliczyło zadanie z zakresu gospodarki odpadami do zadań w ogólnym interesie gospodarczym.

Mając na uwadze powyższe założenie co do kwalifikacji pomocowej Projektu, wskazane byłoby dokonanie pogłębionej analizy uwzględniającej specyfikę Projektu zawierającej ocenę pomocy publicznej przy realizacji Projektu. Analiza powyższa powinna również obejmować sposób konstrukcji Projektu i podejmowanych działań tak, aby mógł on zostać uznany za bezpieczny z punktu widzenia regulacji pomocowych. W związku z tym powinno to się odbywać łącznie z wypracowywaniem ostatecznej struktury prawno-finansowej Przedsięwzięcia.

Pomocowe ujęcie Przedsięwzięcia w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, będzie musiało uwzględniać również elementy Przedsięwzięcia związane z innymi przysporzeniami na rzecz realizującego zadanie, generowanymi w związku jego realizacją, jak np. element polegający na produkcji i sprzedaży energii czy element związany z przekazaniem, na rzecz wykonywania zadania odpowiednich składników majątkowych (np. Nieruchomości - w zależności od przyjętych zasad tego przekazania). Elementy te powinny być uwzględnione w odpowiedniej wysokości w ramach rekompensaty np. po stronie przychodowej²⁰.

¹⁸ Pojęcie „rozsądnego zysku” nie jest zdefiniowane w przepisach wspólnotowych ani krajowych. Należy przyjąć, że rozsądny zysk oznacza stopę zwrotu z kapitału własnego, uwzględniającą ryzyko lub brak ryzyka, osiągniętą przez przedsiębiorstwo dzięki interwencji publicznej. Jest to zgodne z podejściem zaprezentowanym w Decyzji Komisji z dnia 28 listopada 2005 r. w sprawie stosowania art. 86 ust. 2 Traktatu WE do pomocy państwa w formie rekompensaty tytułu świadczenia usług publicznych, przyznawanej przedsiębiorstwom zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym (2005/842/WE). Zgodnie z Decyzją, „*Stopa ta nie przekracza zwykle średniej stopy w danym sektorze w ostatnich latach. W sektorach, w których nie ma przedsiębiorstw porównywalnych z przedsiębiorstwem zobowiązanym do zarządzania usługami świadczonymi w ogólnym interesie gospodarczym, można dokonać porównania z przedsiębiorstwem mającym siedzibę w innym Państwie Członkowskim lub, jeśli to konieczne, z przedsiębiorstwem z innego sektora, pod warunkiem że zostanie uwzględniona specyfika poszczególnych sektorów. Określając wysokość rozsądnego zysku, Państwa Członkowskie mogą wprowadzić kryteria motywacyjne, w szczególności w zakresie jakości świadczonych usług i wzrostu wydajności.(...) Rozsądny zysk uwzględnia wszystkie lub niektóre przypadki wzrostu wydajności, osiągnięte przez dane przedsiębiorstwa w ustalonym ograniczonym okresie, bez obniżania poziomu jakości usług powierzonych przedsiębiorstwu przez Państwo Członkowskie.*”

¹⁹ Oprócz szczegółowego określenia mechanizmu rekompensaty (w celu określenia właściwego jej poziomu), umowa o świadczenie usług publicznych powinna m.in. określać szczegółowe zasady dotyczące świadczenia usług będących jej przedmiotem, parametry techniczne, ilościowe i jakościowe, zasady dysponowania składnikami majątkowymi zaangażowanymi w realizację projektu (lub odwoływać się do tych zasad), w tym zasady związane z wykorzystaniem przy realizacji projektu istniejącej infrastruktury.

²⁰ Chyba, że np. w przypadku nieruchomości podjęto by próbę wykazania, iż np. aport Nieruchomości jest zgodny z tzw. testem prywatnego inwestora. jednak, przy przyjętym systemie rekompensaty z tytułu świadczenia usług, wydaje się to utrudnione.

5.4.3 Kwestie proceduralne

Przyjmując założenie o kwalifikacji pomocowej projektu, z uwzględnieniem prawno - finansowej struktury jego realizacji, w przypadku pomocowych elementów proceduralnych należy przedstawić następujące opcje:

- (a) możliwość zbudowania argumentacji dotyczącej spełnienia przez Projekt (w związku z jego strukturą i przyjętymi rozwiązaniami) przesłanek z orzeczenia ws. Altmark - wówczas Projekt można byłoby uznać za indyferentny - powyższe, przy modelu bezpośredniego powierzenia, ze względu na brak procedury konkurencyjnej i wieloaspektowy charakter projektu (obejmujący znaczną inwestycję) udowodnienie spełnienia tych przesłanek byłoby dość znacząco utrudnione;
- (b) w przypadku braku możliwości wypracowania argumentacji, co do przesłanek, których mowa powyżej - konieczne byłoby z punktu formalnego, ze względu na wielkość przedsięwzięcia, notyfikowanie pomocy do Komisji Europejskiej celem uznania jej za zgodną ze wspólnym rynkiem - jednocześnie należy wskazać, procedura notyfikacji wymaga (i) uzyskania opinii Prezesa UOKiK, a następnie (ii) dokonania oceny zgłoszonego Przedsięwzięcia przez Komisję Europejską. W oparciu o dotychczasowe doświadczenia należy wskazać, iż proces notyfikacji może potrwać od kilku do kilkunastu miesięcy, co może istotnie wpłynąć na harmonogram realizacji Przedsięwzięcia (np. instytucje finansowe mogą uzależniać rozpoczęcie finansowania od ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej pomocy publicznej, gdy brak posiadania tej decyzji może się okazać trudnym do zaakceptowania dla nich ryzykiem).

5.5 Zalety i ryzyko związane z modelem

5.5.1 Zalety rozwiązania

- (a) ze względu na napięty harmonogram realizacji Przedsięwzięcia i termin rozliczenia środków europejskich, wydzielenie obowiązku finansowania Przedsięwzięcia przez odrębną od Miasta Spółkę może ograniczać ryzyko utraty środków europejskich (brak hybrydowych rozwiązań w zakresie łączenia środków publicznych i prywatnych, doświadczenie sektora finansów publicznych w „tradycyjnym” modelu postępowania z dotacją unijną);
- (b) Spółka Komunalna odpowiedzialna za pozyskanie finansowania, poprzez fakt ścisłego powiązania kapitałowego, organizacyjnego z sektorem publicznym (dodatkowo - przychody Spółki są zabezpieczone poprzez wieloletnią umowę o świadczenie usług publicznych);
- (c) koszt pozyskania finansowania może być tańszy niż przy schematach PPP, bowiem w przypadku PPP finansowanie pozyskuje podmiot prywatny (przedsiębiorca), a nie jednostka sektora finansów publicznych (bądź jej spółka);
- (d) Spółka Komunalna w celu wyboru wykonawcy spalarni skorzysta (najpewniej) z trybu przetargu nieograniczonego (brak przesłanek z prawa zamówień publicznych do prowadzenia dialogu konkurencyjnego), co może przyspieszyć fazę realizacji (brak etapu negocjacji);
- (e) możliwe jest zastosowanie w tym modelu mechanizmu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, co narzuca określone i zaakceptowane przez Komisję Europejską reguły postępowania.

5.5.2 Ryzyka rozwiązania

- (a) wynagrodzenie Spółki Komunalnej nie wynika z otwartego i konkurencyjnego przetargu, a więc istnieje ryzyko podniesienia zarzutu uzyskiwania przez Spółkę nadmiernego wynagrodzenia za usługę wobec niemożności porównania ostatecznej ceny za usługę (ustalenia ceny rynkowej);
- (b) w związku z powyższym punktem należałoby wskazać, iż zastosowanie tego modelu powinno łączyć się z notyfikacją Przedsięwzięcia do Komisji Europejskiej celem uzyskania decyzji, iż pomoc publiczna udzielana w ramach schematu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych jest zgodna ze wspólnym rynkiem. Mogłoby to m.in. istotnie wpłynąć na harmonogram realizacji Przedsięwzięcia (np. instytucje finansowe mogą uzależniać rozpoczęcie finansowania od ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej pomocy publicznej, gdy brak posiadania tej decyzji może się okazać trudnym do zaakceptowania dla nich ryzykiem), a w efekcie grozić utratą możliwości otrzymania dofinansowania z POIiS;
- (c) konstrukcja ta (wobec braku podziału ryzyka), a także braku konieczności współfinansowania Przedsięwzięcia przez Partnera Prywatnego, przerzuca w ostateczności wszystkie ryzyka na Miasto: tj. odpowiedzialność (prawna i finansowa) za Przedsięwzięcie spoczywa wyłącznie na Mieście;
- (d) Miasto nie posiada doświadczenia ani w projektowaniu i budowie ani zarządzaniu tego typu przedsięwzięciami, a więc nie wykorzysta w sposób optymalny doświadczeń sektora prywatnego;
- (e) Miasto będzie musiało utworzyć nową Spółkę Komunalną, wyposażyć ją w odpowiednie zasoby, niezbędne dla realizacji Przedsięwzięcia (zespół osób, majątek itp.), który będzie najprawdopodobniej bazować na dotychczasowych zasobach kadrowych urzędu;
- (f) Spółka Komunalna w celu wyboru wykonawcy skorzysta (najpewniej) z trybu przetargu nieograniczonego (brak przesłanek z prawa zamówień publicznych), co wyeliminuje możliwość negocjacji z wykonawcą i wyboru optymalnej formuły współpracy przy realizacji Przedsięwzięcia w całym cyklu jego życia;
- (g) zobowiązania finansowe z tytułu umowy wieloletniej powinny zostać uwzględnione w Wieloletniej Prognozie Finansowej Miasta, a także corocznie, w budżecie Miasta w kategorii wydatków bieżących (wydatki na wynagrodzenie spółki) - nie ma podstaw prawnych aby kwalifikować wydatki na rzecz spółki jako wydatki majątkowe.

6. MODELE PPP - OPŁATA ZA DOSTĘPNOŚĆ

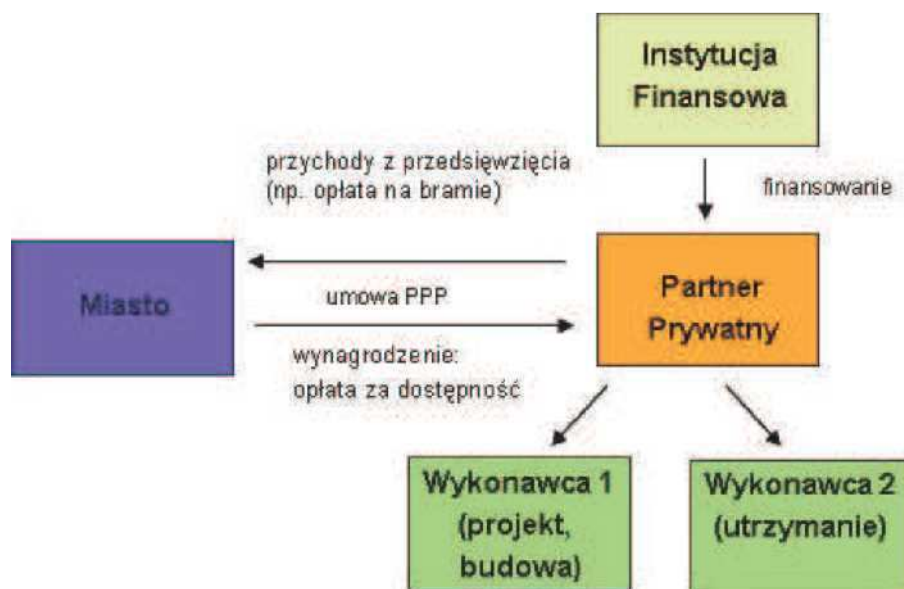
6.1 Opis Modelu

Jednym z wariantów realizacji modelu współpracy publiczno-prywatnej, może być model oparty o „opłatę za dostępność”. W takim modelu, Partner prywatny - wybrany przez Miasto na podstawie Prawa zamówień publicznych (dialog konkurencyjny), byłby odpowiedzialny za zaprojektowanie, budowę, współfinansowanie i eksploatację Instalacji.

Cechą charakterystyczną tego modelu jest to, iż Partner Prywatny ponosiłby m. in. ryzyko budowy i dostępności Instalacji, a nie ponosiłby ryzyka związanego z popytem (ilością dostarczanych odpadów). W takim modelu, ryzyko braku dostaw odpadów na określonym poziomie - jako że nie wiąże się bezpośrednio z poziomem wynagrodzenia Partnera Prywatnego - nie jest na niego przeniesione.

Model w systemie opłat za dostępność (*availability charge payments*) znajduje podstawę w obowiązującej Ustawie o PPP. W zaproponowanej odmianie tego modelu ryzyko przychodowe nie obciąża Partnera prywatnego (a wszystkie przychody z Przedsięwzięcia, na zasadach określonych w Umowie PPP - mogłyby stać się dochodem Miasta (np. opłata na bramie, przychody ze sprzedaży energii), a zasady ich pobierania czy przekazywania na rzecz Miasta powinny być przedmiotem szczegółowych ustaleń w trakcie negocjacji - o ile ten model byłby proponowany przez Partnerów Prywatnych.

Schemat graficzny modelu można przedstawić w sposób następujący:



Model ten charakteryzuje się następującymi elementami:

- (a) Miasto na etapie prac przygotowawczych zapewniłoby, iż każdy podmiot, z którym zostanie zawarta Umowa PPP:
 - (i) otrzyma tytuł prawny do Nieruchomości, na której zostanie zlokalizowane Przedsięwzięcie (uprawniający go do prowadzenia działalności gospodarczej (np. dzierżawa, użytkowanie lub użyczenie);
 - (ii) będzie mieć - na równi z innymi podmiotami - możliwość odprowadzania ciepła do instalacji Dalkii Poznań (umowa określająca warunki brzegowe dla odprowadzenia ciepła do sieci (ilość, cena);
- (b) Miasto na podstawie Ustawy o PPP dokona wyboru Partnera prywatnego, z którym zawrze Umowę o PPP (będącą jednocześnie Umową o świadczenie usług publicznych);
- (c) Miasto, jako beneficjent środków unijnych, przekaże pozyskaną dotację z Funduszy Strukturalnych na rzecz Partnera Prywatnego jako „wkład własny” w Przedsięwzięcie²¹;
- (d) Partner Prywatny na zasadach określonych w Umowie PPP - zaprojektuje, wybuduje, a także będzie odpowiedzialny za współfinansowanie oraz eksploatował Przedsięwzięcie (w tym świadczył usługi);
- (e) odpowiedzialność za pozyskanie finansowania (współfinansowania - w przypadku pozyskania dofinansowania unijnego), spoczywa na Partnerze Prywatnym, który będzie stroną umów kredytowych. Umowa PPP, w zakresie określonego strumienia przychodowego z Przedsięwzięcia, będzie podstawowym zabezpieczeniem udzielonego finansowania;

²¹ Z zastrzeżeniem, iż ostateczna wysokość dofinansowania będzie mogła zostać potwierdzona przez Komisję Europejską dopiero po wyborze Partnera Prywatnego (zawarciu Umowy PPP).

