

Zofia Snażyk*, Mirosław Gwiazdowicz**

Opinia prawna i merytoryczna na temat poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach¹

Legal and factual opinion on a Deputies' bill amending the Act on Maintaining Cleanliness and Order in Municipalities (Sejm Paper No. 343): The proposed bill strengthens the role of municipalities in deciding on waste management decision-making within their area. In the authors view, the bill does not violate the constitutional principles of the social market economy or free enterprise. The adoption of the proposed provisions may have considerable impact on the municipal waste collection market, therefore it is worth considering establishing of a longer period of "absence of laws" (*vacatio legis*) or adoption of the transitional provisions. It was pointed out that the concept of a predominant part of the activity in the field of public services for the local government units used in the bill is broader in scope than the requirement of more than 80% of activities set out in Directive 2014/24. This may lead to awarding a public contract without a competitive procedure to companies that do not meet the requirements of the Directive.

Keywords: municipality | waste | bill

Słowa kluczowe: gmina | odpady | projekt ustawy

* Doktor nauk prawnych, adiunkt w Kolegium Prawa Akademii Leona Koźmińskiego, ekspert ds. legislacji BAS; zofia.snazyk@sejm.gov.pl.

** Specjalista ds. systemu gospodarczego BAS; miroslaw.gwiazdowicz@sejm.gov.pl.

Przedmiot projektu

Przedmiotem opinii jest poselski projekt ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (druk sejmowy nr 343/VIII kad.; dalej: projekt). Projekt przewiduje dokonanie zmian w ustawie z 13 września 1996 r.

¹ Opinia sporządzona 20 kwietnia 2016 r. na zlecenie przewodniczącej podkomisji nadzwyczajnej do rozpatrzenia poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (druk sejmowy nr 343/VIII kad.); BAS-WAL-696/16.

o utrzymaniu czystości i porządku w gminach (Dz.U. 2016, poz. 250; dalej: u.c.p.g.). Proponowane przepisy przewidują wprowadzenie regulacji, zgodnie z którą gminy, realizując zadania polegające na zapewnieniu budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych (dalej: instalacje), byłyby obowiązane do udzielenia zamówienia na budowę, utrzymanie i eksploatację instalacji spółce o wyłącznie gminnym kapitale zakładowym, prowadzącej przeważającą część działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego (proponowany art. 3a ust. 1). Gdyby takiej spółki w gminie nie było, gmina byłaby zobowiązana do wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował instalacje w trybie przewidzianym w ustawie z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2015, poz. 2164), ustawie z 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. 2015, poz. 696, ze zm.) lub ustawie z 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. 2015, poz. 113; art. 3a ust. 2). W razie braku dokonania wyboru w którymś ze wskazanych trybów gmina mogłaby samodzielnie realizować zadania polegające na budowie, utrzymaniu lub eksploatacji instalacji (art. 3a ust. 3).

Ponadto projekt przewiduje, że gmina będzie mogła udzielić zamówienia na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości w sposób bezpośredni spółce o wyłącznie gminnym kapitale, prowadzącej przeważającą część działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego (proponowany art. 6d ust. 1). Dotyczyłoby to również zamówień na usługi związane z zapobieganiem zanieczyszczeniu ulic, placów i terenów otwartych oraz utrzymaniem czystości i porządku na przystankach komunikacyjnych, których właścicielem lub zarządzającym jest gmina, oraz które są położone na jej obszarze przy drogach publicznych (art. 6d ust. 2, skreślenie art. 6e). Organizacja przetargu na te usługi (oraz na odbieranie i zagospodarowanie odpadów) byłaby obowiązkowa, gdyby na terenie gminy nie funkcjonowała spółka, o której mowa w projekcie, lub gdyby gmina nie udzieliła jej zamówienia (art. 6d ust. 3). W przypadku organizowania przetargu projekt przewiduje modyfikację, w stosunku do stanu obecnego, listy zagadnień określanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Przy czym nadal byłoby to wyliczenie przykładowe (proponowany art. 6d ust. 5).

Projekt przewiduje również skreślenie przepisu art. 6e nowelizowanej ustawy. Zgodnie z tym przepisem spółki z udziałem gminy mogą odbierać odpady od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, w przypadku gdy zostały wybrane w drodze przetargu. Ustawa ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

Ocena merytoryczna projektu

1. Proponowane rozwiązania zmierzające do przyznania gminom swobody w zlecaniu własnym jednostkom zadań z zakresu odbioru odpadów (czyli bez konieczności organizowania przetargu) są kolejną próbą wprowadzenia zmian w modelu gospodarki odpadami komunalnymi. Zmiany te polegają na wzmocnieniu roli gmin w decydowaniu o gospodarce odpadami komunalnymi, powstającymi na ich terenie. Na temat kształtu tego modelu od lat toczy się w Polsce spór. Pomimo wielu wcześniejszych prób, pierwszej poważnej zmiany dokonano dopiero w 2011 r. Uchwalona wówczas ustawa gruntownie znowelizowała przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Wprowadzona reforma zaczęła obowiązywać od 1 lipca 2013 r. Gminom przyznano nowe zadania oraz znacznie większą kontrolę nad gospodarką odpadami. Nowelizacja była odpowiedzią na obserwowaną od lat nieskuteczność poprzedniego systemu, który w znacznym stopniu opierał się na mechanizmach wolnego rynku (o sposobach postępowania z odpadami decydowali głównie właściciele nieruchomości oraz przedsiębiorstwa wywozowe). Możliwości wpływania na kształt tego systemu przez władze lokalne były ograniczone i w praktyce mało skuteczne.

