

L.dz.: 69/22/12/2021

Warszawa, dnia 22 grudnia 2021 roku

Rada Gminy Augustów
ul. Mazurska 1
16-300 Augustów

Wezwanie do usunięcia naruszeń prawa

Działając w imieniu Związku Pracodawców Gospodarki Odpadami, niniejszym zwracam się do Rady Gminy Augustów z wezwaniem do usunięcia naruszenia prawa dokonanego uchwałą Rady Gminy Augustów Nr XXII/235/2021 z dnia 10 czerwca 2021 r. w sprawie utworzenia spółki z ograniczoną odpowiedzialnością (dalej: „Uchwała”), poprzez **uchylenie przedmiotowej Uchwały w całości**.

Wskazuję, iż Uchwała, której dotyczy niniejsze wezwanie, narusza **art. 6 ust. 1 pkt 1) i 6) Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów**, co polega na wyrażeniu zgody postanowieniami tej Uchwały na utworzenie spółki z ograniczoną odpowiedzialnością pod firmą: BiomTrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, której współnikami byłyby: Gmina Augustów, Gmina Bargłów Kościelny, Gmina Goniądz, Gmina Grajewo, Miasto Grajewo, Gmina Janów, Gmina Jasionówka, Gmina Jaświły, Gmina Knyszyn, Gmina Korycin, Gmina Krypno, Gmina Lipsk, Gmina Mońki, Gmina Nowinka, Gmina Rajgród, Gmina Sztabin, a której warunki utworzenia oraz zasady funkcjonowania stanowią wynik porozumienia, którego celem, a zarazem skutkiem jest wyeliminowanie konkurencji na lokalnych rynkach zbierania i składowania odpadów, polegające między innymi na:

- ustalaniu cen i innych warunków świadczenia usług zbierania i transportu odpadów komunalnych,
- eliminowaniu z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem.

Ponadto, jak jednoznacznie wynika z uzasadnienia przedmiotowej Uchwały, ww. gminy zamierzają zlecać spółce BiomTrans usługi zbierania i transportu odpadów komunalnych ze swoich terenów z wykorzystaniem instrumentu tzw. *zamówień in-house*, tj. bez przeprowadzania jakichkolwiek przetargów publicznych.

Taki sposób organizacji systemu usług użyteczności publicznej, do jakich niewątpliwie zaliczają się usługi zbierania i transportu odpadów komunalnych, stanowi o nadużyciu pozycji dominującej przez ww. gminy. Praktyka ta jest zakazana na podstawie art. 9 ust. 1 pkt 5 wskazanej ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, ponieważ prowadzi do przeciwdziałaniu ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji.

Uzasadnienie

Dla uzasadnienia stanowiska wyrażonego na wstępie niniejszego pisma w odniesieniu do uchwały Rady Gminy Augustów Nr XXII/235/2021 z dnia 10 czerwca 2021 r. wskazuję, iż Uchwała ta została podjęta jako bezpośredni wynik ustaleń poczynionych przez podmioty takie jak Gmina Augustów, Gmina Bargłów Kościelny, Gmina Goniądz, Gmina Grajewo, Gmina Janów, Gmina Jasionówka, Gmina Jaświły, Gmina Knyszyn, Gmina Korycin, Gmina Krypno, Gmina Lipsk, Gmina Nowinka, Gmina Rajgród, Gmina Sztabin w dniu 11 maja 2021 r. w przedmiocie powołania nowej spółki, która wykonywałaby zadania własne ww. Gmin w zakresie zbierania i transportu odpadów komunalnych na terenach poszczególnych Gmin należących do Związku Komunalnego Biebrza i będących Wspólnikami BIOM Sp. z o.o.