- (f) Umowa o PPP jest umową wieloletnią, która z jednej strony zobowiązuje Partnera Prywatnego do wykonywania określonych zadań, a jednocześnie uprawnia go do otrzymywania wynagrodzenia;
- (g) własność składników majątkowych nie jest w tym modelu przesądzona - choć jak wynika z decyzji Miasta jego wolą jest pozostawienie prawnej własności składników majątkowych po stronie Miasta. W toku postępowania przetargowego (dialog konkurencyjny), a następnie w samej Umowie ppp zostaną określone zasady wykorzystania składników majątkowych przez Partnera Prywatnego (prawo eksploatacji). Kwestia skutków prawnych pozostawienia własności składników majątkowych po stronie Miasta oraz przekazania „ekonomicznej” własności Partnerowi Prywatnemu, powinna zostać przebadana także pod kątem skutków podatkowych i księgowych transakcji²²;
- (h) Miasto, w związku z przedstawionym podziałem ryzyka (przejęcie na Miasto ryzyka związanego z popytem), może być uprawnione - na zasadach określonych w umowie PPP - do pobierania (lub otrzymywania) wszystkich przychodów z Przedsięwzięcia (np. opłata na bramie, przychody ze sprzedaży energii, itp.), Zastosowanie tego rozwiązania będzie się wiązało jednak z koniecznością wypracowania, w tym - w zależności od przyjętych rozwiązań w zakresie składników majątkowych związanych z Przedsięwzięciem – wynegocjowania ostatecznej struktury prawnej i analizy przepływów finansowych i określonych konsekwencji podatkowych;
- (i) w tym modelu, ryzyko dostaw strumienia odpadów nie będzie przeniesione na Partnera Prywatnego, (a więc wariant ten może znaleźć zastosowanie bez względu na stan prawny w zakresie władztwa nad odpadami). To od Miasta (i szczegółowych ustaleń w trakcie negocjacji), będzie zależeć wypracowanie ostatecznej struktury finansowej (przepływów finansowych). Z punktu widzenia instytucji finansowych, źródłem zabezpieczenia przychodów Partnera Prywatnego będzie Umowa PPP i generowane na jej podstawie przychody Partnera Prywatnego (tj. opłata za dostępność) przekazywana przez Miasto;
- (j) jednocześnie należy wziąć pod uwagę, że w przypadku zmiany prawa, źródłem dochodów Miasta służącym pokryciu wydatków związanych z opłatą za dostępność, będą przychody z opłaty wnoszonej przez mieszkańców („podatku śmieciowego”) oraz przychody z produkcji i sprzedaży energii elektrycznej i ciepła;
- (k) w proponowanym modelu, Miasto będzie odpowiedzialne za określenie wysokości opłaty na bramie (wynagrodzenie Partnera Prywatnego nie będzie bezpośrednio zależne od przychodów przez niego uzyskiwanych z Przedsięwzięcia - a będzie przede wszystkim powiązane z gotowością do świadczenia danych usług o określonej ilości i jakości (choć nie jest wykluczone zróżnicowanie wysokości opłaty m.in. od ilości przetwarzanych odpadów, w taki sposób aby - bez względu na ilość odpadów - zabezpieczyć strumień przychodów niezbędnych na spłatę zaciągniętych przez Partnera Prywatnego zobowiązań finansowych);
- (l) Partner Prywatny otrzymuje wynagrodzenie bezpośrednio z budżetu Miasta, które co do zasady będzie klasyfikowane, jako wydatek budżetowy o charakterze bieżącym (innym zagadnieniem jest klasyfikacja wkładu własnego (np. ze środków unijnych w kontekście zasad budżetowych);
- (m) Miasto będzie otrzymywać stosowny dochód budżetowy z opłat na bramie (lub innych świadczeń związanych z Przedsięwzięciem), a więc przy tym modelu - w zależności od przychodów z Przedsięwzięcia - Miasto może zneutralizować wydatek w postaci wynagrodzenia Partnera Prywatnego ze stosownym dochodem budżetowym.

²² Należy pamiętać, iż konsekwencją zasady *superficies solo cedit*, właściciel nieruchomości będzie właścicielem prawnym instalacji).

6.2 Wynagrodzenie Partnera Prywatnego

W modelu tym, wysokość opłaty za dostępność jest powiązana z gotowością Partnera Prywatnego do świadczenia danych usług o określonej ilości i jakości (tj. opłaty są ponoszone wtedy, gdy świadczone usługi spełniają wymagane i określone standardy (parametry jakości i ilości) określone przez Miasto). Istotą tego modelu wynagrodzenia jest zatem prawidłowe określenie zasad wyliczenia wysokości opłaty, tj. jej pomniejszenia w sytuacji, w których usługi świadczone przez Partnera Prywatnego naruszają pewne zobiektywizowane wskaźniki ustalone w Umowie PPP (np. nie jest realizowany plan remontowy, usługi świadczone są nieprawidłowo (niezgodnie z ustalonymi parametrami), czy np. niespełnione są standardy środowiskowe, itp.). Dlatego konieczne jest ustalenie szczegółowych wskaźników jakości, które będą mierzalne w sposób obiektywny, tak aby uniknąć sporu czy dane zadanie czy usługa została wykonana prawidłowo.

Innym zagadnieniem będzie wysokość ewentualnych potrąceń w kontekście obsługi długu (np. spłaty kredytu) zaciągniętego na realizację inwestycji przez Partnera Prywatnego. Z punktu widzenia instytucji finansowych ryzyko łączy się z przypadkiem, w którym naruszenie (albo ciągłe naruszenia) Umowy PPP, mogą doprowadzić, iż pomniejszone wynagrodzenie zagrozi spłacie kredytu. Dlatego, w pierwszej kolejności wysokość pomniejszenia płatności, powinna dotyczyć elementu zysku z wynagrodzenia Partnera Prywatnego. Kwestia ta jest także powiązana z koniecznością ścisłego określenia przypadków rozwiązania Umowy PPP oraz zasad rozliczenia nakładów inwestycyjnych (np. gdyby w przypadku rozwiązania z przyczyn leżących po stronie Miasta (termin ten będzie zdefiniowany w Umowie PPP), w taki sposób, aby zapewnić instytucjom finansowym możliwość zwrotu kapitału, szczególnie w przypadku, gdy własność prawna instalacji pozostaje po stronie Miasta w trakcie Umowy PPP.

Umowa PPP powinna także wprowadzać odpowiednie mechanizmy kontroli i monitoringu prawidłowości wykonanych zadań, a także zapisy dotyczące możliwości usunięcia przez Partnera Prywatnego stwierdzonych naruszeń, w taki sposób aby zapewnić ochronę trwałości kontraktu (w przypadku nieistotnych naruszeń umowy), oczywiście przy zachowaniu przypadków, w których rozwiązanie umowy byłoby zgodne z interesem publicznym Miasta (z zastrzeżeniem konsekwencji finansowych dla takiego działania).

Co do wysokości opłaty za dostępność, poziom opłaty może być co do zasady równy przez cały okres eksploatacyjny (bowiem, co do zasady w trakcie Umowy PPP, Partner Prywatny świadczy taki sam rodzaj usług, chociaż mogą się one różnić w danym roku). Pod taki sposób finansowania powinno być wówczas skonstruowane finansowanie dłużne i jego warunki. Tego typu podejście uzasadnia fakt, iż usługi świadczone przez Partnera Prywatnego w całym okresie umowy są świadczone w takim samym zakresie (gotowość do świadczenia usługi według określonych standardów). Nie ma więc powodu, aby różnicować wysokość wynagrodzenia fazą realizacji Projektu (tym bardziej, iż jak zaznaczyliśmy powyżej opłata za dostępność, powinna być ponoszona przez Podmiot Publiczny dopiero od daty oddania do użytku inwestycji i rozpoczęcia świadczenia usług w zakresie gospodarki odpadami. Jednocześnie należy podkreślić, że w ostatecznej wysokości opłaty za dostępność będzie trzeba uwzględnić inne przysporzenia na rzecz Partnera Prywatnego, w zależności od warunków tych przysporzeń, np. udostępnienie Nieruchomości.

Jednocześnie istotną kwestią powyższym zakresie jest ustalenie kwestii zasad i terminu wykorzystania dotacji unijnej na inwestycję. Możliwe jest przekazywanie (w zależności od ustaleń przez Beneficjenta lub wprost do Partnera Prywatnego) odpowiednich środków w trakcie fazy budowy np. na zasadzie refundacji na podstawie okresowo składanych wniosków o płatność, w których odpowiednio byłby wykazywany wkład własny (w odpowiednich proporcjach pochodzący od Partnera Prywatnego i Podmiotu Publicznego). Kwestia ta powinna być przedmiotem szczegółowych dyskusji m.in. w trakcie negocjacji umowy o dofinansowanie i Umowy PPP.

6.3 Skutki prawno-finansowe na gruncie Ustawy o finansach publicznych

W kontekście indywidualnego wskaźnika zadłużenia przewidzianego w art. 243 Ustawy o finansach publicznych, szczególnie istotna jest kwestia kwalifikacji ew. wydatków z tytułu opłaty za dostępność (wynagrodzenia Partnera Prywatnego) do kategorii wydatków bieżących lub majątkowych. Należy wskazać, iż zgodnie z systematyką Ustawy o finansach publicznych „wynagrodzenie”, w tym świadczenia na rzecz Partnera Prywatnego, należy zaliczyć do kategorii wydatków bieżących. Brak jest bowiem wystarczających podstaw normatywnych, aby - gdy płatności na rzecz Partnera Prywatnego oceniać jako jego wynagrodzenie - traktować jako wydatek majątkowy, chociaż ujęcie to może budzić wątpliwości, zwłaszcza gdy stosunek zobowiązaniowy ukształtowany w ramach PPP doprowadzi do tego, iż po zakończeniu transakcji Miasto stałoby się właścicielem składników majątkowych. Art. 236 Ustawy o finansach publicznych wprowadza zasadę, iż wydatki majątkowe są ujęte w katalogu zamkniętym, co oznacza że wszystkie pozostałe wydatki nie mieszczące się w ujęciu definicji ustawowej - należy zakwalifikować jako wydatki bieżące. Na taką wykładnię wskazuje brzmienie art. 236 ust. 2 u.f.p., (zgodnie z którym przez wydatki bieżące budżetu jednostki samorządu terytorialnego należy rozumieć wydatki budżetowe nie będące wydatkami majątkowymi)²³. Wobec takiego sformułowania przepisów, trudno znaleźć normatywną podstawę dla klasyfikacji wynagrodzenia Partnera Prywatnego (czy to w formule opłat za dostępność czy dopłat do Przedsięwzięcia w ramach koncesji).

Model ten należy rozważyć na dwóch płaszczyznach - obecnego wskaźnika zadłużenia oraz modelu obowiązującego od 2014 r., także w kontekście ew. zmian legislacyjnych w Ustawie o utrzymaniu czystości, która wprowadzałaby „podatek śmieciowy”.

Po pierwsze, gdyby wszystkie przychody (dochody) z Przedsięwzięcia stały się dochodem Miasta (księgowane byłyby po stronie dochodów budżetowych), a nie dochodem Partnera Prywatnego, to nie można wykluczyć, iż (po analizie finansowej), dochody Miasta z powyższych tytułów mogłyby w znacznym stopniu zrównoważyć bieżące wydatki dokonywane na rzecz Partnera Prywatnego, z wzrostem wydatków bieżących w stosunku do pozyskanych dochodów. Kwestię tę należy szczegółowo przeanalizować w różnych wariantach: nie można bowiem wykluczyć, iż w trakcie negocjacji może pojawić się propozycja podzielenia się ryzykiem przychodowym, tj. np. pozostawienia Partnerowi Prywatnemu przychodów ze sprzedaży energii cieplnej i elektrycznej, co należałoby stosownie uwzględnić w kalkulacji wysokości opłaty za dostępność.

Po drugie, gdyby - po zmianie przepisów w zakresie utrzymania czystości - została nałożona na mieszkańców konieczność ponoszenia opłaty za gospodarowanie odpadami komunalnymi (tzw. „podatek śmieciowy”) - por. art. 6 c Projektu Ustawy o utrzymaniu czystości), to Miasto uzyskałoby (częściowe) pokrycie wydatków ponoszonych na wynagrodzenie Partnera Prywatnego w perspektywie wieloletniej.

6.4 Kwestia pomocy publicznej

W przypadku tego modelu, kwestie pomocy publicznej jak i Przedsięwzięcie zostaną również uregulowane w oparciu o system rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, w związku z czym z zastrzeżeniem uwag zgłoszonych poniżej, zastosowanie znajdą zasady opisane w pkt 5.4 niniejszej Opinii.

Przyjmując założenie o kwalifikacji pomocowej projektu, z uwzględnieniem prawno-finansowej struktury jego realizacji, w odniesieniu do pomocowych elementów proceduralnych, można stwierdzić, iż istnieją możliwości zbudowania argumentacji dotyczącej spełnienia przez Przedsięwzięcie (w związku z jego strukturą i przyjętymi rozwiązaniami) przesłanek z orzeczenia w sprawie Altmark - wówczas Projekt można

²³ Do wydatków majątkowych u.f.p. zalicza wydatki na (i) inwestycje i zakupy inwestycyjne (w tym na programy finansowane z udziałem środków, o których mowa w art. 5 ust. 1 pkt 2 i 3, w części związanej z realizacją zadań jednostki samorządu terytorialnego), (ii) zakup i objęcie akcji i udziałów, (iii) wniesienie wkładów do spółek prawa handlowego.

byłoby uznać za indyferentny pod względem pomocowym.

Najistotniejsze w tym przypadku jest to, iż w opisanym modelu opłaty za dostępność, świadczący usługę będzie wybierany w drodze otwartego, przejrzystego przetargu, zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych. W przypadku realizacji Przedsięwzięcia istotne znaczenie z punktu jego oceny w świetle kwestii pomocowych będzie miała m.in. zastosowana procedura wyboru partnera prywatnego (w tym kwestia zastosowanych kryteriów), jak i zaprojektowanie i wynegocjowanie odpowiednich postanowień umowy z partnerem prywatnym, która będzie jednocześnie w określonym zakresie umową na świadczenie usług w zakresie gospodarki odpadami (w szczególności zastosowanie odpowiednich mechanizmów wynagrodzeniowych, kontrolnych, jakościowych itd.), z uwzględnieniem rozwiązań prawnych, co do składników majątkowych oraz związanych z działalnością w zakresie produkcji i sprzedaży energii.

Należy jednak wskazać, iż z tego typu podejściem łączą się pewne ryzyka i elementy, które należy wziąć pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o przyjęciu rozwiązania:

- (a) w pewnych przypadkach, np. dotyczących realizacji inwestycji w zakresie sieci szerokopasmowych z udziałem środków publicznych Komisja Europejska w swoich decyzjach wskazała, iż zastosowanie procedury negocjacyjnej przy wyborze operatora określonej infrastruktury powoduje, iż nie można uznać, że spełniona jest przesłanka z orzeczenia Altmark dotyczące określenie z góry parametrów rekompensaty²⁴ - zgodnie z założeniami taka procedura (w formie dialogu konkurencyjnego) znalazłaby zastosowanie przy Przedsięwzięciu.
- (b) wielkość oraz złożoność Przedsięwzięcia pod względem finansowym (zaangażowanie partnera prywatnego);
- (c) efekt poboczny Przedsięwzięcia w postaci produkcji i sprzedaży energii i korzyści z tego płynące dla Partnera Prywatnego;
- (d) fakt, iż Przedsięwzięcie, jako projekt duży będzie notyfikowany Komisji Europejskiej (która będzie miała wówczas okazję zwrócić uwagę na rozwiązania pomocowe Przedsięwzięcia);
- (e) dotychczasowa opinia JASPERS w tym zakresie (który stwierdzając, iż nie jest jednoznaczne spełnienie przesłanek Altmark, rekomenduje notyfikację Przedsięwzięcia do Komisji Europejskiej celem uzyskania pewności prawnej);
- (f) fakt, iż spełnienie przesłanej Altmark jest kwestią oceną (zwłaszcza, iż proponowany jest tryb dialogu konkurencyjnego, czyli procedury negocjacyjnej).

Mając na uwadze powyższe, przy przyjęciu tego modelu i argumentacji w oparciu o przesłanki Altmark, rekomendowane byłoby podjęcie nieformalnych rozmów z Komisją Europejską (DG Competition, przy współudziale DG Regio) w tym zakresie i na tej podstawie zadecydowanie o ewentualnej prenotyfikacji lub notyfikacji Przedsięwzięcia do Komisji Europejskiej w celu uzyskania pewności prawnej. Przy tym wskazujemy, iż część elementów, które mogą interesować Komisję Europejską przy dokonywaniu oceny pomocowej Projektu mogą być dostępne po I etapie dialogu z partnerami lub zależeć ostatecznie z uzgodnień z partnerem prywatnym.

Jednocześnie, w przypadku gdyby podjętą decyzją o ew. notyfikacji Przedsięwzięcia jedynie w celu uzyskania pewności prawnej (przyjmując, iż zostały spełnione kryteria Altmark), zasadnym wydaje się wzięcie przez Miasto ryzyka związanego z rozpoczęciem realizacji przedsięwzięcia przed pozyskaniem decyzji Komisji Europejskiej dot. pomocy publicznej. Decyzja taka jedynie potwierdzałaby prawidłowość stanowiska, iż Przedsięwzięcie nie łączy się z udzieleniem pomocy publicznej.

