

Katarzyna Kuźma, Partner i Karolina Szymczak, associate, Praktyka Infrastruktury i Energetyki,
Kancelaria Domański Zakrzewski Palinka Sp. k.

W JAKIEJ FORMULE PROWADZIĆ ITPOK

czyli wybór optymalnej formy organizacyjno-prawnej przedsięwzięcia

Jednym z głównych celów ustawy z dnia 1 lipca 2011 r. o zmianie ustawy o utrzymaniu czystości i porządku w gminach oraz niektórych innych ustaw¹⁾ („Nowelizacja”) było stworzenie warunków do budowy nowoczesnych instalacji do przetwarzania odpadów komunalnych. Służyć temu miało m.in. wprowadzenie w Nowelizacji kategorii regionalnych instalacji do zagospodarowania odpadów komunalnych („Instalacja Regionalna”) posiadających wyłączność na przetwarzanie trzech frakcji odpadów komunalnych na terenie regionów gospodarki odpadami komunalnymi („Region”). Ustawa o utrzymaniu czystości i porządku w gminach²⁾ („UCPG”) nakłada obecnie na gminy obowiązek zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji Instalacji Regionalnych („Zadanie”) oraz osiągnięcia celów ilościowych, w szczególności w zakresie redukcji ilości odpadów biodegradowalnych kierowanych do składowania.

Celem ustawodawcy było uregulowanie w UCPG w sposób szczególny – w stosunku do ustawy o gospodarce komunalnej³⁾ – form realizacji Zadania oraz innych obowiązków w zakresie gospodarki odpadami. UCPG w art. 3a ust. 1 wskazuje trzy formy realizacji przez gminy zapewnienia budowy, utrzymania i eksploatacji Instalacji Regionalnych. W każdym przypadku Zadanie ma być realizowane przez gminę lub związek międzygminny we współpracy z partnerem prywatnym. UCPG wyklucza z zasady możliwość samodzielnej realizacji Zadania przez gminy. Jednocześnie UCPG nie wyłącza możliwości samodzielnej budowy

instalacji przez przedsiębiorców, bez jakiegokolwiek udziału gminy.

Wskazanie jednego uniwersalnego i optymalnego modelu organizacyjno-prawnego dla realizacji Zadania nie jest możliwe. Każdy z przypadków wymaga odrębnej analizy i rozwiązania dopasowanego do konkretnych warunków lokalnych. Wobec powyższego, artykuł koncentruje się na wybranych okolicznościach, które determinują wybór formy realizacji Zadania zarówno z punktu widzenia gmin, jak i przedsiębiorców zainteresowanych budową i eksploatacją ITPOK, a w szczególności na ryzykach związanych z budową prywatnego ITPOK przez przedsiębiorcę.

W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę, iż wybór modelu realizacji Zadania jest ściśle powiązany z metodą przetwarzania odpadów, którą ma zapewniać Instalacja Regionalna. Wybór konkretnej metody przetwarzania oraz technologii, którą będzie stosować instalacja ma bezpośredni wpływ na koszt budowy, jak również na koszty i przychody z eksploatacji Instalacji Regionalnej.

■ Dlaczego ITPOK?

Za zastosowaniem metody termicznej przekształcania odpadów przemawia wiele czynników, w tym uwa-

1) Dz. U. nr 152, poz. 897

2) tekst jedn. Dz. U. z 2005 roku, nr 236, poz. 2008, ze zm.

3) Ustawa z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, Dz. U. z 1997 r. Nr 9 poz. 43 ze zm.

runkowań natury prawnej. Termiczne przekształcanie odpadów w hierarchii postępowania z odpadami przewidzianej przez art. 4 Dyrektywy 2008/98/WE z 19 listopada 2008 r. w sprawie odpadów oraz uchylającej niektóre dyrektywy („Dyrektywa Ramowa”) stanowi - przy spełnieniu wymagań w zakresie efektywności energetycznej - proces odzysku. Dyrektywa Ramowa powinna zostać wkrótce implementowana do prawa krajowego.

Ponadto, 1 stycznia 2013 r. wejdzie w życie załącznik nr 4a Rozporządzenia Ministra Gospodarki i Pracy w sprawie kryteriów oraz procedur dopuszczania odpadów do składowania na składowisku odpadów danego typu.⁴⁾ Wprowadza on restrykcyjne wymagania w zakresie składowania odpadów wykluczając de facto możliwość składowania nieprzetworzonych zmieszanych odpadów komunalnych. Jednocześnie Krajowy Plan Gospodarki Odpadami wskazuje termiczne przekształcanie odpadów jako rekomendowane dla Regionów liczących powyżej 300.000 mieszkańców.

Ponadto, rozważając wybór metody przetwarzania i konkretne technologie należy brać pod uwagę nie tylko kryteria wynikające z zasad gospodarowania odpadami. Niektóre z metod przetwarzania, tj. termiczne przekształcanie odpadów, nie tylko zapewniają realizację obowiązków w zakresie gospodarki odpadami, ale również mogą przyczynić się do zaspokojenia innych potrzeb lokalnych, jak na przykład zaopatrzenie w energię cieplną.