Podczas spotkania ustalono główne założenia funkcjonowania spółki, która miałaby zostać utworzona pod firmą BiomTrans Spółka z ograniczoną odpowiedzialnością, to jest:

- właścicielami nowej Spółki w 100% byłyby Gminy. Bezpośrednio po spotkaniu 15 Gmin potwierdziło przystąpienie do niej, tj.: Gmina Augustów, Bargłów Kościelny, Goniądz, Gmina Grajewo, Miasto Grajewo, Janów, Jasionówka, Jaświły, Knyszyn, Korycin, Krypno, Lipsk, Mońki, Rajgród, Sztabin. Każda z Gmin obejmie jednakowy udział w kapitale zakładowym Spółki w wysokości 30 tys. zł.
- nowa Spółka miałaby świadczyć usługi zbierania i transportu odpadów komunalnych z terenu Gmin, które ją utworzą i na podstawie umowy zawartej zgodnie z „in house”. Dla każdej z Gmin nowa Spółka przygotowałaby indywidualną kalkulację kosztów z tzw. „rozsądnym zyskiem”, który byłby ustalony przez nowe Zgromadzenie Wspólników. Gminy te nie będą ogłaszać przetargów publicznych oraz nowa Spółka nie będzie uczestniczyć w przetargach ogłaszanych przez inne Gminy.
- Spółka BIOM i Spółki: Miasta Grajewa i Miasta i Gminy Mońki przekażą w użyczenie pojazdy do zbierania odpadów oraz pracowników do ich obsługi na podstawie porozumień pomiędzy poszczególnymi spółkami. Ponadto użyczą swoich obecnych baz magazynowo-transportowych do prowadzenia działalności nowej Spółki. Dodatkowo planuje się utworzenie bazy dla gmin Powiatu Augustowskiego w uzgodnieniu z Gminami które przystąpią do nowej Spółki.

Przywołane wyżej założenia dotyczące zasad funkcjonowania przedmiotowej spółki zostały przedstawione między innymi w uzasadnieniu Uchwały, której dotyczy niniejsze pismo.

W ocenie składającego niniejsze pismo, w dniu 11 maja 2021 r., podczas spotkania w trakcie którego ustalono główne założenia i warunki powołania nowej spółki, która wykonywałaby zadania własne Gmin w zakresie zbierania i transportu odpadów komunalnych na terenach poszczególnych Gmin należących do Związku Komunalnego Biebrza i będących Wspólnikami BIOM Sp. z o.o., doszło do zawarcia między wskazanymi Gminami porozumienia w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, a zatem porozumienia antykonkurencyjnego, którego celem lub skutkiem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub naruszenie w inny sposób konkurencji na rynku właściwym.

Jednocześnie nadmienić należy, że jak się powszechnie wskazuje na gruncie ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów dla oceny, czy doszło do zawarcia antykonkurencyjnego porozumienia, nie ma znaczenia forma porozumienia – istotne natomiast jest to, czy jego celem lub efektem jest wyeliminowanie, ograniczenie lub zniekształcenie konkurencji. W prawie konkurencji istota porozumienia zawiera się w zamiarze podjęcia lub efektywnym podjęciu szeroko rozumianej koordynacji rynkowych zachowań niezależnych przedsiębiorców - samodzielnych przynajmniej z ekonomicznego punktu widzenia. Koordynacja może przybierać postać zobowiązania do podjęcia ustalonych działań lub powstrzymania się od określonych czynności. Może też polegać na wyeliminowaniu lub przynajmniej obniżeniu w istotnym stopniu niepewności zachowań przedsiębiorców jako rezultatu wymiany informacji między nimi. Nawet więc w sytuacji, gdy porozumienie nie zostało wprost wyrażone - w formie pisemnej lub ustnej - lecz zawarte w sposób dorozumiany (konkludentny), nadal podlega regułom oceny określonym w Ustawie (tak m.in. E. Stawicki [w:] Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, wyd. II, red. A. Stawicki, Warszawa 2016, art. 4).