Rezygnacja z przetargów była jedną z propozycji ówczesnej reformy, jednak nie spotkała się z akceptacją. Wynikało to z obaw o naruszenie prawa unijnego, ale również z faktu, że pozostawienie w ustawie obowiązku stosowania przetargu było wynikiem kompromisu między środowiskiem samorządowym a środowiskiem przedsiębiorców prywatnych działających na rynku odpadów. Dziś obawy o możliwość naruszenia prawa unijnego wydają się mniej uzasadnione, zwłaszcza w świetle nowej dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, która dopuszcza bezprzetargowe powierzenie zadań publicznych podmiotom kontrolowanym przez podmiot publiczny (tzw. zamówienia *in-house*). Wprawdzie niektóre z proponowanych przepisów budzą zastrzeżenia pod kątem zgodności z prawem Unii Europejskiej², istnieje jednak możliwość ich uniknięcia przez odpowiednią zmianę brzmienia kwestionowanych przepisów. Istotne wątpliwości, jakie towarzyszą ocenie przedłożonego projektu nowelizacji, związane są więc z propozycją zniesienia obowiązku przetargów, gdyż zakłada ona odstępianie od wspomnianego kompromisu. Warto jednak zauważyć, że w większości państw europejskich nie ma obowiązku stosowania trybu przetargowego. Historycznie utrwalony brak przetargów jest jednak czymś innym, niż nagle zniesienie obowiązku przetargów, które może skutkować wyłączeniem z rynku firm działających na nim od wielu lat.

² Zob. załączona do druku sejmowego nr 343 /VIII kad. opinia B. Pawłowskiego, *Opinia prawna w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach*, BAS-WA-PEiM-83/16.

2. Rezygnacja z przetargu na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości albo na odbieranie i zagospodarowanie tych odpadów nie musi oznaczać wykluczenia podmiotów prywatnych z dostępu do tych usług i prowadzić do całkowitego przejęcia rynku odpadów przez podmioty utworzone przez gminy. Decyzja w tej sprawie należeć będzie do gmin, które mogą, ale nie muszą, zrezygnować z przetargów (np. jeśli stwierdzą, że dotychczasowy system przetargowy sprawdził się i przynosi dobre efekty). Również w odniesieniu do wyboru podmiotu, który ma budować, utrzymywać lub eksploatować regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, chociaż literalnie (zgodnie z proponowanym brzmieniem art. 3a) gminy mają być obowiązane do udzielenia zamówienia spółce gminnej, to jednocześnie projekt przewiduje, że w przypadku gdy w gminie nie będzie takiej spółki, konieczne ma być przeprowadzenie przetargu. Oznacza to także pozostawienie możliwości dalszego działania w tym zakresie podmiotom prywatnym.

Warto zauważyć, że charakter obu rodzajów zadań objętych dotychczas obowiązkiem przetargu (tzn. z jednej strony odbieranie odpadów i/lub ich zagospodarowanie, z drugiej wybór podmiotu odpowiedzialnego za budowę lub eksploatację regionalnej instalacji) jest bardzo różny, w związku z czym zniesienie obowiązku stosowania przetargów będzie miało różny wpływ na firmy sektora gospodarki odpadami, zależnie od ich dotychczasowego zaangażowania w oba rodzaje zadań. Można jednak sądzić, że skala potencjalnych skutków dla tych firm oraz rynku gospodarki odpadami będzie znaczna, dlatego wydaje się, że tego rodzaju zmianom w prawie powinna towarzyszyć wszechstronna analiza możliwych konsekwencji ekonomicznych i społecznych.

3. Nieco światła na funkcjonowanie tego rynku rzuca raport, jaki dla miesięcznika „Przegląd Komunalny” przygotowała w 2015 r. firma HSM Polska³. Raport obejmuje pierwsze dwa lata wdrażania reformy gospodarki odpadami i zawiera statystyki dotyczące realizowanych w tym czasie przetargów. Wynika z niego, że na łączną liczbę 2478 gmin w Polsce utworzonych zostało 2660 sektorów (zgodnie z ustawą, jeśli gmina liczy ponad 10 tys. mieszkańców jej władze mogą podjąć uchwałę o podziale obszaru gminy na sektory, wówczas przetarg jest organizowany dla każdego z sektorów). Oznacza to, że część gmin (76 gmin) organizowała więcej niż jeden przetarg na odbiór odpadów. W największych miastach liczba sektorów wynosi od kilku do kilkunastu (np. w Warszawie utworzono 18 sektorów pokrywających się z granicami dzielnic, dla każdej zorganizowany był odrębny przetarg). Kontrakty z gminami podpisało łącznie prawie 700 firm (co oznacza, że część firm obsługuje więcej niż jeden sektor). Zdecydowana większość przetargów (78%) miała charakter przetargów łączonych (na odbiór oraz na zagospodarowanie odpadów). Wśród firm występują zarówno duże grupy kapitałowe, jak i małe podmioty prywat-

³ M. Karpiński, *Gospodarka odpadami coraz droższa*, „Przegląd Komunalny” 2015, nr 9.

ne oraz spółki komunalne. Ponad 550 firm działa jedynie na lokalnym rynku odpadów komunalnych. Połowa z nich to firmy, które obsługują tylko jedną gminę. Grupy kapitałowe realizują kontrakty na terenie ok. 600 gmin (głównie w dużych miastach), ich łączny udział w rynku wynosi ok. 32%. Można więc stwierdzić, że przytoczony przez projektodawców w uzasadnieniu argument, iż obecne przepisy otwierają „szeroko rynek wielkim korporacjom zewnętrznym” znajduje potwierdzenie w sytuacji występującej na 1/3 rynku odpadów komunalnych. Na pozostałej jego części działają nieduże krajowe firmy o zasięgu lokalnym lub regionalnym. Jeśli gminy skorzystają z proponowanej im obecnie możliwości zrezygnowania z przetargów, dla znacznej części firm działających obecnie na rynku odbioru odpadów zapewne oznaczać to będzie utratę poważnego źródła dochodu i szans na rozwój.

