



Ministerstwo Rozwoju Regionalnego

Narodowe Strategiczne Ramy Odniesienia 2007-2013

Program Operacyjny Infrastruktura i Środowisko

Regionalne Programy Operacyjne

**Podstawowe elementy umowy o świadczenie usług
publicznych (umowy wykonawczej) w zakresie
gospodarki odpadami komunalnym**

Warszawa, lipiec 2010 r.

I. Uwagi wprowadzające

1. Zgodnie z pkt 5 lit. p *Wytycznych w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami* z dnia 3 marca 2010 r. („Wytyczne”) umową o świadczenie usług jest umowa zawierana pomiędzy gminą albo związkiem międzygminnym a podmiotem zobowiązanym do wykonywania zadań własnych gminy w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi. Celem tej umowy jest uregulowanie wszystkich albo wybranych kwestii związanych ze świadczeniem usług publicznych z zakresu gospodarki odpadami.
2. W przypadku powierzenia realizacji zadań własnych gminy przedsiębiorcy zewnętrznemu (pkt 5 lit. j *Wytycznych*) Umowa ta będzie musiała zostać zawarta na zasadach i w trybach uregulowanych Ustawą o partnerstwie publiczno-prywatnym, Ustawą o koncesji na roboty budowlane lub usługi albo Prawem zamówień publicznych. W takiej sytuacji będzie obejmowała większość kwestii związanych z powierzeniem obowiązku świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym w ramach wykonania zadań własnych gminy z zakresu gospodarki odpadami.
3. Natomiast w przypadku realizacji zadań własnych gminy przez należącą do niej spółkę komunalną (pkt 5 lit n *Wytycznych*), posiadającą status podmiotu wewnętrznego (pkt 55 *Wytycznych*) umową o świadczenie usług będzie umowa wykonawcza regulująca głównie kwestie związane z wypłatą rekompensaty z tytułu świadczenia usług w ogólnym interesie gospodarczym. Wówczas szereg istotnych kwestii związanych z powierzeniem zobowiązania do zarządzania usługami w ogólnym interesie gospodarczym będzie uregulowany w innych dokumentach (np. uchwale o utworzeniu spółki czy umowie spółki). Mając na względzie te uwarunkowania w przypadku niektórych z elementów umowy o świadczenie usług publicznych zostanie poczynione zastrzeżenie, że mogą one być zawarte w innych aktach dotyczących spółki komunalnej.
4. Niniejszy dokument zawiera opis uwarunkowań prawnych oraz elementów, które powinny zostać, co do zasady, uwzględnione przy przygotowywaniu projektu umowy o świadczenie usług publicznych w gospodarce odpadami, zarówno tej zawieranej w przypadku podmiotów wewnętrznych jak i przedsiębiorców zewnętrznych. Dokument nie ma charakteru obligatoryjnego i nie zawiera wyczerpującej listy ww. elementów i powinien być stosowany z uwzględnieniem specyficznych okoliczności prawnych i faktycznych danego przypadku.
5. Mimo że samorządowy zakład budżetowy nie może być stroną umowy z gminą (również umowy o świadczenie usług publicznych) rekomendacje zawarte w tym dokumencie można stosować odpowiednio przy redagowaniu statutu zakładu czy regulaminu dotyczącego jego działalności.

II. Opis podstawowych elementów umowy o świadczenie usług publicznych w zakresie gospodarowania odpadami komunalnymi

STRONY UMOWY

Umowa zawierana jest pomiędzy organizatorem tj. gminą albo związkiem międzygminnym będącym podmiotem zobowiązanym do realizacji zadań własnych gmin w zakresie gospodarki odpadami komunalnymi a operatorem, czyli wykonawcą usług (spółką komunalną albo przedsiębiorcą zewnętrznym). W związku z powyższym strony umowy mogą zostać określone mianem organizatora i operatora, choć nie jest wykluczone posłużenie się innymi sformułowaniami (np. zamawiający i wykonawca).

PREAMBUŁA

Preambuła pozwoli na określenie celów i okoliczności zawarcia i realizacji umowy o świadczenie usług (dalej „**Umowa**”).