Należy wskazać, iż w ramach praktyki decyzyjnej KE, zdarzają się przypadki, w ramach których, rozpoczęcie realizacji projektu lub udzielenie wsparcia stanowiącego pomoc publiczną (odmiennie od przyjętych tutaj założeń) następuje przed otrzymaniem stosownej

²⁴ Por. np. Decyzja N 282/2003), pkt 3.2.1.

decyzji KE, która dopiero później potwierdza zgodność pomocy ze wspólnym rynkiem.

6.5 Skutki dla modelu w przypadku zmiany Ustawy o utrzymaniu czystości

Jeśli zmiany w prawie zostałyby przeprowadzone zgodnie z przedłożeniem rządowym, to należy wskazać, iż nie będą one niosły istotnych zmian dla modelu realizacji Przedsięwzięcia w modelu opłat za dostępność.

Po pierwsze należy wskazać, iż od początku Partner Prywatny nie będzie ponosił ryzyka związanego z poziomem dostaw odpadów (a przychody z tego tytułu będą dochodami Miasta). Skoro główna zmiana przepisów dotyczy zasad kierowania odpadów będzie odpowiedzialnością Miasta. Analizując przyszłe przepisy trudno jednoznacznie przesądzać sposób pobierania odpłatności za utylizację odpadów (cena na bramie), skoro (i) z jednej strony to Miasto byłoby odpowiedzialne za organizację systemu wywożenia odpadów od właścicieli nieruchomości (kompetencja do organizowania stosownych przetargów), a z drugiej (ii) jest odpowiedzialne za organizację i finansowanie systemu utylizacji odpadów, w tym celu będzie pobierać stosowną opłatę za gospodarowanie odpadami (nowy dochód w postaci opłaty za gospodarowanie odpadami („podatek śmieciowy”). Kwestia ta powinna być także elementem dialogu konkurencyjnego.

Niemniej jednak uwaga ta nie ma istotnego znaczenia dla konstrukcji modelu, bowiem, jak wskazywaliśmy powyżej, wynagrodzenie partnera prywatnego jest kalkulowane w inny sposób.

6.6 Zalety i ryzyko związane z modelem

6.6.1 Zalety rozwiązania

- (a) Miasto w trybie konkurencyjnego postępowania wybiera Partnera Prywatnego, który przejmuje na siebie główne ryzyka związane z budową i utrzymaniem oraz współfinansowaniem obiektu;
- (b) Miasto dzięki wykorzystaniu instrumentu PPP, może optymalnie wykorzystać potencjał sektora prywatnego przy realizacji swoich zadań, zastrzegając do swoich kompetencji kontrolę i monitoring prawidłowości wykonywania zadania przez Partnera Prywatnego niż samodzielne świadczenie usług;
- (c) Miasto dzięki przejściu ryzyka przychodowego, nie przenosi na Partnera Prywatnego ryzyka związanego z zapewnieniem strumienia odpadów (nie ma konieczności ustanawiania gwarancji na jego rzecz), bądź ryzykiem zmian cen energii czy certyfikatów, co może spotkać się z dużym zainteresowaniem potencjalnych inwestorów, a tym samym z potencjalnym zwiększeniem konkurencji i uzyskaniem korzystniejszej oferty realizacji Przedsięwzięcia;
- (d) możliwe jest zastosowanie w tym modelu mechanizmu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, co narzuca określone i zaakceptowane przez Komisję Europejską reguły postępowania;
- (e) ew. zmiana prawa w zakresie gospodarowania odpadami nie będzie mieć istotnego wpływu na ten model, skoro Partner Prywatny nie będzie ponosił ryzyka związanego ze stroną przychodową (tj. ryzykiem dostawy odpadów). Zmiana prawa, jedynie zwiększy pewność w zakresie ilości kierowanego do Instalacji strumienia odpadów.

6.6.2 Ryzyka rozwiązania

- (a) czas trwania procedury wyboru Partnera Prywatnego jest trudny do przewidzenia, jednak brak doświadczeń w warunkach polskich oraz stopień skomplikowania Przedsięwzięcia, jednoznacznie wskazują to, że będzie to proces długotrwały, co może mieć istotne znaczenie dla procedury pozyskania środków europejskich;

- (b) Projekt PPP a współfinansowanie ze środków europejskich - w tym zakresie należy wskazać, iż procedura wyboru Partnera Prywatnego (i równoległe złożenie wniosku o dofinansowanie), przy zastrzeżeniu, iż projekt jednocześnie będzie podlegał zatwierdzeniu przez Komisję Europejską jako tzw. „projekt duży”, może - ze względu na brak doświadczeń w realizacji tego typu projektów - przedłużyć etap uzgodnień z Komisją Europejską, a więc nie można wykluczyć ryzyka niepozyskania (lub nierozliczenia) środków europejskich w terminie;
- (c) Miasto zobowiązuje się do dokonywania wieloletnich płatności na rzecz Partnera Prywatnego, co łączy się z koniecznością zabezpieczenia odpowiednich środków w budżecie oraz zbilansowania przychodów z projektu z wydatkami, w taki sposób aby zachować neutralność dla finansów publicznych bowiem istotny (niezrównoważony stroną przychodową) wzrost wydatków bieżących, nie będzie spełniał warunku jakim jest neutralność dla finansów, w świetle nowego wskaźnika zadłużenia (por. art. 243 u.f.p.);
- (d) Miasto przygotowując model PPP (zwłaszcza Umowę PPP) powinno starannie określić standardy utrzymania obiektu, zasady monitoringu i kontroli usług, tak aby powiązać płatność na rzecz Partnera Prywatnego z jakością świadczonych usług, a także wprowadzić zasady kontroli kosztów świadczonej usługi;
- (e) w przypadku, gdyby Miasto przejęło na siebie wszelkie ryzyko przychodowe, należy zwrócić uwagę, iż mogłoby dojść do sytuacji, iż Partner Prywatny nie miałby żadnej motywacji do zwiększania efektywności (wydajności) Przedsięwzięcia;
- (f) zastosowanie tego modelu, w celu uzyskania pewności prawnej pod względem pomocowym, może łączyć się z notyfikacją Przedsięwzięcia do Komisji Europejskiej celem uzyskania decyzji, iż pomoc publiczna udzielana w ramach schematu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych jest zgodna ze wspólnym rynkiem. Mogłoby to m.in. istotnie wpłynąć na harmonogram realizacji Przedsięwzięcia (np. instytucje finansowe mogą uzależniać rozpoczęcie finansowania od ostatecznej decyzji Komisji Europejskiej dotyczącej pomocy publicznej, gdy brak posiadania tej decyzji może się okazać trudnym do zaakceptowania dla nich ryzykiem), a w efekcie grozić utratą możliwości otrzymania dofinansowania z POLiŚ.

7. MODEL PPP - GWARANCJA STRUMIENIA ODPADÓW

7.1 Opis Modelu

W modelu tym wybrany Partner Prywatny - wybrany przez Miasto na podstawie Prawa zamówień publicznych (dialog konkurencyjny), byłby odpowiedzialny za zaprojektowanie, budowę, współfinansowanie i eksploatację Przedsięwzięcia (w tym Instalacji).

W modelu tym, nastąpiłby podział ryzyka przychodowego, tj. Partner Prywatny otrzymałby od Miasta pewnego rodzaju częściową gwarancję strumienia odpadów (albo w postaci „gwarancji administracyjnej”, albo „gwarancji finansowej”:

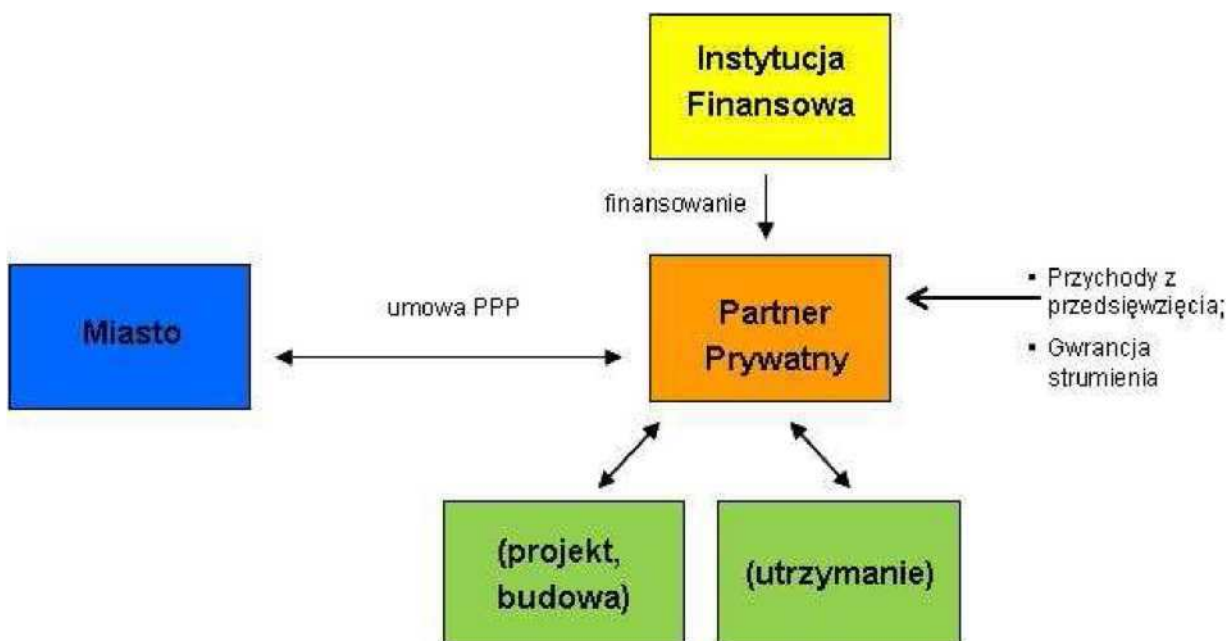
- (i) w pierwszym przypadku, byłby to instrument o charakterze administracyjno-prawnym, w którym Miasto wskazując miejsce składowania odpadów (jako docelowe miejsce składowania odpadów), stworzyłoby pewien model prawnego funkcjonowania rynku komunalnego, w którym istotnie zostałyby zmniejszone ryzyko dostaw odpadów w miejsce inne niż Instalacja (zwłaszcza zgodnie z wykładnią zasady bliskości i hierarchii postępowania z odpadami, które mogą zapewnić ten cel, nawet bez zmiany przepisów Ustawy o utrzymaniu czystości, a także poprzez stosowne zmiany w wojewódzkim planie odpadami). W dalszej części opinii, model ten będziemy nazywać „gwarancją

administracyjną²⁵;

- (ii) w drugim przypadku, mielibyśmy do czynienia z gwarancją w rozumieniu przepisów finansowych, tj. bezwarunkowym zobowiązaniem, którego skutkiem mogłoby być - w przypadku zaistnienia określonych okoliczności - obowiązek dokonania obowiązku płatności ze środków publicznych na rzecz Podmiotu Prywatnego określonej kwoty pieniężnej (gwarancja wynagrodzenia na określonym poziomie). Gwarancja mogłaby zostać uruchomiona np. w przypadku niedostarczenia do obiektu określonej, zagwarantowanej przez Miasto, ilości odpadów. W dalszej części opinii taką gwarancję będziemy nazywać „gwarancją finansową”.

Oczywiście, modele te nie są wykluczające: można sobie wyobrazić, iż na skutek negocjacji z partnerami prywatnymi Miasto nie tylko zapewni jedno, preferowane miejsce składowania odpadów (gwarancja administracyjna), ale oprócz tego udzieli gwarancji finansowej co do części odpadów (określony procent odpadów - np. 50%). Działania takie mogą być szczególnie istotne w okresie, w którym trwają prace legislacyjne nad zmianą systemu prawa, który - docelowo, w zamierzeniach autorów - ma dążyć do przekazania władztwa nad odpadami w ręce gmin (o skutku zmiany prawa w dalszej części opinii).

Schemat graficzny modelu można przedstawić w następujący sposób:



W takim modelu:

- (a) Miasto na etapie prac przygotowawczych zapewniłoby, iż każdy podmiot, z którym zostanie zawarta Umowa PPP:
- (i) otrzyma tytuł prawny do Nieruchomości, na której zostanie zlokalizowane Przedsięwzięcie (uprawniający go do prowadzenia działalności gospodarczej (np. dzierżawa, użytkowanie lub użyczenie);
- (ii) będzie mieć - na równi z innymi podmiotami - możliwość odprowadzania ciepła do instalacji Dalkii Poznań (umowa określająca warunki brzegowe dla odprowadzenia ciepła do sieci);
- (b) Partner Prywatny - wybrany przez Miasto na podstawie Prawa zamówień

²⁵Warto wskazać, iż Studium Wykonalności także w kilku miejscach analizując cechy charakterystyczne przedsięwzięcia, wskazuje, iż ma ono charakter zamówienia publicznego (str. 278, str. 287). Dodatkowo na stronie 287 jednoznacznie wskazano, że w sytuacji, gdy „Miasto Poznań będzie musiało zatrzymać ryzyko w zakresie dostarczenia niezbędnego strumienia odpadów, wyboru Partnera Prywatnego będzie można dokonać jedynie w trybie przewidzianym ustawą PZP”.

publicznych (dialog konkurencyjny) byłby odpowiedzialny za zaprojektowanie, wybudowanie, współfinansowanie i eksploatację Przedsięwzięcia, w tym świadczenie usług w zakresie gospodarki odpadami;

- (c) Miasto, jako beneficjent środków unijnych, przekaże pozyskaną dotację z Funduszy Strukturalnych na rzecz Partnera Prywatnego, jako „wkład własny” w Przedsięwzięcie²⁶;
- (d) w drodze negocjacji zostałyby wypracowany szczegółowy podział ryzyka pomiędzy stronami:
 - (i) Miasto w drodze administracyjnej zapewniłoby wydanie „gwarancji administracyjnej”, to jest takiej konstrukcji Zezwolenia (z zastrzeżeniem, iż ocena ta dotyczy aktualnego stanu prawnego), która wskaże Partnerowi Prywatnemu Instalację, jako docelowe miejsce składowania odpadów i/lub
 - (ii) Miasto zobowiązałoby się do zapłaty Partnerowi Prywatnemu wynagrodzenia na określonym poziomie, bez względu na dostarczoną ilość odpadów - zarówno ilość odpadów jak również wysokość płatności byłaby przedmiotem negocjacji i zostałyby określona ostatecznie w Umowie PPP;
- (e) własność składników majątkowych nie jest w tym modelu przesądzona - choć jak wynika z decyzji Miasta jego wolą jest pozostawienie prawnej własności składników majątkowych po stronie Miasta. W toku postępowania przetargowego (dialog konkurencyjny), a następnie w samej Umowie ppp zostaną określone zasady wykorzystania składników majątkowych przez Partnera Prywatnego (prawo eksploatacji). Kwestia skutków prawnych pozostawienia własności składników majątkowych po stronie Miasta oraz przekazania „ekonomicznej” własności Partnerowi Prywatnemu, powinna zostać przebadana także pod kątem skutków podatkowych i księgowych transakcji²⁷;
- (f) w tym modelu ryzyko nie skierowania strumienia odpadów będzie częściowo - w zależności od wysokości udzielonej gwarancji - obciążać Partnera Prywatnego;
- (g) całość przychodów będzie stanowiła przychód Partnera Prywatnego, a więc w obecnym stanie prawnym, Miasto będzie zobowiązane do uwzględnienia wysokości gwarancji w kontekście wskaźnika zadłużenia (por. art. 243 Ustawy o finansach publicznych);
- (h) w przypadku zaistnienia skutku (w postaci niedostarczenia określonego poziomu odpadów, a w związku z tym nieosiągnięcia określonego poziomu przychodów), Miasto będzie zobowiązane do zapłaty określonych środków z budżetu Miasta.

7.2 Implikacje na gruncie finansów publicznych

Skutki powyższego modelu na gruncie przepisów finansów publicznych można rozważać jedynie w przypadku udzielenia gwarancji strumienia odpadów w rozumieniu przepisów prawa finansowego, a więc „gwarancja administracyjna”, nie będzie rozpatrywana pod kątem ew. wpływu na wskaźniki.