Treść ustaleń poczynionych przez Gminy w ramach porozumienia, które znalazły wyraz między innymi w przedmiotowej Uchwale pozwala na przyjęcie, że celem porozumienia, rozumianym również jako przedmiot porozumienia, było wyeliminowanie konkurencji na rynku właściwym, w szczególności przez ustalanie cen i innych warunków świadczenia usług zbierania i transportu odpadów komunalnych, jak również całkowite wyłączenie z rynku przedsiębiorców nieobjętych porozumieniem. Jak bowiem wynika z uzasadnienia Uchwały, głównym założeniem funkcjonowania spółki BiomTrans sp. z o.o. jest świadczenie przez nią usług zbierania i transportu odpadów komunalnych z terenu Gmin, które ją utworzą, na podstawie umowy zawartej zgodnie z „in house”, z wyłączeniem jakichkolwiek innych podmiotów prowadzących działalność gospodarczą w tożsamym zakresie. Jawną intencją Gmin było odstąpienie od konieczności uczestniczenia w przetargach publicznych, mających na celu wyłonienie podmiotu, który świadczyłby w poszczególnych Gminach usługi z zakresu zbierania i transportu odpadów komunalnych. Takie działania Gmin całkowicie eliminują z rynku usług zbierania i transportu odpadów komunalnych przedsiębiorców, którzy nie są objęci porozumieniem, a którzy dotychczas mieli możliwość świadczenia przedmiotowych usług w warunkach konkurencyjności, które realizowały się poprzez wyłanianie przez poszczególne Gminy usługodawców w zakresie usług zbierania i transportu odpadów komunalnych przedsiębiorców w trybie przetargów nieograniczonych. Powierzenie spółce BiomTrans sp. z o.o. przez Gminy w trybie zamówień z wolnej ręki i na podstawie zawartego porozumienia, usługi zbierania i transportu odpadów komunalnych na terenach poszczególnych Gmin stawia tę spółkę w pozycji oczywistej przewagi nad prywatnymi podmiotami konkurencyjnymi, jednocześnie całkowicie eliminując konkurencję na rynku.

Podnieść w tym miejscu należy, że opisane wyżej działania Gmin stoją nadto w sprzeczności z motywem 31. preambuły do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającą dyrektywę 2004/18/WE, w której akapicie trzecim wskazano, że „należy zagwarantować, że żadna współpraca publiczno-publiczna podlegająca wyłączeniu nie skutkuje

zakłóceniem konkurencji w odniesieniu do prywatnych wykonawców, w zakresie, w jakim współpraca taka stawia prywatnego usługodawcę w sytuacji przewagi nad jego konkurentami”.

W dalszej kolejności wskazać należy, że poważne wątpliwości budzą przyjęte przez Gminy zasady ustalania kosztów zbierania i transportu odpadów, które miałyby być indywidualnie kalkulowane przez nowo utworzoną Spółkę, odrębnie dla każdej z Gmin, decyzją Zgromadzenia Wspólników. Należy zwrócić uwagę, że jedynymi udziałowcami przedmiotowej spółki byłyby Gminy uczestniczące w porozumieniu, a zatem mamy do czynienia niejako z tożsamością podmiotów zarówno po stronie zamawiającego, jak i wykonawcy zamówienia. To właśnie Gminy, działając jako udziałowcy powołanej spółki, dokonywałyby ustaleń w zakresie kosztów zbierania i transportu odpadów, jak również innych warunków świadczenia usług. W ocenie występującego z niniejszym zawiadomieniem, takie działanie, polegające na indywidualnym ustalaniu cen przez spółkę, która wykonywałaby zadania własne Gmin w zakresie zbierania i transportu odpadów komunalnych, a w istocie przez same Gminy, które byłyby jedynymi udziałowcami przedmiotowej spółki, naruszałoby reguły konkurencyjności na rynku w rozumieniu art. 6 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów, stanowiąc w istocie zmonopolizację Gmin uczestniczących w porozumieniu.

Co więcej, jak się powszechnie wskazuje, „porozumienia, których celem lub skutkiem jest uzgodnienie cen lub innych warunków sprzedaży lub zakupu towarów, należą do najcięższych ograniczeń konkurencji i zaliczane są to tzw. hard core restrictions. Zawarcie tego rodzaju porozumienia prowadzi do zaniku konkurencji cenowej pomiędzy przedsiębiorcami, co skutkować może brakiem stymulacji do poprawiania jakości produkowanych towarów i skutkuje brakiem mechanizmu obniżania ich ceny w celu pozyskania odbiorców.” (tak m.in. C. Banasiński, E. Piontek [w:] C. Banasiński, E. Piontek, Ustawa o ochronie konkurencji i konsumentów. Komentarz, Warszawa 2009, art. 6.)