Rekomenduje się, aby preambuła odnosiła się w szczególności do:

- (a) stron Umowy;
- (b) celu zawarcia Umowy;
- (c) organizacji systemu gospodarki odpadami na danym obszarze i kierunków jego rozwoju, w tym ewentualnie zawierała odniesienie do właściwego planu gospodarki odpadami, o którym mowa w ustawie o odpadach;
- (d) w przypadku umowy zawieranej z podmiotem wewnętrznym (umowy wykonawczej) do informacji na podstawie których uznano, że operator jest podmiotem wewnętrznym w rozumieniu przyjętym w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości¹;
- (e) dokumentów powiązanych z Umową, w tym zwłaszcza odpowiedniej uchwały organu stanowiącego organizatora (która stanowi element podstawowy w zakresie powierzenia – Umowa jest jej uzupełnieniem), umowy spółki komunalnej (jeżeli jest ona operatorem) oraz zawartych porozumień międzygminnych dotyczących świadczenia usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami;
- (f) źródeł finansowania usług, z uwzględnieniem funduszy unijnych czy też innych instrumentów.

Niektóre z powyżej wskazanych informacji mogą zostać zawarte w oświadczeniach operatora (np. d, e, f).

POSTANOWIENIA WSTĘPNE

1.2 Definicje

¹ Problematyka podmiotu wewnętrznego została poruszona w orzeczeniach Trybunału Sprawiedliwości wymienionych w przypisie 12 na s. 22 *Wytycznych w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami* z dnia 3 marca 2010 r.

Rekomenduje się zdefiniowanie w umowie kluczowych pojęć w niej stosowanych – pomoże to zapewnić przejrzystość postanowień i jednoznaczne rozumienie używanych terminów.

Definiowane pojęcia będą zależały od konstrukcji przyjętych w ramach Umowy. Mogą być związane z rozumieniem m. in. stron Umowy (operator, organizator), przedmiotu Umowy (np. rodzaje działalności objętych powierzeniem, inne usługi), pojęć związanych ze sposobem rozliczania środków (np. rekompensata), wymaganych raportów czy sprawozdań, mechanizmu elastyczności itd.

1.3 Przedmiot Umowy

Przedmiotem Umowy jest świadczenie usług publicznych w zakresie gospodarki odpadami. Realizacja tych zadań może w szczególności polegać na budowie, utrzymaniu i eksploatacji własnych lub wspólnych z innymi gminami lub przedsiębiorcami instalacji i urządzeń do odzysku i unieszkodliwiania odpadów komunalnych.

Decyzja dotycząca przedmiotu Umowy (mieszczącego się w ramach realizacji usług z zakresu gospodarki odpadami) należy do organizatora i zależy m.in. od:

- (a) obowiązującego na danym obszarze systemu świadczenia usług z zakresu gospodarki odpadami;
- (b) struktur i podmiotów zaangażowanych w organizowanie i realizację tej działalności;
- (c) przyjętego podziału kompetencji i zadań organizatora oraz operatora.

Umowa może obejmować nie tylko zobowiązanie do prowadzenia działalności ściśle związanej z budową i eksploatacją instalacji do odzysku lub unieszkodliwiania odpadów komunalnych, ale również działalności z nią bezpośrednio związanej (usługi dodatkowe).

Określając przedmiot Umowy należy:

- (a) w przypadku umów o świadczenie usług publicznych zawieranych z przedsiębiorcą zewnętrznym sformułować postanowienie powierzające obowiązek świadczenia usług publicznych zgodnie z wymaganiami wynikającymi z art. 4 decyzji KE,
- (b) w przypadku umów wykonawczych nawiązać do okoliczności wskazujących, że organizator powierza świadczenie usług, a operator zobowiązuje się do ich świadczenia, np. poprzez odniesienie do dokumentu, w którym takie postanowienie jest zawarte (uchwały rady gminy)

1.4 Zakres usług

1.4.1 Uwagi wstępne

Umowa o świadczenie usług powinna jednoznacznie określać zobowiązania z tytułu świadczenia usług publicznych, które musi wypełniać operator.

Powierzenie spółce komunalnej zadań zaspokajania potrzeb mieszkańców na terenie gminy macierzystej oraz określenie reguł finansowania działalności spółki następuje w formie uchwały

organu stanowiącego i aktu założycielskiego spółki² (tj. umowy albo statutu spółki komunalnej). Kwestie szczegółowe związane z realizacją ww. zadań należy uregulować w umowie wykonawczej, która nie podlega Prawu zamówień publicznych, ponieważ źródłem zobowiązania do świadczenia usługi jest w takim przypadku odpowiedni akt władczy³.

Zakres powierzenia nie może być określony ogólnikowo, lecz możliwie szczegółowo, przy pomocy sprawdzalnych kryteriów.

W sytuacji, w której organizator nie powierzył świadczenia usług swojemu podmiotowi wewnętrznemu, wybór operatora (przedsiębiorcy zewnętrznego) następuje na zasadach i w ramach konkurencyjnych procedur uregulowanych w:

- ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655, z późn. zm.);
- ustawie z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2009 r. Nr 19, poz.100);
- ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz. U. z 2009 r. Nr 19, poz. 101).