Ocena prawna projektu

1. Proponowane zmiany należy oceniać w porównaniu z obowiązującymi przepisami. W pierwszej kolejności należy zatem wskazać wątpliwości, które występują w obowiązującym stanie prawnym.

Na gruncie obowiązującego art. 3a u.c.p.g. pojawiła się wątpliwość dotycząca relacji między poszczególnymi wariantami wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację. Zdaniem W. Radeckiego: *intencja ustawodawcy jest taka, że gmina musi spróbować wykorzystać wszystkie trzy warianty, obojętnie w jakiej kolejności. Dopiero gdy wszystkie one zawiodą, wchodzi w rachubę wariant czwarty, wskazany w art. 3a ust. 2 – gmina może samodzielnie realizować zadanie polegające na budowie, utrzymaniu lub eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, praktycznie w formie prawnej samorządowego zakładu budżetowego lub spółki prawa handlowego*⁴. Autor ten, w innym miejscu jednak stwierdza, iż intencją ustawodawcy jest raczej przyjęcie, że: *dopiero jeżeli nie udało się wybrać partnera ani w trybie ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, ani w trybie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym, należy sięgnąć do zwykłej procedury przewidzianej w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (...) i dopiero jeżeli i ta trzecia próba nie da rezultatu, gmina może samodzielnie realizować zadania z art. 3a u.c.p.g.*⁵. Wydaje się, że proponowane brzmienie art. 3a jest bardziej jednoznaczne. Gmina ma obowiązek udzielenia zamówienia na budowę, utrzymanie i eksploatację regionalnej instalacji spółce o kapitale zakładowym wyłącznie gminnym; prowadzącej przeważającą

⁴ W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 3a ustawy o u.c.p.g., pkt 12.

⁵ *Ibidem*, pkt 15.

część działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz tej jednostki samorządu terytorialnego. Pierwszy warunek został tak sformułowany, że wydaje się, iż spełniałaby go także spółka utworzona przez kilka gmin, czyli o kapitale zakładowym wyłącznie gminnym, ale nie wyłącznie danej gminy (należałoby jednak ocenić czy taka interpretacja jest zgodna z przepisami unijnymi)⁶. Z kolei drugi warunek powinien zostać zmodyfikowany ze względu na jego niezgodność z prawem unijnym. Pozostałe możliwości, które będą mogły być wykorzystane w przypadku, gdy w gminie nie istnieje i nie zostanie utworzona opisana wyżej spółka, mają charakter alternatywny, na co wskazuje dwukrotne użycie w tym przepisie słowa „lub”.

Warto w tym miejscu dodać, że decyzja o tym, czy utworzyć spółkę komunalną do realizacji wskazanego celu, należy do gminy. Wątpliwości może budzić natomiast sytuacja, w której w danej gminie istnieje już spółka spełniająca powyższe kryteria, ale gmina podejmie decyzję o jej likwidacji. Swoboda decyzyjna gminy w tym zakresie wynika z przepisów ustawy z 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej (Dz.U. 2011, nr 45, poz. 236, ze zm.; dalej: u.g.k.), w szczególności z art. 2 oraz z art. 4 ust. 1 pkt 1, jak również z art. 9 i art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. h ustawy z 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz.U. 2016, poz. 446; dalej: u.s.g.m.). Nie wydaje się zatem, że proponowany przepis należy interpretować jako obowiązek gminy do podtrzymywania istnienia utworzonej wcześniej spółki komunalnej. Gmina mogłaby zatem podjąć decyzję o nietworzeniu lub o likwidacji istniejącej spółki komunalnej, co otwierałoby możliwość powierzenia budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji podmiotowi prywatnemu, w jednym ze wskazanych w przepisie trybów.

W obowiązującym stanie prawnym nie została w sposób jednoznaczny uregulowana kwestia realnej możliwości sterowania przez gminy strumieniem odpadów odebranych od właścicieli nieruchomości. Zwraca na to uwagę A.K. Modrzejewski⁷. Brakuje bowiem przepisów dotyczących trybu wyboru regionalnej instalacji, do której będą trafiały odpady⁸. Jeżeli gmina przeprowadzi przetarg na odbiór i zagospodarowanie odpadów, to przedsiębiorca wy-

⁶ Zgodnie z art. 12 dyrektywy 2014/24.

⁷ A.K. Modrzejewski, *Wybór regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, prowadzonej przez podmiot wewnętrzny*, „Finanse Komunalne” 2012, nr 7–8, s. 87–97.

⁸ Zgodnie z art. 6d ust. 4 pkt 5 u.c.p.g. wójt, burmistrz lub prezydent miasta określa w specyfikacji istotnych warunków zamówienia m.in. instalacje, w szczególności regionalne instalacje do przetwarzania odpadów komunalnych, do których podmiot odbierający odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, jest obowiązany przekazać odebrane odpady – w przypadku przetargu na odbieranie odpadów od właścicieli nieruchomości – lub zobowiązuje do wskazania takich instalacji w ofercie – w przypadku przetargu na odbieranie i zagospodarowywanie tych odpadów; w przypadku niewielkich ilości odebranych odpadów selektywnie zbiera-

bierze i wskaże w ofercie instalacje, do których będzie przekazywał odpady selektywnie zebrane. Wybór jego oferty, będzie stanowił równocześnie wybór instalacji. *Tego rodzaju rozwiązanie prawne zdecydowanie sprzyja rozwojowi wolnego rynku w obszarze zagospodarowania odpadów. Przedsiębiorca korzystał bowiem będzie z usług tej instalacji, która zaproponuje korzystniejsze warunki. Mimo to stoi to w sprzeczności z ideą funkcjonowania całego systemu, w którym gmina miała mieć władztwo nad odpadami i zapewnić „wkład” do prowadzonych przez siebie regionalnych instalacji*⁹. Ponadto instalacja, która zaproponuje przedsiębiorcy korzystniejsze warunki, niekoniecznie musi być tą instalacją, która najlepiej w danym regionie realizuje cele stawiane przez ustawodawcę. Z kolei brak przepisów określających jednoznaczne kryteria i przesłanki wyboru instalacji może zniechęcać gminy do przeprowadzania przetargów tylko na odbiór odpadów komunalnych (bez zagospodarowania). Projektowane przepisy, przenosząc na gminy pierwszeństwo w realizacji zadania polegającego na odbiorze odpadów komunalnych również nie rozwiązują tej kwestii.