Mając na względzie powyższe, w ocenie składającego niniejsze pismo, przedmiotowe porozumienie nosi znamiona zmonopolizacji i stanowi istotne i rażące naruszenie prawa antymonopolowego również z uwagi na fakt, że oczywistym celem zawartego porozumienia jest ustalanie przez Gminy uczestniczące w porozumieniu cen, w jakich świadczone miałyby być przez przedmiotową spółkę usługi zbierania i transportu odpadów komunalnych. Znamiona takiego naruszenia nosi zarazem działanie Rady Gminy Augustów, polegające na podjęciu przedmiotowej Uchwały, która w sposób bezpośredni zmierza do realizacji założeń przyjętych w porozumieniu z dnia 11 maja 2021 r.

Ponadto, działania ww. gmin w stosunku do rynku właściwego jakim jest rynek usług zbierania i transportu odpadów komunalnych, podlegają ocenie również z punktu widzenia regulacji zawartej w art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów. Należy przy tym wyraźnie podkreślić, iż uprawnienie jednostek samorządu terytorialnego do organizowania rynku usług użyteczności publicznej (w tym wypadku usług zbierania i transportu odpadów komunalnych) nie przekreśla możliwości oceny ich zachowania pod kątem nadużywania pozycji dominującej, w szczególności zaś tego, czy zachowanie to nie prowadzi do tzw. *dławienia konkurencji*. Potwierdził to jednoznacznie Sąd Najwyższy w wyroku z 26 stycznia 2017 r. (sygn. akt I CSK 252/15).

Decydując o udzieleniu zamówień in-house na rzecz spółki BiomTrans Spółka, ww. gminy niewątpliwie wpływają na kształt rynku wspomnianych usług (wskazują bowiem podmiot, który na tym rynku może działać na zasadzie wyłączności), jednocześnie eliminując z rynku innych działających na nim przedsiębiorców.

Zarówno Gmina Augustów jak i inne gminy, o których mowa w Uchwale, mają pozycję dominującą na rynku właściwym, za który należy uznać rynek usług zbierania i transportu odpadów komunalnych. Są to bowiem jedyne podmioty, które odpowiadają za organizację usług użyteczności publicznej z zakresu gospodarki odpadami na tym terenie.

Z uwagi na treść art. 9 ust. 2 pkt 5 ustawy o ochronie konkurencji i konsumentów na przedsiębiorcach organizujących rynek usług użyteczności publicznej (tj. ww. gminach), spoczywa obowiązek korzystania ze swoich kompetencji w sposób rzetelny i niedyskryminujący. Organizator rynku narusza zakaz nadużywania pozycji dominującej, gdy uniemożliwia potencjalnym świadczeniodawcom rywalizowanie o rynek w oparciu o równe i niedyskryminujące zasady.

Niewątpliwie do naruszenia ww. regulacji dochodzi tym bardziej wówczas, gdy organizator rynku w ogóle eliminuje konkurencję o rynek, przyznając prawo świadczenia usług uznaniowo wybranemu przedsiębiorcy, w tym wypadku własnej spółce komunalnej, tj. Biom Trans.

Podkreślenia wymaga, że najlepszą metodą zapewnienia przez organizatora rynku potencjalnym wykonawcom równego dostępu, a tym samym brak zarzutu naruszenia pozycji dominującej przez ww. gminy, jest przeprowadzenie konkurencyjnej procedury udzielenia zamówienia przewidzianej w przepisach o zamówieniach publicznych.

Podsumowując, przedmiotowa Uchwała pozostaje w wyraźnej sprzeczności z przywołanymi przepisami prawa, co jest oczywiste i bezpośrednie, jak również wynika wprost z treści tych przepisów, co w konsekwencji stanowi o podjęciu przedmiotowej Uchwały z rażącym naruszeniem prawa.

Mając na względzie powyższe, wzywam jak na wstępie.

Z wyrazami szacunku,