Ze względu na szczególny rodzaj Umowy (usługi publiczne, świadczone w sposób ciągły, zależne od określonych czynników, w tym również zewnętrznych) oraz jej długoterminowy charakter, rekomenduje się wprowadzenie określonych mechanizmów zapewniających elastyczność w definiowaniu zakresu.

Zakres Umowy będzie ograniczony limitami zobowiązań określonymi w uchwale organu stanowiącego gminy wyrażającej zgodę na zaciągnięcie wieloletniego zobowiązania finansowego.

1.4.2 Sposób określenia zakresu powierzenia

Określenie zakresu powierzenia w sposób ogólnikowy, bez odniesienia do sprawdzalnych kryteriów (np. „Powierza się spółce [xx] w gminie [xx] świadczenie usług w zakresie gospodarki odpadami na okres do dnia [xx]”), jest nieprawidłowe.

Wszystkie dokumenty na podstawie których następuje obowiązek powierzenia operatorowi zobowiązania do świadczenia usług publicznych powinny określać:

- a) czas trwania obowiązku świadczenia usługi publicznej oraz jego zasięg terytorialny, rozumiany jako terytorium gminy albo gmin (udziałowców spółki komunalnej, członków związku międzygminnego czy stron porozumienia międzygminnego), z którego będą przyjmowane odpady,
- b) zakres obowiązku świadczenia usługi publicznej poprzez precyzyjne opisanie rodzaju usług, których świadczenie zostało powierzone,
- c) poziom opłat za każdy rodzaj usługi, który może zostać wskazany w cenniku akceptowanym przez organizatora, stanowiącym załączniki do umowy o świadczenie usług publicznych,

² Patrz przyp. 13 na s. 23 Wytucznych.

³ Patrz przyp. 14 na s. 24 Wytucznych

- d) obowiązki spółki wobec odbiorców usług publicznych świadczonych przez spółkę oraz warunki korzystania z tych usług, które mogą zostać uregulowane w regulaminie świadczenia usług stanowiącym załącznik do umowy o świadczenie usług publicznych,
- e) ustalenia dotyczące unikania i zwrotów nadwyżek rekompensat.

1.4.3 Mechanizm elastyczności

Jak wspomiano powyżej, w ramach definiowania zakresu usług zalecane jest skonstruowanie mechanizmu pozwalającego na zachowanie elastyczności w odniesieniu do zakresu powierzonych operatorowi usług, przy jednoczesnym wyznaczeniu granic powierzenia (zachowaniu przesłanki jednoznacznego określenia zobowiązania). Mechanizm może przyjąć formę m.in.:

- (i) określonego przedziału wahań w zakresie ilości przyjmowanych odpadów albo zapewnienia zdolności do przyjmowania określonej ilości odpadów, przy czym przedział wahań określa np. zakres dopuszczalnych zmian (*in plus* i *in minus*) wartości w danym okresie realizacji Umowy, którą ma przyjąć operator w stosunku do określonej wartości referencyjnej (np. ilości w poprzednim roku kalendarzowym); lub
- (ii) wskazania jasno określonych przesłanek (poprzez enumeratywne wyliczenie sytuacji, w których może nastąpić zmiana) i zapewnienie transparentnych procedur dokonywania zmian w ww. zakresie.

Mechanizm elastyczności powinien zostać określony już w momencie dokonywania powierzenia.

1.4.4 Inne usługi (usługi dodatkowe)

W przypadku gdy przedmiotem Umowy są również inne usługi bezpośrednio związane z realizacją usług podstawowych (czyli gospodarki odpadami w ramach realizacji zadań własnych gminy) należy pamiętać o odpowiednich postanowieniach dotyczących określenia zakresu tej działalności (z uwzględnieniem zasad wykorzystania w celu realizacji tej działalności składników majątkowych wykorzystywanych do realizacji usług publicznych).

Przykład usług dodatkowych mogą stanowić usługi związane ze zbieraniem i wywożeniem odpadów komunalnych (a także błota, śniegu, lodu i innych zanieczyszczeń) powstałych na terenie nieruchomości należących do gminy.

1.4.5 Obszar świadczenia usług

Zgodnie z obowiązującymi wymogami, Umowa powinna jednoznacznie określić obszar geograficzny świadczenia usług przez operatora (tj. terytorium, o którym mowa w pkt. 1.4.2 a).