Gdyby wykazać, iż Miasto przejęło na siebie ryzyko finansowe związane niewystąpieniem określonego skutku (np. dostawy określonego strumienia odpadów (ilość lub kaloryczność), czy nawet więcej - nie osiągnięcia określonego poziomu przychodów przez Partnera Prywatnego w danym roku), a Partner Prywatny mógł żądać od Miasta zapłaty określonej sumy pieniężnej (sumy gwarancyjnej), to wtedy taką transakcję należałoby ocenić z punktu

²⁶ Z zastrzeżeniem, iż ostateczna wysokość dofinansowania będzie mogła zostać potwierdzona przez Komisję Europejską dopiero po wyborze Partnera Prywatnego (zawarciu Umowy PPP)

²⁷ Należy pamiętać, iż konsekwencją zasady *superficies solo cedit*, właściciel nieruchomości będzie właścicielem prawnym instalacji).

widzenia limitów zadłużenia oraz konieczności odzwierciedlenia takiej sumy gwarancyjnej na zasadach określonych w art. 243 pkt 3 u.f.p.

Od ostatecznej decyzji Miasta zależęć będzie nie tylko gotowość do udzielenia tego rodzaju zabezpieczenia, ale także jej poziom czy zasady jej uruchomienia (np. 50 % wolumenu odpadów, lub określonego poziomu dochodów osiągniętych przez Partnera Prywatnego, przy założeniu dostawy określonego strumienia odpadów). Do szczegółowych analiz - także na gruncie możliwości finansowych Miasta, byłaby także sama konstrukcja gwarancję (np. ograniczająca odpowiedzialność Miasta wyłącznie do kwot rocznych).

Warto wskazać, iż do 2014 r. Miasto w zakresie obliczania limitu zadłużenia - jest zobowiązane do stosowania wskaźników określonych w art. 169 i 170 „starej Ustawy o finansach publicznych”, bowiem zgodnie z Przepisami wprowadzającymi u.f.p., nowy wskaźnik (określony w art. 243 Ustawy o finansach publicznych), będzie mieć zastosowanie do budżetów przyjmowanych od 2014 r. Po pierwsze należy wskazać, iż art. 170 „starej” u.f.p., stanowi iż łączna kwota długu jednostki samorządu terytorialnego (dalej „j.s.t.”) na koniec roku budżetowego nie może przekroczyć 60 % wykonanych dochodów ogółem tej jednostki w tym roku budżetowym. Art. 169 stanowi, iż łączna kwota przypadających w danym roku budżetowym (i) spłat rat kredytów i pożyczek wraz z należnymi w danym roku odsetkami, (ii) wykupów papierów wartościowych emitowanych przez jednostki samorządu terytorialnego wraz z należnymi odsetkami i dyskontem oraz (iii) potencjalnych spłat kwot wynikających z udzielonych przez jednostki samorządu terytorialnego poręczeń oraz gwarancji, - nie może przekroczyć 15 % planowanych na dany rok budżetowy dochodów j.s.t. Natomiast, w ust. 3 powyższego przepisu, zawarto wyłącznie dla powyższego ograniczenia dla emitowanych papierów wartościowych, kredytów i pożyczek zaciągniętych w związku z umową zawartą z podmiotem dysponującym środkami, o których mowa w art. 5 ust. 3, oraz poręczeń i gwarancji udzielonych samorządowym osobom prawnym realizującym zadania jednostki samorządu terytorialnego z wykorzystaniem środków, o których mowa w art. 5 ust. 3. W związku z powyższym, w przypadku poręczenia czy gwarancji udzielonej Partnerowi Prywatnemu nie można - stosując gramatyczną wykładnię powyższych przepisów - nie ujmować takich zobowiązań, przy szacowaniu powyższego wskaźnika.

Art. 243 pkt. 3 Ustawy o finansach publicznych nakazuje uwzględniać przy obliczaniu indywidualnego limitu zadłużenia danej j.s.t., kwoty udzielonych gwarancji, które - w naszej ocenie - dotyczą potencjalnych kwot zobowiązań, do których zobowiązana może być gmina w danym roku budżetowym w związku z ew. gwarancją udzieloną Partnerowi Prywatnemu.

7.3 Kwestia pomocy publicznej

W przypadku tego modelu, kwestie pomocy publicznej jak i Przedsięwzięcie w zakresie Umowy PPP również zostaną ustrukturyzowane w oparciu o system rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, w związku z czym z zastrzeżeniem uwag zgłoszonych poniżej, zastosowanie znajdą zasady opisane w pkt 5.4 i 5.5 niniejszej Opinii.

Cechą charakterystyczną tego modelu jest jednakże fakt udzielenia gwarancji przez Miasto.

W przypadku zastosowania czystej gwarancji administracyjnej, z punktu widzenia zasad pomocy publicznej, należałoby stwierdzić, iż udzielenie takiej gwarancji, na zasadach opisanych powyżej, jest indyferentne z punktu widzenia zasad pomocy publicznej i w żaden sposób nie miałoby wpływu na wynagrodzenie płacone Partnerowi Prywatnemu, w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych.

Kwestia byłaby jednak bardziej skomplikowana przy gwarancji „mieszanej” (uwzględniającej zarówno element administracyjny i finansowy) lub czystej gwarancji finansowej. W takim przypadku przysporzenie (obliczone w odpowiedni sposób) dla Partnera Prywatnego wynikające z udzielonej gwarancji, powinno, celem zachowania zgodności z zasadami pomocy publicznej, odpowiednio zostać uwzględnione w wysokości wynagrodzenia (w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych). Alternatywnym wyjściem, celem uniknięcia występowania pomocy publicznej, byłoby

udzielenie tej gwarancji na zasadach rynkowych (tj. Partner Prywatny musiałby płacić odpowiednio określoną cenę za udzieloną gwarancję i nie mógłby tego rozliczać w ramach wynagrodzenia - w ramach systemu rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych).

Można także rozważyć, czy w przypadku dokonywania ew. notyfikacji Przedsięwzięcia można byłoby również spróbować przyjąć rozwiązanie, w ramach którego gwarancję potraktowałoby w sposób odrębny i notyfikowano, celem uzyskania zgodności pomocy w tym zakresie z wspólnym rynkiem, obok systemu wynagrodzenia Partnera w ramach rekompensaty z tytułu świadczenia usług publicznych, choćby wynagrodzenie w tym modelu nie zostało skonstruowane jako płatność pieniężna dla Partnera Prywatnego, a byłoby nim prawo czerpania pożytków z Przedsięwzięcia.

7.4 Skutki dla modelu w przypadku zmiany Ustawy o utrzymaniu czystości

Rozpatrując model na gruncie zmian z przedłożenia rządowego, należy wskazać iż projektowane zmiany mogą w istocie polepszyć jedynie warunki prowadzenia działalności przez Partnera Prywatnego, a także wyeliminować potrzebę udzielenia gwarancji administracyjnej, a także, - być może, gwarancji finansowej (w zależności od oczekiwań Partnerów Prywatnych i instytucji finansowych związanych z treścią i zakresem udzielonej gwarancji finansowej).

Istotą wprowadzonych zmian będzie bowiem przekazanie gminom władztwa nad strumieniem odpadów. To Miasto będzie mogło wskazać wykonawcy usługi miejsce wywozu odpadów (miejsce unieszkodliwiania), to - z zastrzeżeniem hierarchii postępowania z odpadami - jako ostateczne miejsce utylizacji zostanie wskazana właśnie Instalacja. Innymi słowy, zostanie w drodze ustawy, osiągnięty skutek administracyjnego zapewnienia strumienia odpadów do konkretnej instalacji.

Z tego względu ryzyko po stronie Partnera Prywatnego zostanie istotnie ograniczone, bowiem osiągnie pewność kierunku dostawy (co oczywiście nie łączy się ze 100% gwarancją konkretnej ilości odpadów, ani z zapewnieniem ich kaloryczności). Jest to istotne w kontekście wieloletniego charakteru umowy PPP (w zamierzeniach Miasta umowa nie będzie zawarta na dłużej niż na 30 lat).

Do szczegółowej analizy pozostaje kwestia przepływów finansowych, ze szczególnym uwzględnieniem skutków przyjęcia opłaty za gospodarowania odpadami („podatek śmieciowy”), a także - dość niejednoznaczna na tym etapie prac - kwestia poboru opłaty na bramie przez zarządcę obiektu skoro i tak, całość kosztów związanych z utrzymaniem systemu (wywóz i utylizacja) będą pochodzić z opłat mieszkańców, a więc co do zasady to gmina będzie dokonywać płatności na rzecz instalacji za wykonaną usługę.

7.5 Zalety i ryzyko związane z modelem

7.5.1 Zalety rozwiązania:

- (a) Miasto w trybie konkurencyjnego postępowania wybiera Partnera Prywatnego, który przejmuje na siebie główne ryzyka związane z budową i utrzymaniem oraz współfinansowaniem obiektu;
- (b) Miasto dzięki wykorzystaniu instrumentu PPP może optymalnie wykorzystać potencjał sektora prywatnego przy realizacji swoich zadań, zastrzegając do swoich kompetencji kontrolę i monitoring prawidłowości wykonywania zadania przez Partnera Prywatnego niż samodzielne świadczenie usług;
- (c) Miasto poprzez podział ryzyka przychodowego w istotny ograniczy ryzyko związane z zapewnieniem strumienia odpadów zarówno poprzez gwarancję administracyjną, a także poprzez ew. gwarancję odpadów. Rozwiązanie to może spotkać się z zainteresowaniem potencjalnych

inwestorów;

- (d) zobowiązania z gwarancji mają charakter warunkowy, tj. nie są wymagalne w dacie ich udzielenia (obowiązek zapłaty może nigdy nie nastąpić). Niemniej jednak, ze względu na potencjalny charakter zobowiązania znajdzie odzwierciedlenie w limicie zadłużenia (por. art. 243 pkt 3 Ustawy o finansach publicznych).

7.5.2 Ryzyka rozwiązania

- (a) ze względu na brak doświadczenia w prowadzeniu dialogu konkurencyjnego w warunkach polskich (np. czas trwania negocjacji),
Proces wyboru Partnera Prywatnego dokonywany na podstawie Ustawy o PPP w dialogu konkurencyjnym czas negocjacji może się przedłużyć;
- (b) projekt PPP a współfinansowanie ze środków wspólnotowych - w tym zakresie należy wskazać, iż procedura wyboru Partnera Prywatnego (i równoległe złożenie wniosku o dofinansowanie), przy zastrzeżeniu, iż projekt jednocześnie będzie podlegał zatwierdzeniu przez Komisję Europejską jako tzw. „projekt duży”, może, ze względu na brak doświadczeń w realizacji tego typu przedłużyć etap uzgodnień z Komisją Europejską, a więc nie można wykluczyć ryzyka niepozyskania (lub nierozliczenia) środków wspólnotowych w terminie;
- (c) Miasto zobowiązuje się do dokonywania wieloletnich płatności na rzecz Partnera Prywatnego, co łączy się z koniecznością zabezpieczenia odpowiednich środków w budżecie publicznym, co przy nieodpowiednim podziale ryzyka może powodować wątpliwości, co do kwalifikacji do tytułów dłużnych (art. 78 Ustawy o finansach publicznych w związku z § 3 Rozporządzenia Ministra Finansów);
- (d) Miasto przygotowując model PPP (zwłaszcza Umowę PPP) powinno starannie określić standardy utrzymania obiektu, zasady monitoringu i kontroli usług, tak aby powiązać płatność na rzecz Partnera Prywatnego z jakością świadczonych usług, a także wprowadzić zasady kontroli kosztów świadczonej usługi;
- (e) należy w taki sposób ukształtować transakcję aby ew. udzielenie gwarancji było zgodne z przepisami dotyczącymi pomocy publicznej.

8. PODZIAŁ RYZYKA - ZAGADNIENIE TYTUŁU DŁUŻNEGO

W pierwszej kolejności należy przeanalizować skutki transakcji ze względu na jej wpływ na poziom długu publicznego, zarówno na gruncie „starej”, jak i nowej ustawy o finansach publicznych. Zgodnie z art. 72 ust. 1 Ustawy o finansach publicznych wymienia kategorie tytułów dłużnych zaliczanych do państwowego długu publicznego. Minister Finansów wydał w dniu 28 grudnia Rozporządzenie w sprawie tytułów dłużnych, w których - rozszerzył katalog ustawowych tytułów dłużnych. W § 3 pkt 2, powyższe Rozporządzenie zalicza do kategorii kredytów i pożyczek stanowiących tytuły dłużne zaliczane do państwowego długu publicznego będą zaliczane „umowy o partnerstwie publiczno-prywatnym, które mają wpływ na poziom długu publicznego”.

W związku z powyższym może się budzić wątpliwość, co do kwalifikacji zobowiązań wynikających z przedsięwzięcia PPP. Wskazówki w tym zakresie wynikają m.in. z wytycznych Eurostatu (decyzja Eurostat nr 18/2004 z 11 lutego 2004, STAT/04/18), które zostały implementowane do prawa polskiego (załącznik 41 do Rozporządzenia z 3 lutego r.). Rozporządzenie zawiera bezpośrednie powiązanie wartości zobowiązań z tytułu

umów partnerstwa publiczno-prywatnego, które są zaliczane do długu sektora finansów publicznych, właśnie poprzez odniesienie do wytycznych Eurostatu (§ 2 pkt. 3)).

Bez względu na negatywną ocenę autorów opinii, co do trybu i podstawy prawnej rozszerzenia tytułów dłużnych do systemu prawa poprzez rozporządzenie (a nie ustawę), to należy wskazać, iż każdy model PPP trzeba będzie przeanalizować pod kątem ew. kwalifikacji powyższych tytułów do długu publicznego, i dążyć do tego aby wytyczne Eurostatu zostały spełnione w każdym przypadku, bez względu na podział ryzyka.

9. DOPUSZCZALNY ZAKRES DIALOGU KONKURENCYJNEGO

9.1 Cechy ogólne

Skorzystanie z procedury dialogu konkurencyjnego możliwe jest w przypadku zamówień szczególnie złożonych. Zgodnie z art. 60b ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamówienie publiczne uważa się za „szczególnie złożone”, w przypadku gdy:

- (a) nie jest możliwe udzielenie zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego lub przetargu ograniczonego, ponieważ ze względu na szczególnie złożony charakter zamówienia nie można opisać przedmiotu zamówienia zgodnie z art. 30 i 31 lub obiektywnie określić uwarunkowań prawnych lub finansowych wykonania zamówienia oraz gdy;
- (b) cena nie jest jedynym kryterium wyboru najkorzystniejszej oferty.

Dialog konkurencyjny został wprowadzony do PZP na skutek implementacji postanowień Dyrektywy 2004/18/WE i zarówno warunki jego zastosowania jak również etapy procedury powinny być odczytywane w świetle jej postanowień. Jak wskazano w pkt 31 preambuły do Dyrektywy 2004/18/WE dialog konkurencyjny został wprowadzony z myślą o sytuacjach w których zamawiający realizujący szczególnie złożony projekt nie jest obiektywnie w stanie zdefiniować sposobów zaspokojenia swoich potrzeb lub dokonania oceny tego, co wykonawcy mogą zaoferować w kategoriach zarówno technicznych jak również rozwiązań finansowych i/lub prawnych.

Nie ulega wątpliwości, że procedura ta została wprowadzona przede wszystkim w związku z realizowaniem projektów w formule PPP, ponieważ to właśnie w nich najczęściej będzie dochodziło do sytuacji, w których zamawiający nie będzie w stanie z góry stwierdzić, że najkorzystniejszym dla niego rozwiązaniem z punktu widzenia struktury finansowo-prawnej będzie udzielenie klasycznego zamówienia publicznego, koncesji lub realizacja przedsięwzięcia w formule PPP²⁸.

Cechą charakterystyczną dialogu konkurencyjnego jest możliwość ustalania i negocjowania warunków zamówienia z wybranymi w procesie kwalifikacji podmiotowej wykonawcami, co sprawia, że zawiera on w sobie elementy procedury ograniczonej (art. 47 i nast. PZP) oraz negocjacji z ogłoszeniem (art. 54 i nast. PZP).