Dyskusje w doktrynie wywoływał także obowiązujący art. 6d, w związku z art. 6e u.c.p.g. Przy czym pojawiły się one już w toku prac nad projektem ustawy zmieniającej z 1 lipca 2011 r.¹⁰. Projektowi zarzucono niespójność polegającą na tym, że z jednej strony nakazuje się gminom organizować przetargi z zastrzeżeniem, że „spółki gminne” (nazewnictwo przyjęte w projekcie) są traktowane tak jak inni przedsiębiorcy, z drugiej zaś pozostawia się możliwość odbierania odpadów komunalnych przez jednostki organizacyjne gminy bez wskazania, że te jednostki mają przekształcić się w spółki. Musiało zrodzić się pytanie o podstawę prawną, skoro oczywiste jest, że gminna jednostka organizacyjna nie może stanąć do przetargu organizowanego przez gminę. Wyrażono przypuszczenie, że może to sugerować, że autorzy projektu pragną pozostawić gminom możliwość bezprzetargowego zarządzania odpadami komunalnymi na swoim terenie za pośrednictwem własnych jednostek organizacyjnych¹¹. Już po przyjęciu ustawy zmieniającej część doktryny opowiedziała się za poglądem, zgodnie z którym gmina ma prawo sama zorganizować odbiór odpadów przez utworzenie stosownej jednostki organizacyjnej (z zastrzeżeniem, że nie chodzi tu o spółki z udziałem gminy)¹². Odmienne stanowisko zajęło Mini-

nich niepodlegających przekazaniu do regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych możliwe jest wskazanie podmiotu zbierającego te odpady.

⁹ A.K. Modrzejewski, *Wybór, op. cit.*, s. 90.

¹⁰ Ustawa o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw, Dz.U. 2011, nr 152, poz. 897.

¹¹ M. Kubicz, *Nowelizacja ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Rewolucja tak – byle z głową*, „Przegląd Komunalny” 2011, nr 2, s. 79.

¹² Poglądy doktryny przedstawia W. Radecki w komentarzu do ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach w pracy *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 6d, pkt 1.

sterstwo Środowiska oraz część doktryny, utrzymując, że przetarg jest jedyną dopuszczalną formą wyboru podmiotu, który będzie odbierał (lub odbierał i zagospodarowywał) odpady komunalne, z jednym tylko wyjątkiem wynikającym z art. 6f ust. 2 u.c.p.g.¹³. Pomimo takich rozbieżności, Trybunał Konstytucyjny w wyroku z 28 listopada 2013 r. (sygn. akt K 17/12)¹⁴ orzekł, że art. 6d ust. 1 i art. 6e u.c.p.g. są zgodne z zasadą poprawnej legislacji. Zdaniem Trybunału: *zakwestionowane przepisy zostały sformułowane w sposób, który pozwala na odtworzenie norm prawnych wyznaczających gminom obowiązków zorganizowania przetargu na odbiór odpadów komunalnych. W świetle art. 6d ust. 1 i art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości nie jest możliwe powierzenie odbioru odpadów komunalnych jednostkom organizacyjnym gminy poza procedurą zamówienia publicznego. Działanie na tym polu wymaga przekształcenia samorządowego zakładu budżetowego, który zgodnie z zakwestionowanym art. 6e ustawy o utrzymaniu czystości może odbierać odpady komunalne od właścicieli nieruchomości, na zlecenie gminy, o ile został wybrany w drodze przetargu, o którym mowa w art. 6d ust. 1 ustawy o utrzymaniu czystości*. Sam Trybunał przypomniał jednak w tym wyroku, że poza jego kognicją leży eliminacja horyzontalnych wątpliwości lub niespójności w systemie prawa oraz powszechnie obowiązująca wykładnia przepisów prawa. Odmienne wykładnie obowiązujących przepisów pojawia się w orzecznictwie sądów administracyjnych, np. w wyroku Naczelnego Sądu Administracyjnego z 24 września 2014 r. (sygn. akt II OSK 1314/14) lub w wyroku z 9 lipca 2015 r. (sygn. akt II OSK 2974/13)¹⁵.

Dyskusje toczą się także wokół wykładni art. 6e w związku z art. 6d u.c.p.g. w zakresie samych przetargów. Problem dotyczy wyodrębnienia przez ustawodawcę przetargów na odbiór odpadów oraz przetargów na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Zdaniem W. Radeckiego rysują się trzy warianty powierzenia zadania: 1) *sam odbiór odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości objętych systemem gminnym*, 2) *odbiór i zagospodarowanie tych odpadów*, 3) *samo zagospodarowanie tych odpadów*. W zależności od przyjętego wariantu zmienia się dopuszczalność powierzenia tego zadania zakładowi komunalnemu¹⁶. Projektowane przepisy, w szczególności art. 6d, również wyodrębniają: 1) zamówienie na odbieranie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości

¹³ M. Duczmał, *Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach. Najczęściej zadawane pytania*, „Prawo i Środowisko” 2011, nr 3, s. 60–61; także: Ł. Kuligowski, *Nie da się uciec od przetargu*, „Rzeczpospolita” z 22 sierpnia 2013 r.; J. Sadowy, *Interes publiczny a obowiązek przetargowy udzielenia zamówienia na odbiór odpadów komunalnych*, „Finanse Komunalne” 2014, nr 6, s. 45–58.