Mając na uwadze uwarunkowania krajowego systemu wykonywania zadań przez jednostki samorządu terytorialnego, zadania mogą być wykonywane na obszarze objętym administracyjnym władztwem organizatora, a w przypadku zawarcia przez organizatora porozumień międzygminnych (względnie utworzenia związku międzygminnego) z innymi gminami, również obszar tych gmin.

Mając na uwadze powyższe, w Umowie należy określić:

- (a) obszar świadczenia usług obejmujący terytorium danego organizatora albo

- (b) obszar świadczenia usług obejmujący terytorium organizatora i obszary innych gmin, na podstawie odpowiednich porozumień międzygminnych.

W przypadku powierzenia świadczenia usług spółce komunalnej będącej podmiotem wewnętrznym kwestia ta może zostać uregulowana również w innych dokumentach np. uchwale rady gminy czy umowie spółki.

PODSTAWOWE PRAWA I OBOWIĄZKI ORGANIZATORA

W Umowie powinny zostać określone prawa i obowiązki stron związane z realizacją przedmiotu Umowy.

Zakres praw i obowiązków zależy od przyjętego podziału zadań i jest wynikiem negocjacji stron. Poniżej został przedstawiony przykładowy katalog praw i obowiązków organizatora.

Do podstawowych praw i obowiązków organizatora może należeć:

- (a) wypłata rekompensaty za świadczone usługi, zgodnie z przyjętymi w umowie zasadami i obowiązującymi przepisami prawa, przy czym wypłatę należy rozumieć jako przekazanie środków własnych samorządu gminnego albo zapewnienie wypłaty środków przez podmioty trzecie (instytucje zarządzające, wdrażające);
- (b) opracowywanie planu gospodarki odpadami i regulaminu utrzymania czystości i porządku;
- (c) określenie cen świadczenia usług (przygotowanie odpowiednich planów w tym zakresie), przy czym dopuszczalny jest tryb określenia cen polegający na przygotowaniu przez operatora propozycji kalkulacji cen i ich weryfikacji przez operatora zakończonej akceptacją cen;
- (d) określenie jakościowych parametrów dotyczących świadczonych usług (określenie parametrów może odbywać się przy współudziale operatora);
- (e) monitoring i kontrola realizacji usług oraz prawo do żądania w określonym zakresie sprawozdań;
- (f) realizacja innych obowiązków wynikających z przyjętego w ramach organizowania i realizacji usług systemu gospodarki odpadami.

PODSTAWOWE PRAWA I OBOWIĄZKI OPERATORA

W Umowie powinny zostać określone prawa i obowiązki stron związane z realizacją przedmiotu Umowy.

Zakres praw i obowiązków zależy od przyjętego podziału zadań i jest wynikiem negocjacji stron. Poniżej został przedstawiony przykładowy katalog praw i obowiązków operatora⁴.

⁴ Należy podkreślić, że konstrukcja katalogu praw i obowiązków operatora, a także innych postanowień umowy, w przypadku, gdy będzie nim podmiot wewnętrzny, powinna uwzględniać fakt, że podmiot ten nie może utracić statusu podmiotu wewnętrznego przez cały okres realizacji umowy.

Do podstawowych praw i obowiązków operatora należałoby zaliczyć:

- (a) prawo do uzyskania rekompensaty za świadczone usługi, zgodnie z przyjętymi w umowie zasadami i obowiązującymi przepisami prawa,
- (b) wykonywanie usług (w zależności od przyjętego przedmiotu umowy) o określonych parametrach ilościowych, jakościowych i technicznych, zgodnie z przyjętymi w umowie zasadami i obowiązującymi przepisami prawa, określającymi ogólne zasady świadczenia usług w zakresie gospodarki odpadami,
- (c) realizowanie Umowy zgodnie z uzgodnionymi przez strony lub określonymi przez organizatora parametrami jakościowymi i technicznymi;
- (d) rozliczanie świadczonych usług (np. poprzez ewidencjonowanie zrealizowanych świadczeń oraz pobranych opłat) zgodnie z zasadami zawartymi w umowie i obowiązującymi przepisami prawa;
- (e) posiadanie wymaganych decyzji, zezwoleń, pozwoleń, ubezpieczenia;
- (f) realizacja innych obowiązków wynikających z przyjętego w ramach organizowania i realizacji usług systemu gospodarki odpadami.

ZASADY ŚWIADCZENIA USŁUG

W ramach tej części Umowy uszczegółowione powinny zostać zasady i warunki obowiązujące przy świadczeniu usług.