To, co przede wszystkim odróżnia dialog od negocjacji to możliwość wypracowania rozwiązania najodpowiedniejszego z punktu widzenia zamawiającego poprzez prowadzenie rozmów z wykonawcami i porównanie prezentowanych przez nich modeli realizacji przedsięwzięcia na etapie ich kształtowania. Oznacza to, że Miasto wszczynając postępowanie nie jest zobowiązane do precyzyjnego określenia warunków zamówienia (technicznych, ekonomicznych i/lub prawnych) bowiem ich ustalenie będzie właśnie przedmiotem dialogu. Zgodnie z art. 60e ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający

²⁸ Por. pkt 31 Dyrektywy 2004/18/WE *Do takiej sytuacji może dojść w szczególności podczas wdrażania istotnych, zintegrowanych projektów w zakresie infrastruktury transportowej, dużych sieci komputerowych lub projektów obejmujących złożone procesy finansowania o skomplikowanej strukturze, których postaci finansowej ani prawnej nie można z góry zdefiniować.*

prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie określić, w wyniku porównania rozwiązań proponowanych przez wykonawców to, które najbardziej spełnia jego potrzeby.

9.2 Wymagania dotyczące ogłoszenia oraz dokumentu opisowego

Jak zostało wskazane dialog konkurencyjny zawiera w sobie elementy procedury ograniczonej, które dotyczą przede wszystkim publikacji ogłoszenia oraz etapu tzw. kwalifikacji podmiotowej wykonawców.

Do treści ogłoszenia o zamówieniu zastosowanie znajdują odpowiednio wymagania zawarte w art. 48 ust. 2 PZP wraz z obowiązkiem wskazania tzw. dokumentu opisowego.

Biorąc pod uwagę fakt, że Miasto jedynie na podstawie ogłoszenia będzie dokonywało kwalifikacji podmiotowej wykonawców, ogłoszenie powinno zawierać warunki udziału w postępowaniu oraz opisu sposobu dokonywania oceny spełniania tych warunków, ich znaczenia - również dokumenty i oświadczenia, jakich przedłożenia żąda we wniosku w celu potwierdzenia spełnienia tych warunków.

Istotnym elementem ogłoszenia są również kryteria oceny ofert. W przypadku dialogu konkurencyjnego nie może to być wyłącznie cena. W dialogu konkurencyjnym Miasto powinno określić wyczerpująco katalog kryteriów wraz z podaniem ich znaczenia. W tym przypadku nie jest jednak niezbędne podawanie konkretnych wag przypisywanych kryteriom a jedynie podanie kryteriów w kolejności przypisywanych im znaczenia²⁹. Skoro bowiem nie jest na tym etapie znana dokładna struktura Przedsięwzięcia, trudno wymagać, aby Miasto wskazało precyzyjnie wszystkie elementy dotyczące oceny przyszłych ofert. Z drugiej strony obowiązkiem Miasta jest zapewnienie w możliwie pełnym zakresie realizacji zasady przejrzystości prowadzonego postępowania, a tym samym przekazania wszystkim potencjalnym wykonawcom możliwie pełnych informacji pozwalających im przygotowanie się na równych warunkach do udziału w postępowaniu. Wskazane kryteria oceny ofert i ich znaczenie nie powinny ulec zmianie w trakcie postępowania.

W ogłoszeniu o zamówieniu Miasto powinno również umieścić informacje pozwalające wykonawcom na przygotowanie się do dialogu. Tzw. opis potrzeb i wymagań Miasta zawiera podstawowe założenia co do przyszłych warunków zamówienia wraz z określeniem obszarów, jakich dotyczyć będzie dialog.

Podstawowym założeniem Miasta jest realizacja Przedsięwzięcia w modelu zaprojektuj, wybuduj, sfinansuj, zarządzaj i eksploatuj (DBFO) przy jednoczesnym ograniczeniu do minimum gwarancji ze strony Miasta.

Opis potrzeb i wymagań powinien zatem zawierać poza aspektami technicznymi możliwymi do zdefiniowania na obecnym etapie podstawowe założenia finansowo-prawne realizacji Przedsięwzięcia, do których należy w szczególności:

- (a) wskazanie Miasta jako zamawiającego;
- (b) określenie zakresu zadań, które zostaną powierzone Partnerowi prywatnemu;
- (c) wskazanie lokalizacji Przedsięwzięcia;
- (d) wskazanie dopuszczalnych i rozważanych na wstępnym etapie rozwiązań instytucjonalnych realizacji Przedsięwzięcia, w tym np. dopuszczenie lub brak utworzenia spółki wspólnie przez Miasto i Partnera prywatnego;
- (e) określenie przewidywanych zasad finansowania Przedsięwzięcia;
- (f) wskazanie ryzyk oraz ich przewidywanego podziału;

²⁹ Por. art. 53 ust. 2 akapit 3 Dyrektywy 2004/18/WE *Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia lub, w przypadku dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.*

- (g) wskazanie potencjalnych źródeł przychodów Partnera prywatnego, w tym np. warunków odbioru energii.

W celu lepszego przygotowania zainteresowanych przedsiębiorców wydaje się właściwym wskazanie celów, które zamierza osiągnąć Miasto w wyniku dialogu. Nie ulega wątpliwości, że jednym z nich jest realizacja Przedsięwzięcia w sposób, który w najmniejszym możliwym zakresie, a optymalnie, w ogóle nie wpłynie negatywnie na poziom wskaźników finansowych Miasta.

Przekazane informacje mają na celu wskazanie podstawowych założeń realizacji Przedsięwzięcia oraz wskazanie obszarów, które będą podlegały dalszym dyskusjom na etapie dialogu. Należy podkreślić, że na tym etapie Miasto nie powinno jednoznacznie przesądzać o konkretnych rozwiązaniach, ponieważ w takim przypadku przyjęte z góry założenia nie będą podlegały dalszym ustaleniom i w konsekwencji nie będą zmieniane w trakcie procedury. Należy więc jednoznacznie przesądzić wyłącznie o tzw. elementach brzegowych, tj. takich które stanowią dla Miasta fundamentalne założenia bez spełnienia których Projekt nie będzie realizowany.

Podsumowując, dokument będący opisem potrzeb i wymagań stanowi punkt wyjścia do dalszych dyskusji z zakwalifikowanymi przedsiębiorcami. Jego zasadnicze założenia nie powinny ulec zmianie w trakcie procedury, jednak zakres możliwych do wprowadzenia zmian leży w gestii Miasta. Istotne jest to, aby wprowadzane zmiany (i) nie dotyczyły podstawowych założeń Przedsięwzięcia oraz (ii) stanowiły przedmiot dialogu.

9.3 Dopuszczalny zakres zmian i modyfikacji

Zgodnie z art. 60e ust. 2 PZP Miasto może dokonać zmiany wymagań będących przedmiotem dialogu przed zaproszeniem do składania ofert. Na podstawie informacji uzyskanych w trakcie dialogu, w tym przede wszystkim dotyczących oczekiwań przedsiębiorców oraz po ich skonfrontowaniu z założeniami i celami, Miasto dokona ostatecznego opisu warunków zamówienia. Należy podkreślić, że Miasto jako zamawiający nie ma obowiązku ukształtowania tych warunków zgodnie z przekazanymi przez przedsiębiorców postulatami. Nic nie stoi na przeszkodzie, aby poza warunkami brzegowymi również przyjęte na wstępie założenia pozostały niezmienione. Jednak w takim przypadku należy liczyć się z ograniczonym zainteresowaniem na etapie składania ofert.

Istotne jest, aby na etapie dialogu wypracować rozwiązanie, które będzie stanowiło podstawę do stworzenia specyfikacji istotnych warunków zamówienia, na podstawie której przedsiębiorcy będą składali wiążące oferty. W odróżnieniu od procedury negocjacji z ogłoszeniem w dialogu konkurencyjnym nie przewiduje się etapu rozmów pomiędzy zamawiającym a przedsiębiorcami. Oznacza to, że złożone oferty nie podlegają już negocjacjom i stanowią podstawę wyboru Partnera Prywatnego.

Co prawda możliwe jest jeszcze doprecyzowanie i wyjaśnienie treści zawartych w ofertach w toku ich badania i oceny, jednak nie może to prowadzić do istotnych zmian w treści ofert oraz zmian wymagań zawartych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

9.4 Podsumowanie

Dialog konkurencyjny jest optymalnym z punktu widzenia Miasta trybem wyboru Partnera prywatnego. Przede wszystkim stwarza Miastu możliwość prowadzenia konkurencyjnej procedury zapewniającej możliwie dużą elastyczność w dochodzeniu do wypracowania najlepszej struktury jego realizacji. Biorąc pod uwagę fakt, że Miasto jest zdeterminowane do wykonania Przedsięwzięcia przy możliwie ograniczonym jego wpływie na wskaźniki zadłużenia, dialog powinien pozwolić na wypracowanie formuły współpracy stanowiącej akceptowalny dla obu stron kompromis.

Właściwy tryb postępowania ma znaczenie dla zapewnienia bezpieczeństwa transakcji zarówno w odniesieniu do ewentualnych postępowań odwoławczych wszczynanych przez przedsiębiorców, jak również dla oceny przejrzystości i konkurencyjności jego prowadzenia

przez służby Komisji Europejskiej.

Dlatego też w ocenie Doradcy Prawnego tryb postępowania powinien zostać przesądzony w taki sposób, aby ew. istotna zmiana struktury prawnej projektu, która może być efektem negocjacji nie stworzyła ryzyka podważania zawartej Umowy PPP, stąd w naszej ocenie Przedsięwzięcie powinno zostać realizowane na podstawie Ustawy o PPP w trybie dialogu konkurencyjnego (tj. w trybie Prawa zamówień publicznych), o którym mowa w art. 4 ust. 2 Ustawy o PPP.

Zaletą takiego rozwiązania jest m.in. to, iż zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej, wszczęcie postępowania w bardziej „konserwatywnym” trybie (tj. Prawie zamówień publicznych) jest rozwiązaniem bezpieczniejszym z punktu widzenia zachowania zasad prawa europejskiego³⁰. Jeśli w wyniku dialogu okazałoby się, że Przedsięwzięcie będzie realizowane w formule PPP na zasadzie koncesji na roboty budowlane, ryzyko podważania właściwego trybu wyboru Partnera Prywatnego zostanie dzięki temu istotnie ograniczone.

10. GOSPODAROWANIE STRUMIENIEM ODPADÓW KOMUNALNYCH

10.1 Ostateczne Studium Wykonalności i Opinia JASPERS

W dokumencie pt. „Ostateczne Studium Wykonalności dla przedsięwzięcia <System Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania>” („Ostateczne Studium Wykonalności”) stwierdza się, że „(...) *gmina nie ma możliwości stanowić o drodze przepływu odpadów od wytwórcy do instalacji końcowej*” (s. 63 Ostatecznego Studium Wykonalności). Podobny pogląd prezentowany jest w opinii dotyczącej Ostatecznego Studium Wykonalności sporządzonej przez Jaspers („Opinia Jaspers”). Podkreśla się w tym dokumencie, że „*miasto [Poznań - przyp. DZP] nie ma obecnie kontroli nad miejskimi odpadami stałymi w obszarze usług. Zbiórka odpadów wykonywana jest przez firmy prywatne, które zgodnie z obowiązującymi przepisami Ustawy o odpadach mogą swobodnie decydować o miejscu składowania/oczyszczania odpadów*” (s. 37 Opinii JASPERS).

W naszej ocenie wnioski przedstawione w Ostatecznym Studium Wykonalności oraz Opinii Jaspers są w kontekście obowiązujących przepisów zbyt daleko idące. Poniżej przedstawiamy naszą analizę powyższego zagadnienia. W dalszej części memorandum przedstawiamy także zasady dotyczące kierowania strumieniem odpadów w związku z planowanymi zmianami w prawie.

10.2 Obecnie obowiązujący stan prawny

10.2.1 Informacje ogólne

Zasady kierowania strumieniem odpadów komunalnych wynikają przede wszystkim z przepisów unijnych i stanowiących ich implementację przepisów krajowych. Na poziomie Unii Europejskiej podstawowym aktem, z którego wynikają podstawowe zasady zarządzania strumieniem odpadów jest Dyrektywa 2008/98 w sprawie odpadów. Na szczeblu krajowym natomiast kluczowe znaczenie mają regulacje zawarte w Ustawie o odpadach oraz Ustawie o utrzymaniu czystości i porządku.

10.2.2 Zasada bliskości

Zasada bliskości w prawie unijnym określana jest obecnie w przepisie art. 16 ust. 3 Dyrektywy w sprawie odpadów, zgodnie z którym „*sieć powinna umożliwiać*”

³⁰Por. dokument Komisji Europejskiej “Explanatory note - competitive dialogue - classic directive - document that corresponds to CC/2005/04_rev 1” z dnia 5.10.2005

unieszkodliwianie odpadów lub odzysk odpadów (...) w jednej z najbliższych położonych odpowiednich instalacji, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii, w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska oraz zdrowia publicznego". Ujęcie zasady bliskości prezentowane w Dyrektywie 2008/98 w sprawie odpadów jest zbieżne z ujęciem tej zasady na gruncie przepisów uchylonej Dyrektywy 2006/12/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 kwietnia 2006 roku w sprawie odpadów („Dyrektywa 2006/12 w sprawie odpadów”), której art. 5 ust. 2 stanowił, iż *„sieć (...) musi umożliwiać unieszkodliwianie odpadów w jednym z najbliższych urządzeń, za pomocą najodpowiedniejszych metod i technologii w celu zapewnienia wysokiego poziomu ochrony środowiska naturalnego oraz zdrowia publicznego*”. Powyższa konstatacja jest o tyle istotna, że Dyrektywa 2008/98 w sprawie odpadów nie została jeszcze implementowana do prawa polskiego; ta okoliczność nie ma znaczenia w przypadku omawiania zasady bliskości, gdyż ujęcie tej zasady jest w prawie unijnym konsekwentne i nowa Dyrektywa 2008/98 w sprawie odpadów nie wprowadziła w tym zakresie zmian. Z tych też powodów polska regulacja zasady bliskości zawarta w Ustawie o odpadach stanowiąca implementację wcześniejszej Dyrektywy 2006/12 w sprawie odpadów zachowuje, w kontekście przepisów unijnych, pełną aktualność.

Zgodnie z przywołaną Ustawą o odpadach, zasada bliskości została ujęta przez polskiego ustawodawcę w następujący sposób *„odpady, które nie mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwiane w miejscu ich powstawania, powinny być, uwzględniając najlepszą dostępną technikę lub technologię, o której mowa w art. 143 ustawy z dnia 27 kwietnia 2001 r. - Prawo ochrony środowiska, przekazywane do najbliższych położonych miejsc, w których mogą być poddane odzyskowi lub unieszkodliwiane”* (art. 9 ust. 2). Zasada bliskości została przez polskiego ustawodawcę powiązana z administracyjnym podziałem kraju na województwa i tak niesegregowane odpady komunalne, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych oraz komunalne osady ściekowe powinny być poddawane odzyskowi lub unieszkodliwieniu na terenie województwa, na którym zostały wytworzone, chyba że odległość od miejsca wytwarzania odpadów do instalacji lub miejsca przeznaczonego do odzysku lub unieszkodliwiania jest mniejsza niż odległość do instalacji lub miejsca położonego na obszarze tego samego województwa.