Biorąc pod uwagę wszystkie powyższe okoliczności jedną z preferowanych metod zagospodarowania odpadów komunalnych jest ich termiczne przekształcanie. Oczywiście budowa instalacji do termicznego przekształcania odpadów komunalnych („ITPOK”) ma racjonalne uzasadnienie jedynie w dużych Regionach, w których przeprowadzone badania morfologii odpadów wskazują na ich wysoką kaloryczność i nie jest jedyną metodą, która powin-

na być brana pod uwagę przez decydentów.

Na potrzeby dalszego wywodu przyjmujemy, iż pierwszy etap przygotowania realizacji Zadania, tj. wybór metody przetwarzania został zakończony zarówno po stronie gminy, jak i przedsiębiorcy i planowana Instalacja Regionalna zapewni będzie termiczne przekształcanie odpadów w jednej z dostępnych technologii (spalanie odpadów przez ich utlenianie, piroliza, zgazowanie, proces plazmowy). Równocześnie zakładamy, iż budowa ITPOK została zaplanowana w wojewódzkim planie gospodarki odpadami.

■ Prywatny ITPOK

Jak wskazano powyżej, na gruncie UCPG możliwym jest rozwiązanie, zgodnie z którym przedsiębiorca buduje Instalację Regionalną, a następnie świadczy na rzecz gmin z Regionu usługi zagospodarowania odpadów. Rozwiązanie to wydaje się – pomijając znaczące koszty takiego przedsięwzięcia - bardzo atrakcyjne z punktu widzenia przedsiębiorców, pozwala bowiem na budowę i eksploatację instalacji bez konieczności udziału w jednej z konkurencyjnych procedur wskazanych w art. 3a UCPG.

Jednakże samodzielna realizacja Instalacji Regionalnej wiąże się z dużym ryzykiem, wobec braku gwarancji strumienia odpadów dla instalacji. UCPG wprowadza wprawdzie swego rodzaju monopol Instancji Regionalnych na zagospodarowanie m.in. zmieszanych odpadów komunalnych, jednak nie rozstrzyga problemu konkurencji kilku Instalacji Regionalnych w ramach Regionu oraz wydaje się wprowadzać odrębną regulację w zakresie powierzania zagospodarowania odpadów w stosunku do ustawy o gospodarce komunalnej i ustawy prawo zamówień publicznych⁵⁾ („PZP”). Wobec powyższego, możliwość zlecenia samego zagospodarowania (przetwa-

rzania) odpadów komunalnych należy uznać za wątpliwą. W konsekwencji zlecenie świadczenia usługi zagospodarowania odbywać się będzie na podstawie art. 6d ust. 1 UCPG w ramach przetargu na odbiór i zagospodarowanie odpadów. Do przetargów organizowanych na podstawie art. 6d ust. 1 UCPG stosuje się w zakresie nieuregulowanym PZP. Oznacza to, że usługa zagospodarowania odpadów będzie zlecana bądź przedsiębiorcy odbierającemu odpady od właścicieli nieruchomości, który jako podwykonawcę wskaże ITPOK, bądź konsorcjum, w skład którego wchodzić będą przedsiębiorcy odbierający odpady oraz ITPOK. Nawet gdyby przyjąć, iż Instalacja Regionalna będzie jedyną w ramach Regionu i będzie wyczerpywać całość zapotrzebowania Regionu na usługi zagospodarowania, to gminy stosując przepisy ustawy PZP zlecać będą odbiór i zagospodarowanie, co do zasady, najwyżej na okres 4 lat w związku z powiązaniem tej usługi z usługą odbioru odpadów.

Ponadto, prywatny przedsiębiorca będzie musiał zawsze liczyć się z ryzykiem, że inny przedsiębiorca wybuduje kolejną Instalację Regionalną lub gmina/gminy z terenu Regionu wybuduje instalację gminną na podstawie art. 3a ust. 1 UCPG, np. w ramach partnerstwa-publiczno prywatnego. W tym ostatnim przypadku na podstawie umowy PPP zagospodarowanie odpadów zostanie powierzone nowej związanej z gminą Instalacji Regionalnej, a prywatny ITPOK zostanie pozbawiony całości bądź części strumienia odpadów komunalnych. Ryzyka te można określić jako nieistotne przy przyjęciu założenia, że wobec istnienia Instalacji Regionalnej spełniającej zapotrzebowanie Regionu nowa Instalacja nie powstanie. Jednak założenie takie jest w naszej ocenie nieuprawnione.

Z punktu widzenia gminy rozwiązanie jest także korzystne, gdyż całe ryzyko związane z przedsięwzięciem,

4) Dz. U. nr 186 poz. 1553

5) Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych, tekst jedn. Dz. U. 2010 Nr 113, poz. 759 ze zm.

w tym ryzyko finansowania i budowy oraz ryzyko przychodowe spoczywa na przedsiębiorcy prywatnym. Natomiast zdecydowaną wadą tego rozwiązania dla gminy jest brak jakiegokolwiek wpływu na poziom cen oferowanej przez ITPOK usługi zagospodarowania odpadów.