W celu zachowania przejrzystości postanowień umownych, zasadne jest redakcyjne rozdzielanie zasad świadczenia usług, sposobu organizacji wykonania umowy, elementów jakościowych, praw usługobiorców związanych z wykonywaniem zadania przez operatora oraz zasad korzystania z infrastruktury (należącej do operatora bądź udostępnianej operatorowi przez organizatora) od zasad konstytuujących system rozliczania usług, regulujący przekazywanie rekompensaty i jej monitorowanie pod kątem ewentualnych nadwyżek.

1.5 Świadczenie usług publicznych (umowa wykonawcza)

Umowa wykonawcza powinna uszczegóławiać zasady powierzenia w stosunku do uchwały macierzystej gminy.

W związku z powyższym, Umowa powinna zawierać ustalenia dotyczące:

- (a) obliczania rekompensaty (metodyka wyliczania rekompensaty),
- (b) unikania i zwrotów nadwyżek rekompensaty..

1.6 Usługi dodatkowe

W zależności od przedmiotu i ujęcia usług dodatkowych, w Umowie należałoby określić zasady konkretyzacji ich zakresu w poszczególnych okresach rozliczeniowych.

1.7 Parametry świadczonych usług

1.7.1 Uwagi wstępne

Określenie parametrów jakościowych i technicznych związanych ze świadczonymi usługami stanowi uprawnienie organizatora oraz powinno wiązać się z ustaleniem zasad odpowiedzialności operatora w tym zakresie.

Określenie parametrów związanych ze świadczeniem usług oraz konsekwencji ich niedotrzymania zapewni odpowiedni poziom jakościowy świadczonych usług, a także pozwoli na uzależnienie wynagrodzenia za usługi od sposobu ich wykonania, ich efektywności i wydajności operatora.

1.7.2 Parametry jakościowe

Katalog parametrów jakościowych zawarty w Umowie zależy od wymagań stawianych przez organizatora w odniesieniu do standardów usług i w efekcie od wyników negocjacji w tym zakresie z operatorem.

1.7.3 Potrącenia

Umowa powinna (np. w załączniku) również określić, uwzględniając charakterystykę danego parametru i zakres dostępnych danych, zasady i wysokość potrącenia rekompensaty z karami umownymi za niewykonanie lub nienależyte wykonanie usługi poprzez niedotrzymanie określonych parametrów. Potrącenia mogą zostać uzależnione od przyjętego mechanizmu wynagradzania, mogą zostać określone procentowo, zdefiniowane przez wskazanie określonej kwoty, poprzez odwołanie się do np. części należnej rekompensaty.

1.8 Opłaty uiszczane przez usługobiorców

W odniesieniu do wysokości opłat płaconych przez podmioty korzystające z usług operatora, ramach postanowień umownych:

- (a) należy wskazać, kto jest odpowiedzialny za opracowanie odpowiedniego cennika;
- (b) można przewidzieć współpracę stron przy opracowywaniu cennika, w kontekście generowanych w związku ze świadczeniem usługi kosztów – np. konsultacja opracowanego przez operatora projektu cennika z organizatorem.

1.9 „Opłaty na bramie”

Bez względu na przyjęty system organizacji świadczenia usług i ich rozliczania, przychody z „opłaty na bramie” stanowią jedno ze źródeł przychodu uwzględnianych przy określaniu rekompensaty za świadczone usługi.

1.10 Działalność bezpośrednio związana ze świadczeniem usług – usługi dodatkowe

W przypadku prowadzenia przez operatora działalności w zakresie usług dodatkowych (bezpośrednio związanej ze świadczeniem powierzonych usług) należy rozważyć uregulowanie w umowie zasad dotyczących jej prowadzenia, w tym w kontekście np. parametrów jakościowych czy

wykorzystania do realizacji tej działalności składników majątkowych wykorzystywanych również do świadczenia działalności podstawowej (gospodarowania odpadami)⁵.

Jednocześnie ze względu na konieczność określenia właściwego poziomu rekompensaty należy ustalić koszty i przychody pochodzące z ww. działalności oraz zawrzeć postanowienia odnośnie ich ujęcia w ramach systemu rozliczania rekompensaty. Takie informacje mogą zostać uregulowane w ramach postanowień dotyczących kalkulacji rekompensaty.

1.11 Podwykonawstwo

W umowie należy wskazać, czy i w jakim zakresie dopuszczalne jest korzystanie przez operatora z podwykonawców w ramach świadczenia przez niego usług.

Przy powierzeniu świadczenia usług tzw. podmiotowi wewnętrznemu, należy zwrócić uwagę na fakt, iż ma on obowiązek samodzielnego świadczenia tzw. przeważającej części powierzonych usług (pojęcie to nie jest zdefiniowane w przepisach ani w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości).