Kluczowa dla pełnego określenia treści zasady bliskości jest zatem ocena stosowanej technologii w świetle wymagań art. 143 ustawy - Prawo ochrony środowiska. Przepis ten zawiera ogólnie sformułowane wymagania dotyczące instalacji nowych lub istotnie zmienionych. W odniesieniu do gospodarowania odpadami, przepis ten uwzględnia ogólne zasady postępowania z odpadami w tym zasady hierarchii postępowania z odpadami (vide art. 143 pkt 4 ustawy - Prawo ochrony środowiska). W konsekwencji pełna interpretacja zasady bliskości wymaga uwzględnienia zasady hierarchii postępowania z odpadami, określonej w art. 7 Ustawy o odpadach. Choć szczegółowe ujęcie tej zasady w Dyrektywie 98/2008 w sprawie odpadów i Ustawie o odpadach różni się od siebie, to w odniesieniu do składowania odpadów nie ulega wątpliwości, iż jest to najmniej preferowany przez ustawodawcę polskiego i prawodawcę unijnego sposób zagospodarowania odpadów. W odniesieniu do składowania odpadów, przepis art. 7 ust. 3 Ustawy o odpadach stanowi: *„[odpady], których nie udało się poddać odzyskowi, powinny być tak unieszkodliwiane, aby składowane były wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nieuzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych*”. Zwracamy uwagę, iż trwają obecnie prace nad nowelizacją Ustawy o odpadach [rząd RP przyjął w dniu 8 lipca 2010 roku „Założenia do projektu ustawy o odpadach stanowiącej transpozycję dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2008/98/WE z dnia 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy” („Założenia”)]. Zgodnie z Załoženiami

hierarchia odpadów będzie dostosowana do zapisów Dyrektywy 2008/98 w sprawie odpadów. Jak wspomnieliśmy powyżej w kontekście składowania odpadów zasadniczo jest ona zbieżna z obecną regulacją, jednakże w pozostałym zakresie została zmieniona, o czym piszemy w dalszej części memorandum.

Z powyższych regulacji wynika, że równie istotne jak lokalizacja danej instalacji jest stosowana w niej technika i technologia zagospodarowania odpadów. Oznacza to, że nie w każdym przypadku zagospodarowywanie odpadów zgodne z zasadą bliskości będzie oznaczało odzysk lub unieszkodliwienie w instalacji położonej najbliższej miejsca wytworzenia.

10.3 Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku a kierowanie strumieniem odpadów

10.3.1 Informacje ogólne

Kluczowe znaczenie dla omawianego zagadnienia mają przepisy Ustawy o utrzymaniu czystości. Na gruncie tej ustawy podmiotami zobowiązanymi do zagospodarowania odpadów są właściciele nieruchomości. Każdy właściciel nieruchomości obowiązany jest do zawarcia umowy, której przedmiotem jest odbieranie odpadów komunalnych. Za tę usługę właściciele nieruchomości ponoszą opłatę na rzecz przedsiębiorcy, z którym zawarli umowę. Prowadzenie działalności na odbiór odpadów komunalnych wymaga uzyskania zezwolenia (z wyjątkiem gminnych jednostek organizacyjnych, które zwolnione są z obowiązku uzyskiwania zezwolenia, jednakże zobowiązane są spełniać wymagania dla przedsiębiorców w tym zakresie).

*Zezwolenie wydawane jest przez wójta, burmistrza lub prezydenta miasta. W zezwoleniu określone są warunki prowadzenia działalności. Zgodnie z art. 9 ust. 1a pkt 5 Ustawy o utrzymaniu czystości, „zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinno określać (...) miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, zgodnie z art. 9 ust. 3 i 4 ustawy (...) o odpadach i wojewódzkim planem gospodarki odpadami”. Z powyższego przepisu wynika, że organ wydający zezwolenie na prowadzenie działalności w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest uprawniony **do wskazania konkretnych miejsc odzysku lub unieszkodliwienia, z uwzględnieniem zasady bliskości oraz z zapisami wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.***

10.3.2 Wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwienia na gruncie art. 9 ust. 1a pkt 5 Ustawy o utrzymaniu czystości

Dalszej analizie wymaga natomiast dopuszczalność wskazania w zezwoleniu na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jednego, imiennie określonego miejsca odzysku lub unieszkodliwienia. **Z przytoczonych poniżej wypowiedzi przedstawicieli doktryny, orzecznictwa sądów administracyjnych oraz Sądu Najwyższego wynika, a pogląd ten podzielamy, iż na gruncie obecnie obowiązującej regulacji, organ wydający zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest uprawniony do wskazania jednego, imiennie określonego miejsca odzysku lub unieszkodliwienia odpadów z poszanowaniem zasady bliskości oraz zasad konkurencji.**

W pierwszej kolejności przytoczyć należy wypowiedź prof. W. Radeckiego, który jednoznacznie stwierdził, że „[p]rzyjęta w art. 9 ustawy o odpadach zasada bliskości pozostaje w związku z art. 9 ust. 1a pkt 5 ustawy o czystości i porządku, według którego zezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych (...) powinno określać miejsca (liczba mnoga!) odzysku lub unieszkodliwienia odpadów komunalnych (...). Pojawia się pytanie, czy z użycia w art. 9 ust. 1a pkt 5 liczby

mnogiej wynika, że wójt, burmistrz lub prezydent miasta jest zobowiązany w zezwoleniu wskazać na „co najmniej dwa” miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów. Na tak postawione pytanie odpowiedziałem przecząco i swoje stanowisko podtrzymuję. (...) Jeżeli zatem jedno ze składowisk oferuje warunki - z punktu widzenia ochrony środowiska - wyraźnie lepsze od pozostałych, to wójt, burmistrz lub prezydent miasta wskazując w zezwoleniu na to tylko składowisko nie narusza art. 9 ust. 1a pkt 5 ustawy o czystości i porządku ani art. 9 ust. 3 i 4 ustawy o odpadach”³¹.

Podobny pogląd został *expressis verbis* wyrażony przez Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 18 marca 2008 roku (sygn. akt II OSK 1216/07), który wskazał, że „[z]ezwolenie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości powinno określać miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych to określenie trzeba interpretować zgodnie z zasadami wynikającymi z prawa o odpadach, w tym z zasadą bliskości niekoniecznie liczba mnoga oznacza <co najmniej dwa>”.

Zaprezentowana powyżej wykładnia art. 9 ust. 1a pkt 5 Ustawy o utrzymaniu czystości podtrzymana została w kolejnych orzeczeniach, tj. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 kwietnia 2008 roku (sygn. akt III OSK 140/08) oraz w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Olsztynie (sygn. akt II SA/OI 417/08)³², w których stwierdzono, że „uwzględnienie zasady bliskości może prowadzić do wskazania jednego miejsca odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Jeśli jedno ze składowisk oferuje warunki - z punktu widzenia ochrony środowiska - wyraźnie lepsze od pozostałych, to właściwy organ wskazując w zezwoleniach na jedno składowisko - wyraźnie lepsze od pozostałych, nie narusza prawa, a wręcz do takiego działania jest obowiązany”.

We wskazaną linię orzeczniczą wpisuje się także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 21 września 2009 roku (sygn. akt III SA/GL 614/09), w którym podkreśla się, że „[g]mina odpowiada za wykonywanie usług o charakterze użyteczności publicznej a zatem może - w oparciu o przepisy prawa - określać wymagania, jakie w tym zakresie należy spełniać a wymagania te powinny uwzględniać zasady ustawowe (...) w tym m.in. zasadę bliskości, której uwzględnienie może prowadzić do wskazania jednego miejsca odzysku i unieszkodliwiania odpadów”.

Mając na uwadze przytoczone powyżej wypowiedzi doktryny i orzecnictwa należy stwierdzić, iż dopuszczalne jest wskazanie w zezwoleniu na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania, z uwzględnieniem zasady bliskości, postanowień wojewódzkiego planu gospodarki odpadami oraz przepisów ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

Dalszej analizie wymaga kwestia, czy wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów nie narusza przepisy Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów.

10.3.3 Możliwość wskazania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania na gruncie Ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów

Zagadnienie wskazania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania w zezwoleniu na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest często przedmiotem decyzji Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumenta, w których powyższa

³¹ W. Radecki, Ustawa o odpadach. Komentarz, ABC, 2006, wyd. I, s. 121. Ta sama teza została powtórzona przez autora [w:] W. Radecki, Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Komentarz, ABC, 2008, wyd. III (komentarz do art. 9 Ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach; komentarz dostępny w systemie informatycznym LEX Omega).

³² Por. także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego z dnia 26 maja 2010 roku, sygn. akt II SA/Po 93/10 w zakresie możliwości wskazywania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów w zarządzeniu wójta gminy w sprawie wymagań jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia.

praktyka bywa oceniana jako naruszająca zasady konkurencji.

W wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2010 roku (sygn. akt III SK 37/09), zgodnie z którym *wyznaczenie tylko jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych jest działaniem dozwolonym i organ gminy nie ma obowiązku wskazania więcej niż jednego miejsca odzysku. Gmina może ograniczyć liczbę składowisk, z których mogą korzystać przedsiębiorcy świadczący na jej terenie usługi odbioru odpadów komunalnych od mieszkańców. W rezultacie tego rodzaju zachowanie gminy nie może stanowić nadużycia pozycji dominującej*³³. Z cytowanego wyroku wynika jednoznacznie, że wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania w zezwoleniu na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości nie może samo w sobie stanowić nadużycia pozycji dominującej. Powyższe nie wyklucza natomiast, iż wskazane jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów może (w konkretnym stanie faktycznym, stanowić przedmiot oceny we wskazanych powyżej decyzjach Prezesa UOKiK) stanowić nadużycie pozycji dominującej przez gminę, w sytuacji gdy wskazanie to stanowi naruszenie zasady bliskości.

10.3.4 Wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania a postanowienia wojewódzkiego planu gospodarki odpadami niebezpiecznymi

W naszej opinii powyższa teza, zgodnie z którą organ wydający zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jest uprawniony do wskazania jednego, imiennie określonego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów z poszanowaniem zasady bliskości, wojewódzkiego planu gospodarki odpadami oraz zasad konkurencji jest prawdziwa również wówczas, gdy w wojewódzkim planie gospodarki odpadami wskazanych jest więcej niż jedno miejsce odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

Nasze stanowisko budujemy przede wszystkim na przytoczonym powyżej wyroku Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2010 roku (sygn. akt III SK 37/09), zgodnie z którym *„zdaniem Sądu Najwyższego celem reglamentacji ilości składowisk, na które mogą być wywożone odpady komunalne z terytorium poszczególnych gmin jest nie tylko troska o redukcję zagrożeń dla środowiska i kosztów związanych z przewozem odpadów, ale także zapewnienie odpowiedniej - w skali województwa - sieci składowisk, pozwalającej zrealizować zasadę bliskości. Dodatkowo, celem redukcji ilości składowisk z jakich mogą korzystać przedsiębiorcy świadczący usługi na terytorium poszczególnych gmin, jest zapewnienie kontroli strumienia dowożonych odpadów oraz racjonalizacja działań jednostek samorządu terytorialnego podejmowanych w ramach gospodarki odpadami. W przypadku realizacji oczekiwań Prezesa Urzędu [Ochrony Konkurencji i Konsumenta - przyp. DZP] (wynikających z zaskarżonej decyzji), by przedsiębiorcy świadczący usługi odbioru odpadów komunalnych mogli korzystać z wszystkich składowisk ujętych w planie gospodarki dla województwa śląskiego, racjonalizacja ta byłaby niemożliwa (z uwagi na brak kontroli nad strumieniem odpadów z gminy, brak motywacji dla redukcji ilości odpadów z uwagi na możliwość składowania ich na terenie innych gmin, brak motywacji do rozbudowy lub budowy nowych składowisk na własnym terenie lub terenie gmin sąsiednich, itp.)*”.

Ponadto, z uzasadnienia większości z przytoczonych powyżej wyroków³³ wynika, że sądy orzekały w stanie faktycznym, w którym w poszczególnych wojewódzkich planach gospodarki odpadami wskazanych było więcej niż jedno miejsce odzysku

³³ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 18 marca 2008 roku, sygn. akt II OSK 1216/07, wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z dnia 16 kwietnia 2008 roku, sygn. akt II OSK 140/08, wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Gliwicach z dnia 21 września 2009 roku, sygn. akt III SA/GL 614/09 oraz wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 marca 2010 roku, sygn. akt III SK 37/09.

lub unieszkodliwiania na terenie województwa, a mimo to sądy nie uznały, iż w takiej sytuacji nie jest dopuszczalne wskazanie w zezwoleniu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości tylko jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów.

Mając na uwadze powyższe uważamy, że nie ma przeciwwskazań do wskazania w zezwoleniu na odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów w sytuacji, gdy w wojewódzkim planie gospodarki odpadami wskazanych jest więcej takich miejsc.

10.3.5 Odmienne poglądy formułowane w orzeczeniach sądów administracyjnych

Kompletna analiza zagadnienia dopuszczalności wskazania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów w zezwoleniach na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości, wymaga odniesienia się do wyroków sądów administracyjnych, w których sformułowane są *prima facie* poglądy odmienne od prezentowanych powyżej. Opracowując memorandum zidentyfikowaliśmy cztery orzeczenia (por. poniżej).

Oceny dopuszczalności wyznaczenia jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania w zezwoleniu w świetle zasad ochrony konkurencji dokonał Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 lutego 2007 roku (sygn. akt II GSK 238/09), Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w wyroku z dnia 2 grudnia 2010 roku (sygn. akt II SA/OI 893/10) oraz Wojewódzki Sąd Administracyjny w Łodzi z dnia 6 listopada 2007 roku (sygn. akt II SA/Łd 744/07).

Naczelny Sąd Administracyjny w wyroku z dnia 21 lutego 2007 roku (sygn. akt II GSK 238/08). Sąd przychylił się do stanowiska wyrażonego przez Prezesa Urzędu Konkurencji i Konsumentów³⁴, iż nakazanie w zezwoleniu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości wywozu odpadów komunalnych tylko na jedno składowisko odpadów stanowi naruszenie pozycji dominującej gminy w sytuacji, gdy odpady komunalne mogą być składowane wyłącznie na gminnym składowisku odpadów, które ustaliło wyższe ceny składowania niż konkurencyjne. Z kolei w wyroku z dnia 2 grudnia 2010 roku (sygn. akt II SA/OI 893/10) Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie stwierdził, że „każda gmina ma (...) prawo do określania, w granicach obowiązujących ją ustaw, pewnych ogólnych warunków i ram organizowania porządku i czystości na jej obszarze. Jednakże wskazywanie miejsca składowania odpadów (nieczystości ciekłych) prywatnemu podmiotowi jakim jest spółka prawa handlowego działająca w warunkach wolnej konkurencji jest niedopuszczalne i może stanowić w ocenie Sądu naruszenie konstytucyjnej zasady wolności prowadzenia działalności gospodarczej”. Ponadto w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 6 listopada 2007 roku, sygn. akt II SA/Łd 744/07 stwierdzono, że „zasada określania miejsc odzysku w taki sposób, aby zachowane były reguły rynkowe, poszanowany dostęp do rynku oraz, aby nie doszło do dyskryminacji podmiotów gospodarczych czy ograniczania konkurencji, wymusza niejako obowiązek wskazania więcej niż jednego miejsca składowania odpadów”.

Ocena dopuszczalności wyznaczenia jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania w regulaminie utrzymania czystości i porządku w gminie dokonał Wojewódzki Sąd Administracyjny w Olsztynie w cytowanym powyżej wyroku z dnia 2 grudnia 2010 roku (sygn. akt II SA/OI 893/10). Sąd stwierdził wówczas, iż „stanowiąc przepisy prawa miejscowego w przedmiocie utrzymania

³⁴ Por. decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Delegatura we Wrocławiu z dnia 27 listopada 2003 roku, znak: RWR 562-s-1/03/AG; por. także: decyzja Prezesa Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, Delegatura w Gdańsku z dnia 17 sierpnia 2009 roku, znak: RGD.411-4/08/MLM (w podobnym stanie faktycznym, w którym „konkurowały” składowiska stosujące różnorodną technologię i w którym prymat przyznano składowisku stosującemu przestarzałą technologię).

czystości i porządku na terenie gminy, organ uchwałodawczy formułować musi zawarte w nich postanowienia na podstawie i w granicach udzielonego mu w tym przedmiocie upoważnienia ustawowego. Wszelkie odstępstwa od delegacji ustawowej skutkować musi wyeliminowaniem uchwały (jej części) w przedmiocie szczegółowych zasad utrzymania czystości i porządku na terenie gminy - przyp. DZPJ z obrotu prawnego”.

Analiza możliwości wskazania jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwienia w zarządzeniu wójta w sprawie określania wymagań, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia w stosownym zarządzeniu została dokonana w cytowanym powyżej wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 6 listopada 2007 roku (sygn. akt II SA/Łd 744/07) oraz w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 14 grudnia 2007 roku (sygn. akt II SA/Lu 733/07).

W wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Łodzi z dnia 6 listopada 2007 roku stwierdzono, że *„kryteria, jakie muszą spełniać instalacje, w których odzyskowi mają być poddane odpady mają charakter alternatywny, zatem można przyznać prymat zasadzie jakości instalacji, nawet położonej dalej, o ile spełniony jest warunek położenia w granicach województwa. W związku z powyższym, w ocenie tutaj Sądu, nie można podzielić poglądu, iż gromadzenie odpadów może nastąpić wyłącznie na jednym składowisku jako położonym najbliższym miejsca wytworzenia odpadów”*. Z kolei w wyroku Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 14 grudnia 2007 roku,³⁵ wskazano, że *„unormowanie z art. 9 ust. 3 i 4 cyt. ustawy o odpadach (...) w żadnym wypadku nie wprowadza dyspozycji dotyczącej wyznaczenia oznaczonego i tylko jednego miejsca odzysku i unieszkodliwiania odpadów (...). Dlatego też dyspozycja § 2 ust. 3 cyt. zarządzenia Wójta Gminy Włodawa, która stanowi, że miejscem odzysku i unieszkodliwiania odpadów jest wyłącznie Składowisko Odpadów Komunalnych w W. nie ma umocowania ustawowego”*. W tym samym wyroku Sąd jednocześnie wskazał, iż *„konkretyzacja tego obowiązku (...) w zakresie wyznaczenia określonego składowiska odpadów komunalnych to jest w W. lub innego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów powinna nastąpić dopiero w osnowie zezwolenia wydanego przez Wójta Gminy Włodawa, biorąc pod uwagę, że wszystkie wyżej wymienione ustawowe wymagania są jedynie dookreślone w kontrolowanym zarządzeniu”*.

Z orzeczeń dotyczących odnoszących się do zasad konkurencji nie wynika, że wskazanie jednego miejsca odzysku lub unieszkodliwiania odpadów będzie samo w sobie stanowiło naruszenie zasad konkurencji, lecz może stanowić ich naruszenie w przypadkach wskazanych w tych wyrokach. Takie rozumienie potwierdzałyby cytowany wcześniej wyrok Sądu Najwyższego z dnia 3 grudnia 2010 roku.

Z kolei orzeczenia dotyczące regulaminu utrzymania czystości i porządku w gminach oraz zarządzeniu wójta w sprawie określania wymagań, jakie powinien spełniać przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie zezwolenia nie mogą stanowić podstawy do stwierdzenia, iż brak jest takiej możliwości w zezwoleniu, albowiem dotyczyły innego zagadnienia prawnego.

10.4 Plany gospodarki odpadami

Zgodnie z art. 14 Ustawy o odpadach, plany gospodarki odpadami tworzone są m.in. dla stworzenia w kraju zintegrowanej i wystarczającej sieci instalacji i urządzeń do odzysku i unieszkodliwiania odpadów. Są one przygotowywane na szczeblu krajowym, wojewódzkim, powiatowym i gminnym, przy czym „punktem wyjścia” dla wojewódzkiego planu jest plan krajowy, dla powiatowego wojewódzki, zaś dla gminnego powiatowy.

³⁵ Por. także wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Lublinie z dnia 6 czerwca 2008 roku, sygn. akt II SA/Lu 826/07 oparty o zbliżony stan faktyczny i zawierający analogiczną argumentację.

W Krajowym Planie Gospodarki Odpadami 2014, w rozdziale 5 pt. „Kierunki działań w zakresie zapobiegania powstawaniu odpadów i kształtowania systemu gospodarki odpadami”, w pkt 5.1.3 przewiduje się **termiczne przekształcanie jako preferowaną metodę zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych dla regionów gospodarki odpadami, ustanowionych w wojewódzkich planach gospodarki odpadami, obejmujących co najmniej 300 tys. mieszkańców.**

W przypadku Miasta Poznania kluczowe znaczenie mają postanowienia Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego na lata 2008 - 2011 z perspektywą na lata 2012 - 2019. W pkt 5.1.2 pt. „Działania wspomagające prawidłowe postępowanie z odpadami w zakresie zbierania, transportu, odzysku i unieszkodliwiania”, w ppkt 4 przewiduje się „wspieranie wdrażania efektywnych ekonomicznie i ekologicznie technologii odzysku i unieszkodliwiania odpadów, w tym technologii pozwalających na odzyskiwanie energii zawartej w odpadach w procesach termicznego i biochemicznego ich przekształcania oraz odzyskiwanie energii elektrycznej i/lub cieplnej w procesie pozyskiwania biogazu z kwater składowania odpadów”, w ppkt 14 proponuje się ograniczenie składowania odpadów ulegających biodegradacji poprzez promowanie kompostowania przydomowego oraz budowę linii technologicznych do przetwarzania tych odpadów, takich jak m.in. zakładów termicznego przekształcania odpadów komunalnych, w ppkt 16 zaś planuje się, iż „gospodarka odpadami w województwie opierać się będzie na wskazanych w WPGO zakładach zagospodarowania odpadów (ZZO). Dla obszarów zamieszkałych przez co najmniej 300 tys. mieszkańców preferowaną metodą zagospodarowania zmieszanych odpadów komunalnych jest ich termiczne unieszkodliwianie. Rozwiązanie to przyjmuje się dla aglomeracji poznańskiej (lokalizacja opcjonalna: rejon Elektrociepłowni Karolin lub teren Centralnej Oczyszczalni Ścieków w Koziegłowicach)”. Wojewódzki Plan Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego nie przewidział natomiast zasad kierowania strumieniem odpadów do tego zakładu po oddaniu go do użytku.

Postanowienia zawarte w Planie Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego dotyczące termicznego przekształcania odpadów zostały „przeniesione” do Planu Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania. W pkt 5.5 pt. „Działania w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych” przewiduje się budowę instalacji unieszkodliwiania odpadów, w tym instalację termicznego unieszkodliwiania odpadów komunalnych. Ponadto instalacja ta została uwzględniona w schemacie zarządzania strumieniem odpadów komunalnych. Z analizy postanowień planu wynika jednak, że zakład ten nie jest traktowany, jako podstawowa instalacja zagospodarowania odpadów, a istotną, jeżeli nie kluczową, rolę w zagospodarowaniu strumienia odpadów komunalnych na terenie miasta Poznania, ma odgrywać składowisko odpadów w Suchym Lesie (dawny Zakład Budżetowy Wysypisko Odpadów Komunalnych Miasta Poznania, obecny ZB Zakład Zagospodarowania Odpadów).

Z analizy treści planów gospodarki odpadami wynika, iż konieczna byłaby zmiana ich treści, w tym zwłaszcza Planu Gospodarki Odpadami dla Województwa Wielkopolskiego oraz Planu Gospodarki Odpadami dla Miasta Poznania, mająca na celu wskazanie wprost instalacji termicznego przekształcania odpadów komunalnych, jako głównej instalacji odzysku i unieszkodliwiania odpadów.

10.5 Struktura rynku odbiorców odpadów komunalnych w Poznaniu

Z Ostatecznego Studium Wykonalności wynika, że na terenie Miasta Poznania działalność w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości prowadzą 64 podmioty. Udzielone tym podmiotom zezwolenia będą wygasły w okresie od 2015 do 2019 roku, z czego w roku 2015 wygasną 42 zezwolenia, w roku 2016 wygaśnie 5 zezwoleń, w roku 2017 wygaśnie 5 zezwoleń, w roku 2018 wygaśnie 6 zezwoleń a w roku 2019 wygaśnie 7 zezwoleń.

Ustawa o odpadach oraz Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku nie przewidują, w naszej ocenie, możliwości zmiany z urzędu dotychczas wydanych zezwoleń na

prowadzenie działalności gospodarczej w zakresie odbierania odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w związku ze zmianą wojewódzkiego planu gospodarki odpadami.

Z tych powodów, w obecnym stanie prawnym, w 2015 roku, tj. w okresie oddania zakładu do termicznego przekształcania odpadów do eksploatacji, na rynku funkcjonować będzie grupa podmiotów, które w zezwoleniach nie miałyby wskazanego obowiązku kierowania strumienia odpadów do tej instalacji. Możliwym rozwiązaniem tego problemu mogą być zmiany legislacyjne, tj.:

- zmiany w Ustawie o odpadach (por. Założenia),
- wejście w życie projektu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie opłat za umieszczenie odpadów na składowisku, zgodnie z którym przewiduje się znaczące podniesienie stawek za składowanie odpadów komunalnych w kolejnych latach, tj. w 2012 roku - 140 zł/Mg odpadów, w 2013 roku - 160 zł/Mg odpadów, w 2014 roku - 180 zł/Mg, w 2015 roku - 200 zł/Mg (obecnie stawka za składowanie Mg zmieszanych odpadów komunalnych wynosi 107,85 zł).

10.6 Zakłady termicznego przekształcania odpadów w hierarchii postępowania z odpadami

W obecnym stanie prawnym hierarchia postępowania z odpadami uregulowana jest w art. 7 ust. 2 - 3 Ustawy o odpadach. Zgodnie z tą regulacją „posiadacz odpadów jest zobowiązany w pierwszej kolejności do poddania ich odzyskowi, a jeżeli z przyczyn technologicznych odzysk jest niemożliwy albo nie jest uzasadniony z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych, to odpady te należy poddać unieszkodliwiać (...). Odpady, których nie udało się poddać odzyskowi, powinny być tak unieszkodliwiane, aby składowane były wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nieuzasadnione z przyczyn ekologicznych”. Powyższe przepisy stanowią implementację Dyrektywy 2006/12 w sprawie odpadów.

W obecnie obowiązującej, nie transponowanej jeszcze do krajowego porządku prawnego Dyrektywie 2008/98 w sprawie odpadów, hierarchia postępowania z odpadami została uregulowana w art. 4 ust. 1. Zgodnie z tym przepisem „[n]astępująca hierarchia postępowania z odpadami ma zastosowanie jako kolejność priorytetów w przepisach prawa i polityce dotyczących zapobiegania powstawaniu odpadów oraz gospodarowania odpadami: a) zapobieganie, b) przygotowanie do ponownego użycia, c) recykling, d) inne metody odzysku, np. odzysk energii, oraz e) unieszkodliwianie”. Dyrektywa 2008/98 w sprawie odpadów przewiduje możliwość odstępstwa od wskazanej powyżej hierarchii, jeżeli dane rozwiązanie miałoby lepszy dla środowiska wynik całkowity (art. 4 ust. 2). W Założeniach wskazano, że hierarchia postępowania według Dyrektywy 2008/98 w sprawie odpadów, oznacza że „w pierwszej kolejności posiadacz odpadów jest obowiązany do poddania odpadów przygotowaniu do ponownego użycia lub recyklingowi, lub innym niż recykling procesom odzysku, a jeżeli z przyczyn technologicznych jest on niemożliwy lub nie jest uzasadniony z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych, to odpady te należy unieszkodliwiać w sposób zgodny z wymaganiami ochrony środowiska oraz planami gospodarki odpadami. Odpady, których nie udało się poddać odzyskowi, powinny być tak unieszkodliwiane, aby składowane były wyłącznie te odpady, których unieszkodliwienie w inny sposób było niemożliwe z przyczyn technologicznych lub nieuzasadnione z przyczyn ekologicznych lub ekonomicznych”.

W związku z powyższym konieczne jest przeprowadzenie analizy, jakie miejsce w hierarchii postępowania z odpadami zajmuje termiczne przekształcanie odpadów.

10.7 Zakład termicznego przekształcania odpadów a kompostownia

Zgodnie z art. 44 ust. 6 i 7 Ustawy o odpadach, termiczne przekształcanie odpadów będzie, co do zasady, stanowiło proces unieszkodliwiania D10 z wyjątkiem termicznego

przekształcania następujących odpadów, określonych w art. 49a ust. 1 i 3 Ustawy o odpadach (co stanowi proces odzysku oznaczony symbolem R1), tj.:

- odpadów opakowaniowych;
- odpadów roślinnych z rolnictwa i leśnictwa;
- odpadów roślinnych z przemysłu przetwórstwa spożywczego (jeżeli odzyskuje się wytwarzaną energię cieplną);
- odpadów włóknistych, roślinnych z procesu produkcji pierwotnej masy celulozowej i z procesu produkcji papieru z masy (jeżeli odpady te są w miejscu produkcji, a wytwarzana jest energia cieplna odzyskiwana),
- odpadów z korka,
- odpadów z drewna (z wyjątkiem drewna zanieczyszczonego impregnatami i powłokami ochronnymi, które mogą zawierać związki chlorowo-organiczne lub metale ciężkie, w skład których wchodzi w szczególności odpady z drewna pochodzącego z budowy, remontów i rozbiórki obiektów budowlanych oraz infrastruktury drogowej)
- ciekłych odpadów palnych w tym olejów odpadowych spełniających określone warunki;
- ciekłych odpadów palnych, które nie powodują w gazach odlotowych powstających bezpośrednio z ich spalania innych emisji niż emisje powstające w wyniku spalania oleju napędowego.

W związku z powyższym należy stwierdzić, że na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, termiczne przekształcanie zmieszanych odpadów komunalnych, innych niż wskazane w art. 49a ust. 1 Ustawy o odpadach (termiczne przekształcanie tych odpadów będzie stanowiło proces odzysku R1), będzie stanowiło proces unieszkodliwiania D10.

Po transpozycji przepisów Dyrektywy 2008/98 w sprawie odpadów, do krajowego porządku prawnego, termiczne przekształcanie odpadów komunalnych będzie klasyfikowane jako odzysk lub unieszkodliwianie w zależności od osiągniętej przez daną instalację efektywności energetycznej. Jako odzysk kwalifikowane będą procesy w instalacjach przeznaczonych wyłącznie do przetwarzania komunalnych odpadów stałych, pod warunkiem, że ich efektywność energetyczna będzie równa lub większa niż 0,60 dla działających instalacji, które otrzymały zezwolenie zgodnie ze stosowanymi przepisami wspólnotowymi obowiązującymi przed dniem 1 stycznia 2003 roku albo 0,65 dla instalacji, które otrzymały zezwolenie po dniu 31 grudnia 2008 roku (Załącznik nr II do Dyrektywy w sprawie odpadów). Instalacje nie spełniające tych kryteriów będą instalacjami do unieszkodliwiania odpadów.

Kompostowanie to potoczna nazwa recyklingu organicznego, który zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 15 stanowi obróbkę tlenową, w tym kompostowanie, lub beztlenową odpadów, które ulegają rozkładowi biologicznemu w kontrolowanych warunkach przy wykorzystaniu mikroorganizmów, w wyniku której powstaje materia organiczna lub metan. Z powyższego przepisu wynika, iż kompostowanie stanowi szczególną formę recyklingu (recykling zaś stanowi szczególną formę odzysku). Potwierdza to również załącznik nr 6 do Ustawy o odpadach, z który kompostowanie określa jako proces odzysku R3 (recykling lub regeneracja substancji organicznych, które nie są stosowane jako rozpuszczalniki, włączając kompostowanie i inne biologiczne przekształcenia).

Mając na uwadze powyższe, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów termiczne przekształcanie zmieszanych odpadów komunalnych innych niż wskazane w art. 49a ust. 1 Ustawy o odpadach będzie stanowiło proces unieszkodliwiania D10. W związku z tym zakład termicznego przekształcania odpadów komunalnych (jako stosujący proces unieszkodliwiania D10) będzie miał niższą pozycję w hierarchii postępowania z odpadami niż kompostownia (stosująca proces odzysku R3). Sytuacja nie zmieni się także po transpozycji Dyrektywy 2008/98 w sprawie odpadów do krajowego porządku prawnego. **W takim przypadku recykling (m.in. kompostowanie) będzie miał pierwszeństwo przed**

odzyskiem (m.in. termiczne przekształcanie odpadów po osiągnięciu określonego pułapu efektywności energetycznej).

10.8 Zakład termicznego przekształcania odpadów a sortownia odpadów

Wyjaśnienia wymaga jeszcze relacji zakładu termicznego przekształcania odpadów do sortowni odpadów w ramach hierarchii postępowania z odpadami.