¹⁴ OTK-A ZU 2013, nr 8, poz. 125.

¹⁵ Orzeczenia sądów administracyjnych znajdują się w Centralnej Bazie Orzeczeń Sądów Administracyjnych.

¹⁶ W. Radecki, *Utrzymanie czystości i porządku w gminach. Komentarz*, Warszawa 2016, komentarz do art. 6e, pkt 3.

ści, 2) zamówienie na zapobieganie zanieczyszczaniu ulic, placów i terenów otwartych oraz na utrzymanie czystości i porządku na przystankach komunikacyjnych, których właścicielem lub zarządzającym jest gmina, oraz które są położone na jej obszarze przy drogach publicznych bez względu na kategorię tych dróg (przy czym te dwa zadania mają być objęte jednym zamówieniem zgodnie z literalnym brzmieniem proponowanego art. 6d ust. 2), 3) zamówienie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Zgodnie z proponowanym brzmieniem tego przepisu gmina mogłaby udzielić spółce komunalnej tzw. zamówienia z wolnej ręki na odbieranie odpadów komunalnych, ale już nie na odbieranie i zagospodarowanie odpadów. Oznacza to, że zagospodarowanie odpadów komunalnych będzie mogło być realizowane albo w formie zakładu komunalnego albo przez podmiot prywatny (lub ewentualnie spółkę komunalną, jeśli przystąpi do przetargu) wybrany w drodze przetargu. Proponowane przepisy nie przewidują bowiem powierzenia tego zadania spółce komunalnej w formie bezprzetargowej. Takie rozwiązanie jest dopuszczalne, aczkolwiek jego przyjęcie nie zostało w żaden sposób uzasadnione, co może prowadzić do wniosku, że nie jest ono zamierzone przez projektodawcę.

2. Podstawowym założeniem opiniowanego projektu wydaje się być wprowadzenie w ustawie o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, w zakresie wyboru form realizacji przez gminę zadań związanych z utrzymaniem czystości i porządku, zasad wynikających z ustawy o gospodarce komunalnej. Zgodnie z art. 3 u.c.p.g. utrzymanie czystości i porządku w gminach należy do obowiązkowych zadań własnych gminy. Natomiast, zgodnie z art. 9 ust. 1 u.s.gm., w celu wykonywania zadań gmina może tworzyć jednostki organizacyjne, a także zawierać umowy z innymi podmiotami, w tym z organizacjami pozarządowymi. Formy prowadzenia gospodarki komunalnej, w tym wykonywania przez gminę zadań o charakterze użyteczności publicznej określa odrębna ustawa (art. 9 ust. 3 u.s.gm.). Zgodnie z art. 4 ust. 1 pkt 1 u.g.k., jeżeli przepisy szczególne nie stanowią inaczej, organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego postanawiają o wyborze sposobu prowadzenia i formach gospodarki komunalnej. Zadaniami użyteczności publicznej, w rozumieniu ustawy, są zadania własne gminy, określone w art. 7 ust. 1 u.s.gm., których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 9 ust. 4 u.s.gm.). Do tych zadań użyteczności publicznej należy świadczenie usług w zakresie unieszkodliwiania odpadów komunalnych. *W ujęciu ekonomicznym gospodarka komunalna jest kojarzona ze ściśle określonymi rodzajami działalności gospodarczej, które w swoim założeniu mają zaspokajać konkretne potrzeby ludzkie o charakterze użyteczności publicznej, wynikające z faktu bytowania przez tę ludność na określonym wspólnym im terenie (na obszarze lokalnym)*¹⁷.

¹⁷ C. Banasiński, M. Kulesza, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 15–16.

W ujęciu normatywnym gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2 u.g.k.).

Z prawnego punktu widzenia istotną kwestią jest nie tylko charakter działalności określanej mianem gospodarki komunalnej (a więc to, czy jest to działalność gospodarcza, czy też niegospodarcza) oraz przedmiot (cel) tej działalności (tj. zaspokajanie określonych, mających charakter użyteczności publicznej, potrzeb ludności), ale również podmiot tej działalności, a więc fakt, kto ją w sensie prawnym prowadzi. Bardzo ważne jest bowiem, do kogo powinno się odnosić prawa i obowiązki związane z omawianą działalnością, oraz kto za wykonywanie tego rodzaju działalności powinien ponosić prawną odpowiedzialność. *Pojęcie gospodarki komunalnej należałoby rozpatrywać w trzech zasadniczych aspektach, a mianowicie w aspekcie podmiotowym, przedmiotowym oraz związanym z charakterem wchodzącej w grę działalności. W aspekcie podmiotowym gospodarka komunalna obejmuje działalność gmin, powiatów, województw, związków jednostek samorządu terytorialnego, tworzonych przez te podmioty jednostek organizacyjnych oraz osób fizycznych i prawnych, a także jednostek organizacyjnych niemających osobowości prawnej, którym zostało powierzone w drodze umowy wykonywanie zadań z zakresu gospodarki komunalnej. W aspekcie przedmiotowym gospodarka komunalna obejmuje działalność w zakresie zadań własnych, a więc działalność mającą na celu zaspokajanie zbiorowych potrzeb wspólnoty samorządowej. Z kolei jeśli chodzi o aspekt związany z charakterem wchodzącej tutaj w grę działalności, to działalność określaną mianem gospodarki komunalnej może mieć zarówno charakter działalności gospodarczej, jak też charakter działalności niegospodarczej, administracyjnej*¹⁸.