1.12 Badanie jakości świadczonych usług

Postanowienia zawarte w tym rozdziale umowy mają na celu badanie efektywności i jakości świadczonych przez operatora usług.

W tym zakresie umowa może zawierać:

- (a) postanowienia dotyczące zgłaszanych przez usługobiorców skarg i postępowania z tymi skargami przez operatora. Informacje mogą być przedkładane np. w ramach okresowych raportów, przy czym rekomenduje się zharmonizowanie raportów dotyczących skarg z przedkładaniem raportów w ramach rozliczania rekompensaty i systemem płatności, o których mowa poniżej. Jednocześnie należy rozważyć wpływ raportów dotyczących skarg (wyników w nich zawartych) na poziom wypłacanej rekompensaty;
- (b) postanowienia dotyczące przeprowadzania okresowych badań opinii klientów; rozstrzygnięte powinny zostać kwestie m.in. dotyczące tego kto i w jakim zakresie, a także z jaką częstotliwością przeprowadza powyższe badania. Jednocześnie należałoby rozstrzygnąć czy i w jaki sposób wyniki tych badań mogą być uwzględniane przy obliczaniu właściwego poziomu rekompensaty. W tym zakresie rekomenduje się wprowadzenie rozwiązań zapobiegających nieuzasadnionemu zawyżaniu rekompensaty.

1.13 Odrębna rachunkowość, działalność uboczna operatora

⁵ Kwestie związane z zasadami dysponowania składnikami majątkowymi mogą również stanowić przedmiot odrębnych umów (np. umowy dzierżawy). Wówczas należy zapewnić, aby umowy te były ściśle skorelowane z umową o świadczenie usług publicznych.

Wymagania w tym zakresie wynikają z przepisów ustawy z dnia 22 września 2006 r. o przejrzystości stosunków finansowych pomiędzy organami publicznymi a przedsiębiorcami publicznymi oraz o przejrzystości finansowej niektórych przedsiębiorców (Dz. U. Nr 191, poz. 1411, z późn. zm.), w związku z czym to one powinny stanowić główny punkt odniesienia przy redagowaniu postanowień Umowy w tym zakresie.

W celu zapewnienia wymaganej przejrzystości oraz uniknięcia subsydiowania skrośnego w ramach świadczenia powierzonych usług (tj. pokrywania kosztów wygenerowanych w ramach jednego rodzaju prowadzonej przez operatora przychodami pochodzącymi z innego rodzaju prowadzonej działalności gospodarczej) w Umowie:

- (a) w zakresie wynikającym z obowiązujących przepisów powinny znaleźć się postanowienia dotyczące obowiązku prowadzenia odrębnej rachunkowości dla usług świadczonych na podstawie powierzenia oraz działalności innej niż działalność powierzona (tzw. działalność uboczna)⁶;
- (b) można podkreślić, iż obliczanie kosztów i przychodów będzie odbywało się zgodnie z obowiązującymi zasadami rachunkowości i przepisami podatkowymi;
- (c) w zależności od stanu faktycznego należy rozważyć zawarcie w Umowie postanowień dotyczących dopuszczalności, zakresu i zasad prowadzenia przez operatora działalności ubocznej, w tym przy uwzględnieniu warunków wykorzystywania do prowadzenia tej działalności składników majątkowych wykorzystywanych do realizacji usług związanych z realizacją zadań własnych gminy w zakresie gospodarki odpadami. Prowadzenie działalności ubocznej przez tzw. podmiot wewnętrzny może odbywać się pod warunkiem, że tego rodzaju działalność zachowa wymiar marginalny.

Powyższe postanowienia mogą zostać uregulowane odpowiednio w załączniku dotyczącym sposobu rozliczania rekompensaty.

SYSTEM FINANSOWANIA USŁUG - REKOMPENSATA

1.14 Metodyka wyliczania rekompensaty

Umowa, w celu zapewnienia jej zgodności z Decyzją KE oraz zapobieżenia wypłacaniu nadmiernej rekompensaty za świadczone usługi, powinna zawierać metodykę wyliczania poziomu rekompensaty. Metodyka powinna uwzględniać wszelkie koszty i przychody związane ze świadczeniem usług oraz rozsądny zysk operatora. W przypadku prowadzenia przez organizatora działalności dodatkowej – powinna ona być uwzględniona w ramach opracowywanej metodyki.