Wobec powyższego uznać należy, iż samodzielna budowa prywatnych Instalacji Regionalnych przez przedsiębiorców jest możliwa, ale obarczona licznymi ryzykami, które przy skali inwestycji mogą okazać się istotną przeszkodą.

■ Realizacja Zadania przez gminę

Jak wskazano powyżej UCPG ogranicza formy realizacji Zadania przez gminę. Zgodnie z art. 3a ust. 1 UCPG gminy mogą w celu realizacji Zadania:

- przeprowadzić przetarg na wybór podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, lub
- dokonać wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym⁶⁾, lub
- dokonać wyboru podmiotu, który będzie budował, utrzymywał lub eksploatował regionalną instalację do przetwarzania odpadów komunalnych, na zasadach określonych w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi⁷⁾.

Jedynie w przypadku negatywnego wyniku przeprowadzonego postępowania gmina może samodzielnie przeprowadzić realizację Zadania.

Wybór jednej z wyżej wymienionych form realizacji Zadania powinien zostać dokonany po dokładnej i kom-

pleksowej analizie szeregu czynników. Poniżej wskazujemy jedynie niektóre z nich.

■ Wpływ na poziom długu publicznego

Jednym z podstawowych czynników mających istotny wpływ na decyzję o wyborze formy realizacji Zadania jest możliwość sfinansowania budowy ITPOK przez gminę bądź związek międzygminny oraz wpływ realizacji inwestycji na poziom długu publicznego gmin (także jako członków związku międzygminnego). Z tej perspektywy rozwiązaniem interesującym wydaje się model realizacji Zadania na zasadach określonych w ustawie o PPP lub koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Kluczowa dla rozwoju rynku PPP w Polsce będzie ocena wpływu zobowiązań z umów PPP na dług publiczny, w szczególności w świetle istotnej zmiany metody obliczania zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego, która zacznie obowiązywać od 2014 r.

W każdym przypadku konieczna będzie szczegółowa analiza korzyści i ryzyka związanego z konkretnym modelem realizacji zadania, także z punktu widzenia jego wpływu na stan finansów publicznych gmin.

■ Gotowość przedsiębiorcy do realizacji zadania

Istotny wpływ na wybór modelu będą miały oczekiwania podmiotów prywatnych, uwarunkowane przede wszystkim stopniem gotowości do przejęcia przez nie ryzyka ekonomicznego realizacji Zadania. Gmina powinna więc w pierwszej kolejności przeprowadzić badanie rynku, które pozwoli na stwierdzenie, czy istnieją przedsiębiorcy prywatni zainteresowani realizacją Zadania w formule PPP lub koncesji. Poziom przychodów z tytułu eksploatacji planowanej infrastruktury może nie gwarantować operatorowi ITPOK odpo-

wiedniego zwrotu z inwestycji. W takim przypadku gmina powinna realizować Zadanie w formule tradycyjnej, tj. udzielić zamówienia publicznego i zaniechać kosztownych i czasochłonnych przygotowań procedury wyboru partnera prywatnego/koncesjonariusza.

Wydaje się, iż w przypadku ITPOK możliwość osiągnięcia dodatkowych przychodów związanych z wytwarzaniem przez ITPOK energii cieplnej oraz elektrycznej, jak również ewentualnych przychodów związanych z kwalifikacją energii wytwarzanej w ITPOK jako OZE zwiększy zainteresowanie przedsiębiorców realizacją Zadania w formule PPP/koncesji. Ten aspekt powinien jednak zostać dokładnie zweryfikowany w kontekście planowanych zmian w prawie energetycznym.

■ Przygotowanie gminy do przeprowadzenia procedury wyboru partnera prywatnego

Kolejnym z czynników wpływających na wybór formy realizacji Zadania jest stopień przygotowania gminy do wyboru wykonawcy, partnera prywatnego bądź koncesjonariusza. Postępowania prowadzone w celu wyłonienia partnera prywatnego oraz koncesyjne są zazwyczaj o wiele bardziej skomplikowane i długotrwałe w porównaniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Wymagają również zatrudnienia przez gminę profesjonalnych doradców technicznych, finansowych oraz prawnych, co zwiększa koszty prowadzenia postępowania.

Czynników wpływających na wybór formy realizacji Zadania jest oczywiście znacznie więcej, w szczególności w kontekście możliwości wspólnego przeprowadzenia inwestycji przez kilka gmin. Wybór optymalnej formy realizacji Zadania jest natomiast jednym z kluczowych elementów powodzenia inwestycji. Z tego powodu warto na poświęcić wystarczający czas i środki. □

6) Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 100 oraz z 2010 r. Nr 106, poz. 675

7) Dz. U. Nr 19, poz. 101, ze zm. Dz. U. nr 152, poz. 897