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 23 Ustawy o odpadach przez zbieranie odpadów rozumie się każde działanie, w szczególności umieszczanie w pojemnikach, segregowanie i magazynowanie odpadów, które ma na celu przygotowanie ich do transportu do miejsc odzysku lub unieszkodliwienia. Z powyższej definicji jednoznacznie wynika, że segregowanie odpadów nie podlega hierarchii postępowania z odpadami albowiem dotyczy etapu przed rozpoczęciem ich przekształcania (zarówno jeśli chodzi o segregację u źródła jak i segregację następczą).

Sytuacja zmieni się po transpozycji Dyrektywy 2008/98 w sprawie odpadów albowiem w hierarchii odpadów uwzględnione będzie także przygotowanie odpadów do ponownego użycia, co obejmuje także sortowanie odpadów. **Zwrócić jednak należy uwagę na fakt, iż sortowanie nie będzie stanowiło szczególnego rodzaju recyklingu lub odzysku, a zatem zmiana ta nie będzie relewantna dla określenia miejsca zakładu termicznego przekształcania odpadów w hierarchii postępowania z odpadami.**

10.9 Opłaty za korzystanie ze środowiska z tytułu składowania odpadów

W obecnym stanie prawnym podmioty korzystające ze środowiska obowiązane są do samodzielnego obliczania i uiszczania opłat za korzystanie ze środowiska. Opłaty ponoszone są m.in. za składowanie odpadów na składowiskach (art. 273 ust. 1 pkt 4 ustawy - Prawo ochrony środowiska), proporcjonalnie do ilości odpadów zdeponowanych na danym składowisku (art. 274 ust. 5 ustawy - Prawo ochrony środowiska) przez prowadzących składowiska odpadów. Kwotę opłaty za korzystanie oblicza się mnożąc ilość odpadów wyrażoną w Mg (tonach) i wartość jednostkowej stawki opłaty za dany rodzaj odpadów. Jednostkowa opłata za składowanie 1 Mg zmieszanych odpadów komunalnych wynosi 107,85 zł (w zakresie planowanego zwiększenia tych opłat por. - pkt 10.5 powyżej). Dotychczas opłaty za korzystanie ze środowiska z tytułu składowania odpadów były, choć nie jedynym, elementem ceny za składowanie odpadów na danym składowisku odpadów. Innymi elementami ceny za składowanie odpadów są także koszty przyszłego zamknięcia składowiska, w tym w szczególności koszty rekultywacji oraz sprawowania nadzoru nad zreultywowanym składowiskiem (monitoring) (art. 54 ust. 7 pkt 3 i 4 Ustawy o odpadach).

11. PLANOWANE ZMIANY W PRAWIE DOTYCZĄCE GOSPODAROWANIA ODPADAMI

11.1 Informacje ogólne

W ostatnim czasie rząd przygotował projekt ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw (druk sejmowy Nr 3670 z 25 listopada 2010 roku) („Projekt”)³⁶. Zwracamy uwagę, iż jest to początek prac legislacyjnych, w trakcie których Projekt może być poddawany zmianom. Dlatego też chcielibyśmy podkreślić, że tezy niniejszego memorandum pozostają aktualne przy

³⁶ W dacie sporządzania opinii, Projekt znajduje się na etapie I czytania i został skierowany w dniu 15 grudnia 2010 roku do Komisji Ochrony Środowiska, Zasobów Naturalnych i Leśnictwa oraz Komisji Samorządu Terytorialnego i Polityki Regionalnej. Dnia 4 stycznia 2011 roku Projekt został skierowany do podkomisji nadzwyczajnej. Jak dotychczas odbyły się trzy merytoryczne posiedzenia podkomisji nadzwyczajnej.

założeniu, że obecne brzmienie Projektu nie zmieni się.

Najistotniejszą zmianą zakładaną w Projekcie jest obligatoryjne przejęcie przez gminy obowiązków właścicieli nieruchomości w zakresie zagospodarowania odpadów komunalnych. System zbiórki odpadów komunalnych ma obejmować „z mocy prawa” mieszkańców nieruchomości położonych w danej gminie (osoby fizyczne), zaś po podjęciu stosownej uchwały przez radę gminy może on objąć także właścicieli nieruchomości, na terenie których prowadzona jest działalność gospodarcza (przedsiębiorców).

11.2 Opłata za gospodarowanie odpadami komunalnymi

Zgodnie z propozycjami zawartymi w Projekcie, gmina będzie pobierała od właścicieli nieruchomości opłatę za gospodarowanie odpadami komunalnymi (art. 6h Projektu). Taka struktura ma zapewniać stałe finansowanie systemu zbierania, transportu, odzysku oraz unieszkodliwiania odpadów. Stawki opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi mają być ustalane przez radę gminy w drodze uchwały i mają podlegać corocznej weryfikacji (art. 6m Projektu). Stawki opłat za gospodarowania odpadami komunalnymi powinny uwzględniać m.in. ilość wytwarzanych na terenie gminy odpadów komunalnych oraz koszty funkcjonowania systemu gospodarowania odpadami komunalnymi, które obejmują koszty odbierania, transportu, zbierania, odzysku i unieszkodliwiania, koszty związane z tworzeniem i utrzymaniem punktów selektywnego zbierania odpadów, a także koszty obsługi administracyjnej z tym związanej. Z opłat za gospodarowanie odpadami komunalnymi mają być pokrywane m.in. należności prowadzących regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych za przetworzenie zmieszanych odpadów komunalnych, pozostałości z sortowania odpadów komunalnych przeznaczonych do składowania oraz odpadów komunalnych ulegających biodegradacji, w tym odpadów zielonych.

11.3 Organizacja systemu gospodarowania odpadami komunalnymi

W wojewódzkich planach gospodarki odpadami poszczególne województwa zostaną podzielone na regiony, w ramach których gminy będą prowadziły gospodarkę odpadami. Zgodnie z art. 6d ust. 1 Projektu wyłonienie przedsiębiorców odbierających odpady komunalne od właścicieli nieruchomości będzie przeprowadzane w drodze przetargu. Po wyborze przedsiębiorcy w przetargu wójt, burmistrz lub prezydent miasta będzie zawierać z wybranym przedsiębiorcą umowę na odbieranie i transport odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości z danego obszaru (art. 6f ust. 1 Projektu). W myśl art. 6f ust. 2 pkt 1- 8 Projektu umowa będzie zawierała m.in. wykaz instalacji, do których przedsiębiorca będzie transportował odebrane odpady komunalne. W Projekcie zrezygnowano z zezwoleń na prowadzenie działalności w zakresie odbioru odpadów, zastępując je obowiązkiem wpisu do rejestru działalności regulowanej (por. art. 9c ust. 1 Projektu).

Zgodnie z art. 3 ust. 2 pkt 2 Projektu, gminy będą zobligowane do zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. W ramach realizacji tego obowiązku gmina będzie zobowiązana do przeprowadzenia przetargu (zgodnie ustawą - Prawo zamówień publicznych) na wybór podmiotu, który wybuduje a następnie będzie eksploatował regionalny zakład przetwarzania odpadów. Innym sposobem na wyłonienie takiego podmiotu będzie wybór na zasadach określonych w ustawie o partnerstwie publiczno-prywatnym (art. 3a ust. 1 Projektu). Zgodnie z art. 3a ust.1 Projektu, gmina będzie również mogła samodzielnie wykonywać powyższy obowiązek po trzykrotnej nieudanej próbie przeprowadzenia przetargu bądź wyboru partnera prywatnego.

Zgodnie z Projektem zasada bliskości pozostanie jedną z fundamentalnych zasad gospodarowania odpadami a jej istota nie ulegnie zmianie. Dotychczas była ona powiązana z administracyjnym podziałem kraju na województwa i właśnie w tym zakresie przewidywana jest jej korekta. W myśl Projektu zasada bliskości ma być powiązana z podziałem województw na regiony, dokonany w ramach wojewódzkich planów gospodarki odpadami, co oznacza, że będzie się ona odnosiła do obszarów mniejszych niż

województwo. Warto także wspomnieć, iż w celu zapewnienia strumienia odpadów do wszystkich instalacji do zagospodarowywania odpadów działających w danym regionie, Projekt przewiduje obowiązek zawarcia przez prowadzącego regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych umowy na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy prowadzą swoją działalność w ramach regionu wyznaczonego w wojewódzkim planie gospodarki odpadami (art. 9n ust. 1 Projektu).

Zgodnie z Projektem planowana jest rezygnacja z powiatowych i gminnych planów gospodarki odpadami. Pozostaną jedynie plan na szczeblu krajowym i wojewódzkim. Zgodnie z zapisami Projektu, wojewódzkie plany gospodarki odpadami będą zawierały m.in. wykaz regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych w poszczególnych regionach gospodarki odpadami komunalnymi.

11.4 Poziomy odzysku i recyklingu

Zgodnie z proponowanymi przepisami Projektu gminy będą zobowiązane zapewnić do dnia 31 grudnia 2019 roku odpowiednie poziomy odzysku i recyklingu, tj. 50% odebranych z terenu gminy odpadów komunalnych ma być zagospodarowywane przez przygotowanie do ponownego użycia i recyklingu, przy czym ma to dotyczyć co najmniej następujących frakcji odpadów: papieru, metalu, tworzywa sztucznego i szkła. Ponadto gminy będą zobowiązane ograniczyć masę odpadów komunalnych ulegających biodegradacji kierowanych do składowania w stosunku do masy tych odpadów wytworzonych w 1995 roku: (a) do dnia 31 lipca 2013 roku - do nie więcej niż 50% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji kierowanych do składowania oraz (b) do dnia 31 lipca 2020 roku - do nie więcej niż 35% wagowo całkowitej masy odpadów komunalnych ulegających biodegradacji kierowanych do składowania.

11.5 Sankcje za naruszenie zasady bliskości w gospodarowaniu odpadami

Z proponowanych przepisów Projektu wynika obowiązek kierowania odpadów komunalnych w instalacjach działających w danym regionie i zakaz odbierania odpadów komunalnych spoza danego regionu odpadów (zmodyfikowana zasada bliskości - por. pkt 1.3.3 akapit trzeci). Za naruszenie ww. norm Projekt przewiduje obowiązek uiszczenia administracyjnych kar pieniężnych.

Zgodnie z art. 9e ust. 1 pkt 3 Projektu przedsiębiorca odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, który transportuje odpady komunalne do instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych niewskazanej w wojewódzkim planie gospodarki odpadami będzie podlegał karze pieniężnej od 500 zł do 2.000 zł za pierwszy ujawniony przypadek.

Podmiot prowadzący instalację, wpisaną do wojewódzkiego planu gospodarki odpadami, który będzie odbierał odpady komunalne, zmieszane odpady komunalne lub odpady zielone dostarczone mu przez podmiot prowadzący działalność w zakresie odbioru odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości spoza regionu wyznaczonego w wojewódzkim planie gospodarki odpadami, będzie podlegał karze pieniężnej w wysokości 500 zł za każdą tonę odebranych odpadów.

11.6 Sposób rozliczania usług w ramach systemu gospodarowania odpadami komunalnymi.

Zgodnie z art. 9n ust. 1 Projektu prowadzący regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych będzie obowiązany zawrzeć umowę na zagospodarowanie zmieszanych odpadów komunalnych lub odpadów zielonych ze wszystkimi podmiotami odbierającymi odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, którzy prowadzą swoją działalność w ramach wyznaczonego regionu. Powyższe przepisy nie precyzują, w jaki sposób ma się odbywać przepływ środków pomiędzy uczestnikami systemu gospodarowania odpadami komunalnymi. Dlatego też na obecnym etapie trudno

precyzyjnie wskazać sposób rozliczeń usług w ramach systemu gospodarowania odpadami komunalnymi.

11.7 Wpływ nieuwzględnienia zakładu termicznego przekształcania odpadów w wojewódzkim planie gospodarki odpadami na możliwość odmowy wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia

W ramach niniejszego memorandum rozważenia wymaga zagadnienie, czy brak zawarcia instalacji w wojewódzkim planie gospodarki odpadami będzie skutkowało odmową wydania decyzji o środowiskowych uwarunkowaniach zgody na realizację przedsięwzięcia.

Zgodnie z art. 80 ust. 1 ustawy z dnia 3 października 2008 roku o udostępnianiu informacji o środowisku i jego ochronie, udziale społeczeństwa w ochronie środowiska oraz o ocenach oddziaływania na środowisko („**Ustawa EIA**”) organ ochrony środowiska wydając decyzję o środowiskowych uwarunkowaniach bierze pod uwagę wyniki uzgodnień i opinii przeprowadzonych w toku postępowania, ustalenia zawarte w raporcie oddziaływania na środowisko, wyniki postępowania z udziałem społeczeństwa oraz wyniki postępowania w sprawie transgranicznego oddziaływania na środowisko, jeżeli zostało przeprowadzone. Decyzja o środowiskowych uwarunkowaniach wydawana jest ponadto, po stwierdzeniu zgodności lokalizacji przedsięwzięcia z ustaleniami miejscowego planu zagospodarowania przestrzennego, jeżeli ten plan został uchwalony (art. 80 ust. 2 Ustawy EIA).

Ustawa EIA nie zawiera przepisów nakazujących organowi ochrony środowiska badanie zgodności lokalizacji instalacji do termicznego przekształcania odpadów z wojewódzkim planem gospodarki odpadami.

Nie mniej jednak zgodnie z art. 29 ust. 1 pkt 4 Ustawy o odpadach „*właściwy organ odmówi wydania zezwolenia na odzysk lub unieszkodliwianie odpadów (...) jeżeli zamierzony sposób gospodarki odpadami jest niezgodny z planem gospodarki odpadami*”. W naszej opinii należy powyższa przesłanka jest spełniona w przypadku gdy instalacja termicznego przekształcania odpadów nie została ujęta w wojewódzkim planie gospodarki odpadami.

11.8 Podsumowanie i wnioski

Nowelizacja w proponowanym kształcie diametralnie zmieniałaby zasady kierowania strumieniem odpadów. Wyłącznym jego dysponentem stałaby się gmina, która otrzymałaby instrumenty do swobodnego, w ramach danego regionu gospodarki odpadami, kierowania strumieniem odpadów.

Mając na uwadze powyższą analizę, Miasto Poznań na gruncie obecnie obowiązujących przepisów posiada formalne, ograniczone narzędzia do kierowania strumieniem odpadów poprzez wydawanie zezwoleń. Niemniej jednak, w odniesieniu do zezwoleń istniejących (wydawanych na okres do 10 lat) brak jest podstaw prawnych do ich cofnięcia lub zmiany z urzędu takich i uwzględnienia w nich obowiązku kierowania strumienia odpadów do instalacji termicznego przekształcania.

W roku 2015, tj. w czasie oddania zakładu do termicznego przekształcania odpadów do eksploatacji, na rynku funkcjonować będzie grupa podmiotów, które w zezwoleniach nie miałyby wskazanego obowiązku kierowania strumienia odpadów do tej instalacji. Możliwym rozwiązaniem tego problemu mogą być zmiany legislacyjne, tj.:

- zmiany w Ustawie o odpadach (por. Założenia),
- wejście w życie projektu rozporządzenia Rady Ministrów w sprawie opłat za umieszczenie odpadów na składowisku, zgodnie z którym przewiduje się znaczące podniesienie stawek za składowanie odpadów komunalnych w kolejnych latach, tj. w 2012 roku - 140 zł/Mg odpadów, w 2013 roku - 160 zł/Mg odpadów, w 2014 roku - 180 zł/Mg, w 2015 roku - 200 zł/Mg (obecnie stawka za składowanie Mg zmieszanych odpadów komunalnych wynosi 107,85 zł).

Zakładając, że Projekt zostanie przyjęty przez Sejm RP w postaci zasadniczo zgodnej z wyjściową treścią tego dokumentu, sytuacja w zakresie kierowania strumieniem odpadów komunalnych radykalnie się zmieni. Gmina stając się wyłącznym dysponentem odpadów komunalnych wytworzonych na danym obszarze będzie miała szerokie możliwości, ograniczone jedynie zasadą bliskości, wojewódzkim planem gospodarowania odpadami i zasadami konkurencji.