Ze względu na fakt, iż w efekcie od poprawnej kategoryzacji i alokacji kosztów oraz przychodów z działalności operatora zależy poprawne określenie poziomu rekompensaty wydaje się zasadne, aby metodyka stanowiąca załącznik do Umowy powinna zawierać główne kategorie kosztów i przychodów związanych z wykonywaniem powierzonej usługi oraz w przypadku, gdy to konieczne (ze względu na system księgowy) odpowiednie klucze alokacji kosztów i przychodów. Metodyka

⁶ Jako przykłady działalności ubocznej można wskazać realizowane przez operatora na rzecz podmiotów zewnętrznych sprzedaż kompostu lub energii czy też dzierżawę lub najem powierzchni (w tym reklamowej). Zakres działalności ubocznej powinien być ustalony każdorazowo przy uwzględnieniu konkretnego stanu faktycznego.

powinna również zawierać postanowienia odnoszące się do określania rozsądnego zysku operatora.

W ramach określania odpowiedniego poziomu rekompensaty (w celu uniknięcia nadmiernej rekompensaty) należy wziąć pod uwagę również ewentualne mechanizmy bonusowe oraz mechanizmy zapewniania efektywności zastosowane w umowie (jeśli takie zostały przewidziane), zachęcające do poprawiania jakości świadczonych usług, a związane z osiąganiem przez operatora pozytywnych wyników w zakresie jakości świadczonych usług (np. przyznawane na podstawie badania jakości usług zgodnie z punktem 1.12).

Ustalając właściwy poziom rekompensaty i mając na względzie konstrukcję konkretnej umowy, należy wziąć pod uwagę wszelkie przysporzenia ze źródeł publicznych na rzecz operatora (np. przyznanie dofinansowania z funduszy unijnych).

Rekomenduje się, aby metodyka została przygotowana przez ekonomistów (oraz księgowych) i została zawarta w załączniku do umowy. Opracowując metodykę należy mieć na uwadze zalecenia zawarte w dokumencie p.t. *Najczęściej zadawane pytania dotyczące Wytycznych Ministra Rozwoju Regionalnego w zakresie reguł dofinansowania z programów operacyjnych podmiotów realizujących obowiązek świadczenia usług publicznych w ramach zadań własnych jednostek samorządu terytorialnego w gospodarce odpadami*.

1.15 Postanowienia proceduralne dotyczące rekompensaty:

Umowa powinna regulować kwestie proceduralne dotyczące rekompensaty, w tym powinna określać, w jaki sposób oraz w jakich terminach rekompensata będzie rozliczana i weryfikowana.

W umowie powinien zostać określony system składania okresowych raportów w sprawie świadczonych usług oraz ostatecznego rozliczania rekompensaty w danym okresie (postanowienia te powinny zostać zharmonizowane z systemem płatności, o którym mowa poniżej), co pozwoli na gromadzenie niezbędnych informacji na temat świadczonych usług. Rozliczenie rekompensaty może następować np. na podstawie analizy dokonanej przez organizatora w oparciu o przedłożone przez operatora rozliczenie lub na bazie przeprowadzonego w tym celu audytu (przez audytora powołanego przez operatora).

W umowie można wskazać dokumenty, na podstawie których potwierdzana jest prawidłowość poniesionych kosztów czy uzyskanych przychodów.

1.16 System płatności

Umowa powinna określać zasady i sposób dokonywania płatności w ramach rekompensaty (w powiązaniu z systemem raportowania, o którym mowa powyżej). W przypadku konstruowania systemu płatności możliwe jest zastosowanie np.:

- (a) systemu zaliczkowego (płatność z góry) – system ten musi być uzupełniony systemem przygotowywania szczegółowych projekcji przychodów i kosztów przed otrzymaniem zaliczki, jak również o system rozliczania rzeczywiście należnej rekompensaty po zakończeniu danego okresu i mechanizm zwrotu nadmiernej rekompensaty lub dopłacania niedostatecznej rekompensaty;

- (b) systemu opartego na rzeczywiście poniesionych kosztach i wygenerowanych przychodach (płatność z dołu) – w tym systemie nie jest konieczne przygotowywanie szczegółowych projekcji przychodów i kosztów; system może być uzupełniony o okresową weryfikację przedkładanych rozliczeń kosztów i przychodów i związany z nim mechanizm zwrotu nadmiernej rekompensaty lub dopłacania niedostatecznej rekompensaty.

Płatności są dokonywane i rozliczane w zależności od przyjętej procedury rozliczania rekompensaty (np. okresowo lub rocznie, na podstawie wystawianych faktur VAT). Jednocześnie ze względu na charakter środków jak i status organizatora rozliczenia rekompensaty i płatności z tytułu świadczenia usług powinny być zgodne z odpowiednimi przepisami o finansach publicznych.