Obowiązujące przepisy ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach ustanawiające obowiązek przetargowy w zakresie budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych oraz odbioru i zagospodarowania odpadów komunalnych są traktowane jako *lex specialis* w stosunku do zasad wynikających z ustawy o gospodarce komunalnej. Projektowane zmiany w znacznym stopniu zbliżają regulacje w zakresie utrzymania czystości i porządku w gminach do zasad obowiązujących w ustawie o gospodarce komunalnej. Warto jeszcze raz podkreślić, że zadania z zakresu gospodarki komunalnej, a więc w istocie zadania własne jednostek samorządowych, są zadaniami publicznymi, a więc nakładającymi na podmioty nimi obciążone obowiązek podejmowania działań na rzecz dobra ogółu i w interesie publicznym¹⁹.

¹⁸ M. Szydło, *Ustawa o gospodarce komunalnej. Komentarz*, Warszawa 2008, komentarz do art. 1, pkt 2.

¹⁹ *Ibidem*, komentarz do art. 3, pkt 2.

3. W tym miejscu należy przejść do oceny konstytucyjności proponowanych przepisów, w szczególności trzeba rozważyć, czy nie naruszają one art. 20 oraz art. 22 Konstytucji. Zgodnie z art. 20 podstawę ustroju Rzeczypospolitej Polskiej stanowi społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Z samej zasady sformułowanej w art. 20 Konstytucji nie można wyprowadzić jednak żadnego wzorca systemu gospodarczego ani tym bardziej rozwiązań szczegółowych. Treść tego przepisu należy interpretować łącznie z art. 22 oraz z art. 31 ust. 3 Konstytucji. Granice wolności gospodarczej zostały wyznaczone w art. 22 (forma ustawy, ważny interes publiczny) oraz art. 31 ust. 3 (forma ustawy, konieczność w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób, nienaruszalność istoty wolności i praw)²⁰. W tym kontekście nałożenie na gminy obowiązku świadczenia usług o charakterze użyteczności publicznej wydaje się w pełni dopuszczalne. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego: *całkowite uwolnienie działalności gospodarczej w niektórych dziedzinach od wszelkich ograniczeń, pozbawiając państwo niezbędnych środków kontroli, zagrażałoby jego bezpieczeństwu, porządkowi publicznemu i międzynarodowym zobowiązaniom Państwa, a także zdrowiu obywateli*²¹. Ponadto: *istnieje (...) legitymowany interes państwa w stworzeniu takich prawnych ram obrotu gospodarczego, które pozwolą zminimalizować niekorzystne skutki mechanizmów wolnorynkowych, jeżeli skutki te ujawniają się w sferze, która nie może pozostać obojętna dla państwa ze względu na ochronę powszechnie uznawanych wartości*²².

²⁰ Na temat relacji między tymi przepisami wypowiedział się TK, dopuszczając ich równoległe stosowanie, w wyroku z 10 kwietnia 2001 r., sygn. akt U 7/00. Natomiast w wyroku z 14 czerwca 2004 r. (sygn. akt SK 21/03) Trybunał uznał istnienie w art. 22 szerszego zakresu ograniczeń niż gdyby było to możliwe na gruncie art. 31 ust. 3; podobnie B. Banaszak [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, B. Banaszak (red.) Warszawa 2012, s. 174; zdaniem L. Garlickiego: *każdy ze szczegółowych interesów (wartości) wymienionych w art. 31 ust. 3 mieści się w pojęciu „interesu publicznego”, o którym mowa w art. 22, z drugiej strony klauzula ważnego interesu publicznego to: szczególne sformułowanie ogólniejszej zasady proporcjonalności, expressis verbis wyrażonej w art. 31 ust. 3, ale odnajdywalnej (...) także wśród treściowych składników klauzuli demokratycznego państwa prawa; art. 31 ust. 3 ma charakter lex generalis i odnosi się do wszelkich konstytucyjnie gwarantowanych wolności i praw jednostki [za:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. IV, L. Garlicki (red.), Warszawa 2005, s. 14–16.*

²¹ Wyrok TK z 10 października 2001 r., sygn. akt K 28/01, OTK ZU 2001, nr 7, poz. 212, s. 1046.

²² Wyrok TK z 8 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 10/97, OTK ZU 1998, nr 3, poz. 28, s. 163.

Dokonując wykładni art. 22 Konstytucji, Trybunał Konstytucyjny stwierdził: *zasada wolności gospodarczej nie obejmuje w jednakowym stopniu wszystkich podmiotów faktycznie zajmujących się jej prowadzeniem (...) nie ma [ona] zasadniczo zastosowania do działań państwa podejmowanych w formie bezpośredniego lub pośredniego jej prowadzenia, oddziaływa na nie natomiast pośrednio jako zakaz rozbudowy sektora publicznego ponad uzasadnione konstytucyjnie potrzeby*²³. Ponadto pomocniczy (subsydiarny) charakter działalności gospodarczej państwa wynika z zasady społecznej gospodarki rynkowej²⁴. Nie oznacza to jednak, że należy dążyć do całkowitego wyeliminowania świadczenia usług, w tym przede wszystkim usług użyteczności publicznej, przez podmioty prawa publicznego. Realizują one bowiem cele publiczne, które nie mogłyby zostać osiągnięte przez pozostawienie ich realizacji na tzw. wolnym rynku.

Podstawowym celem publicznym realizowanym przez przepisy ustawy o utrzymaniu porządku i czystości w gminach jest ochrona środowiska i zdrowia ludzkiego. Przez przyjęcie odpowiednich rozwiązań Rzeczpospolita Polska wypełnić ma także zobowiązania wynikające z prawa unijnego w zakresie gospodarki odpadami. Wymagania te formułuje w szczególności dyrektywa 2008/98/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylająca niektóre dyrektywy (Dz.Urz. L 312 z 22 listopada 2008 r., s. 3–30). Zgodnie z motywem 6 dyrektywy: *Głównym celem każdej polityki w dziedzinie odpadów powinno być zmniejszenie negatywnych skutków wytwarzania odpadów i gospodarowania nimi dla zdrowia ludzkiego i środowiska. Polityka dotycząca odpadów powinna również zmierzać do ograniczenia wykorzystania zasobów oraz sprzyjać praktycznemu zastosowaniu hierarchii postępowania z odpadami*. Dyskusje toczące się wokół wyboru konkretnego modelu systemu gospodarowania odpadami, sprowadzają się w znacznej mierze do pytania o relację dwóch wartości: ochrony środowiska i zdrowia ludzkiego oraz zasad gospodarki rynkowej opierającej się na wolności gospodarczej. Dotychczasowa praktyka pokazuje, że równoczesna pełna realizacja tych wartości w praktyce nie jest możliwa. Pojawia się zatem pytanie o istnienie między nimi pewnej hierarchii. Warto zatem zauważyć, że celem przedsiębiorcy, działającego na rynku odpadów komunalnych jest osiągnięcie zysku oraz utrzymanie się na nim. Natomiast osiągnięcie wskaźników określonych w ustawie o utrzymaniu porządku i czystości w gminach, wynikających z prawa unijnego, stanowi jego cel tylko o tyle, o ile gwarantuje mu zapewnienie dalszej możliwości świadczenia usług zleczanych przez gminę. Z kolei celem spółki komunalnej, działającej na zasadach rynkowych, pozostaje zawsze realizacja obowiązk-

²³ Wyrok TK z 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 82, s. 479.

²⁴ M. Szydło, *Państwo jako przedsiębiorca. Wybrane zagadnienia prawne*, „Kwartalnik Prawa Publicznego” 2002, nr 1–2, s. 149.

wego zadania gminy. Spółka ta zostaje utworzona właściwie tylko po to, żeby ten cel realizować. Gmina ma większe możliwości egzekwowania od spółki komunalnej należytego wykonania powierzonego jej zadania w ramach nadzoru właścicielskiego. Takie możliwości w stosunku do przedsiębiorcy zewnętrznego są ograniczone. Argumenty te wydają się zatem przesądzać za formą spółki komunalnej w realizacji określonego celu publicznego. Z tego właśnie względu forma ta została wprowadzona do ustawy o gospodarce komunalnej. *Realizacja interesu publicznego związanego z ochroną środowiska oraz zdrowia ludzkiego nie stanowi (...) uzasadnienia dla nałożenia na gminy bezwzględnego obowiązku przetargowego przy odbiorze odpadów komunalnych*²⁵. Nie można wskazać, by takie rozwiązanie w sposób bezpośredni służyło założonemu celowi. *Można zaryzykować tezę, że pozostawienie możliwości samodzielnej realizacji tego zadania przez gminę mogłoby lepiej przyczynić się do osiągnięcia tego celu*²⁶. Proponowane przepisy znajdują zatem swoje uzasadnienie w dążeniu do realizacji celu publicznego: ochrony środowiska oraz zdrowia ludzkiego.

Kolejnym elementem testu konstytucyjności ograniczeń wolności i praw jest nienaruszalność istoty danego prawa lub wolności. Pojęcie to nie zostało zdefiniowane w Konstytucji RP. *Najogólniej rzecz ujmując, należy przyjąć, że istota prawa lub wolności naruszona zostanie, gdy regulacje prawne, nie znosząc danego prawa lub wolności w praktyce, uniemożliwiają korzystanie z niego*²⁷. System przetargowy jest, w odniesieniu do usług użyteczności publicznej, oceniany jako swego rodzaju koncesjonowanie danej działalności. Przedsiębiorcy przystępujący do przetargu muszą godzić się z tym, że tylko jeden z nich będzie świadczył przez dany okres usługi określonego typu. Rynek odbioru (lub zagospodarowania) odpadów komunalnych, dla pozostałych przedsiębiorców pozostanie zamknięty. Obowiązek przetargowy nie jest wystarczającym środkiem ograniczenia ryzyka monopolizacji na rynkach lokalnych. Z tej perspektywy projektowane przepisy nie wydają się prowadzić do znacznego pogorszenia sytuacji rynkowej przedsiębiorców w stosunku do obecnego stanu. Przewidują one bowiem możliwość powiezenia budowy, utrzymania i eksploatacji regionalnej instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych przedsiębiorcy prywatnemu. Również nie zostaje w nich wyłączona możliwość udzielenia przez gminę zamówienia na odbieranie lub zagospodarowanie odpadów komunalnych od właścicieli nieruchomości. Projektowane przepisy nie naruszają zatem istoty społecznej gospodarki rynkowej.

4. Odrębnym zagadnieniem jest kwestia konstytucyjności proponowanego art. 2 ustawy, ustanawiającego 14-dniowy okres *vacatio legis*. Z zasady demokratycznego państwa prawa (art. 2 Konstytucji) wynikają bowiem reguły

²⁵ J. Sadowy, *Interes*, op. cit., s. 54.

²⁶ *Ibidem*, s. 55.

²⁷ B. Banaszak [w:] *Konstytucja*, op. cit., s. 223.

ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa oraz bezpieczeństwa prawnego. Zdaniem Trybunału Konstytucyjnego: *z zasady lojalności, która zakazuje m.in. formułowania obietnic bez pokrycia oraz nieuzasadnionej konstytucyjnie zmiany „reguł gry”, wynikają przede wszystkim: a) ochrona praw nabytych i ekspektatyw, b) uwzględnianie interesów w toku, c) generalny zakaz retroakcji oraz d) wymóg odpowiedniej vacatio legis*²⁸. Zasady ochrony zaufania obywatela do państwa i prawa oraz bezpieczeństwa prawnego wynikają z klauzuli demokratycznego państwa prawnego i mają charakter wiążący dla ustawodawcy. Odstąpienie od tych zasad mogłoby nastąpić w sytuacji szczególnej konieczności uzasadnionej interesem publicznym²⁹. Zasad tych nie można jednak rozumieć jako nakazu niezmienności prawa i zakazu ingerencji ustawodawcy w stosunki prawne rozciągnięte w czasie, zwłaszcza w tych dziedzinach życia społecznego, które podlegają szybkim zmianom faktycznym, jak to ma miejsce w polskiej gospodarce. Zasady te wyznaczają natomiast warunki, od których zależy ocena dopuszczalności zmian stanu prawnego³⁰. Jednostka musi zawsze liczyć się z tym, że zmiana warunków społecznych lub gospodarczych może wymagać nie tylko zmiany obowiązującego prawa, ale nawet niezwłocznego wprowadzenia w życie nowych regulacji prawnych. Ryzyko związane z wszelką działalnością gospodarczą obejmuje również ryzyko niekorzystnych zmian systemu prawnego. Istotne znaczenie ma także horyzont czasowy działań podejmowanych przez jednostkę w danej sferze życia. Im dłuższa jest perspektywa czasowa podejmowanych działań, tym silniejsza powinna być ochrona zaufania do państwa i do stanowionego przez nie prawa³¹.

Z kolei zasada ochrony „interesów w toku” zapewnia ochronę jednostki w sytuacjach, w których rozpoczęła ona określone przedsięwzięcia na gruncie dotychczasowych przepisów. Chociaż zasada ta nie ma charakteru bezwzględniego, na ustawodawcy ciąży szczególny obowiązek ochrony interesów w toku w sytuacji wystąpienia następujących przesłanek: 1) przepisy prawa wyznaczają pewien horyzont czasowy dla realizowania określonych przedsięwzięć, 2) dane przedsięwzięcie ma charakter rozłożony w czasie, 3) jednostka faktycznie rozpoczęła realizację danego przedsięwzięcia w okresie obowiązywania danej regulacji. Interesy w toku podlegają bardziej intensywnej ochronie, jeżeli prawodawca ustanowił regulacje prawne dotyczące ściśle określonych rodzajów przedsięwzięć³². Obowiązkiem ustawodawcy, ze względu na ochronę interesów w toku, jest ustanowienie przepisów, które umożliwią dokończenie

²⁸ Wyrok TK z 28 listopada 2013 r., sygn. akt K 17/12

²⁹ Wyrok TK z 12 stycznia 2000 r., sygn. akt P 11/98, OTK ZU 2000, nr 1, poz. 3.

³⁰ Wyrok z 7 maja 2001 r., sygn. akt K 19/00, OTK ZU 2001, nr 4, poz. 82.

³¹ Wyroki z: 28 kwietnia 1998 r., sygn. akt K 3/99, OTK ZU 1999, nr 4, poz. 73; 13 marca 2000 r., sygn. akt K 1/99, OTK ZU 2000, nr 2, poz. 59.

³² Wyroki TK z: 25 czerwca 2002 r., sygn. akt K 45/01, OTK-A ZU 2002, nr 4, poz. 46; 16 stycznia 2007 r., sygn. akt U 5/06, OTK-A ZU 2007, nr 1, poz. 3; 8 stycznia

przedsięwzięć rozpoczętych stosownie do przepisów obowiązujących w chwili ich rozpoczęcia albo stworzą inną możliwość dostosowania się do zmienionej regulacji prawnej³³.

Proponowane przepisy nie ingerują wprawdzie w byt prawny zawartych już umów na budowę, utrzymanie i eksploatację regionalnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych, a także na odbiór i zagospodarowanie odpadów komunalnych, warto rozważyć jednak przyjęcie dłuższej *vacatio legis*, dającej przedsiębiorcom możliwość dostosowania się do nowych warunków rynkowych.

5. Ocena zgodności projektowanych przepisów z prawem unijnym została przeprowadzona w opinii Biura Analiz Sejmowych z 27 stycznia 2016 r.³⁴. W opinii tej zostało zgłoszone jedno zastrzeżenie. Przewidziany w projekcie wymóg prowadzenia przez spółkę przeważającej części działalności w sferze użyteczności publicznej na rzecz danej jednostki samorządu terytorialnego nie zapewnia prawidłowej implementacji art. 12 dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady z 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. L 94 z 28 marca 2014 r., s. 65, ze zm.). Przepis ten przewiduje wyjątek od stosowania dyrektywy, natomiast projekt ustawy wprowadza wyjątek dalej idący. Pojęcie „przeważającej części” ma szerszy zakres, niż określony w dyrektywie wymóg „ponad 80% działalności”. Może to prowadzić do udzielania zamówień, z pominięciem procedury przetargowej, spółkom, które nie spełniają wymagań art. 12 dyrektywy. W tym zakresie projekt jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej.

6. W projektowanym art. 6d błędna jest numeracja kolejnych ustępów. Dwukrotnie pojawia się ustęp 3.

Podsumowanie

Projekt może być przedmiotem dalszych prac legislacyjnych, z uwzględnieniem zasygnalizowanych uwag i problemów.

2009 r., sygn. akt P 6/07, OTK-A ZU 2009, nr 1, poz. 2; 10 lutego 2015 r., sygn. akt P 10/11, OTK-A ZU 2015, nr 2, poz. 13.

³³ Wyroki TK z: 5 stycznia 1999 r., sygn. akt K 27/98, OTK-A ZU 2012, nr 3, poz. 27; 10 lutego 2015 r., sygn. akt P 10/11, OTK-A ZU 2015, nr 2, poz. 13.

³⁴ B. Pawłowski, *Opinia prawna w sprawie zgodności, op. cit.*