MONITORING I KONTROLA REALIZACJI USŁUG

Umowa powinna zawierać postanowienia dotyczące monitoringu i kontroli przez organizatora świadczonych przez operatora usług, w tym m.in. umowa powinna przesądzić, kto, na jakich zasadach i w jakich odstępach czasu przeprowadza monitoring i kontrolę realizacji usług, zwłaszcza w zakresie przyjętych parametrów jakościowych. Jednocześnie rekomenduje się wprowadzenie obowiązku dokonywania kontroli na miejscu, mających na celu badanie prawidłowości realizacji projektu.

System monitoringu może opierać się np. na raportach (sprawozdaniach) składanych przez operatora, w których będą zawarte ustalone przez strony informacje, określonych działaniach organizatora czy badaniach klientów (por. m.in. punkt 1.12). Jednocześnie można rozważyć wprowadzenie w ramach umowy m.in. planu kontroli.

Jednocześnie rekomenduje się rozważenie ujęcia w Umowie ewentualnych postanowień dotyczących mechanizmów współpracy pomiędzy organizatorem a operatorem. Celem tej współpracy, mającej w dużej mierze charakter roboczy, byłaby stała wymiana informacji na temat wykonywanych zobowiązań umownych i podejmowanie ewentualnych działań na rzecz usprawnienia funkcjonowania lokalnego systemu gospodarowania odpadami.

KARY UMOWNE

W celu zapewnienia odpowiedniej jakości wykonania zadania, umowa powinna określać katalog możliwych kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług.

Kary mogą dotyczyć:

- (a) uchybień proceduralnych (np. niedotrzymanie terminu, nieprzedłożenie wymaganych informacji lub raportów);
- (b) uchybień jakościowych (np. niewywiązanie się z danego zobowiązania wynikającego z umowy, uchybienie ustalonym parametrom świadczonych usług – potrącenia zgodnie z punktem 1.7.3 niniejszego dokumentu).

Dla danego typu kary umownej, przy uwzględnieniu jej charakterystyki i z zachowaniem zasady proporcjonalności, należałoby zdefiniować zasady pozwalające określić wysokość kary, wskazana odpowiednia kwota lub procentowe potrącenie części rekompensaty.

Umowa powinna zawierać również zasady naliczania i potrącania należności z tytułu kar umownych, w tym regulować terminy ich płatności.

OBOWIĄZYWANIE UMOWY

1.17 Okres obowiązywania Umowy

Przepisy TFUE nie przewidują maksymalnego okresu, na jaki mogą być zawierane umowy o świadczenie usług publicznych w gospodarce odpadami, jednakże okres na jaki została zawarta umowa o świadczenie usług publicznych, co do zasady, powinien wynikać z analizy finansowej przedsięwzięcia, tzn. okres zobowiązania powinien być tożsamy z okresem analizy (referencyjnym), na podstawie której ustalono wysokość dofinansowania projektu (np. dotacji z FS).

W zakresie spełnienia wymagania zachowania trwałości projektu (art. 57 rozporządzenia 1083/2006) zalecane jest, aby okres ten obejmował co najmniej 5 lat po przewidywanej dacie zakończenia realizacji projektu.

1.18 Zmiany umowy

Umowa powinna określać formę i zasady dokonywania zmian jej postanowień. Jest to istotny element umowy m.in. ze względu na konieczność zachowania zasad konkurencji.

Biorąc pod uwagę fakt, że zlecenie świadczenia usług może nastąpić nie tylko na podstawie powierzenia bezpośredniego tzw. podmiotowi wewnętrznemu, ale również podmiotowi zewnętrznemu w wyniku procedury konkurencyjnej (zamówienie publiczne, koncesja, partnerstwo publiczno-prywatne), należy wziąć pod uwagę przepisy obowiązujące w tym zakresie⁷.

W przypadku tzw. podmiotu wewnętrznego, pomimo iż umowa zawierana jest w sposób bezpośredni, możliwość zmian powinna być ograniczona w stosunku do umów cywilnoprawnych funkcjonujących w obrocie gospodarczym.

W ramach postanowień umownych dotyczących zmiany:

- (a) powinna zostać określona forma i zakres dokonywania zmian z uwzględnieniem właściwych przepisów w tym zakresie;

⁷ Zgodnie z aktualnie obowiązującymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, treść umowy nie może być zmieniana w stosunku do treści oferty, na podstawie której dokonano wyboru wykonawcy, chyba że zamawiający przewidział możliwość dokonania takiej zmiany w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia oraz określił warunki takiej zmiany. Jednocześnie przepisy dotyczące koncesji czy partnerstwa publiczno-prywatnego zawierają nawet bardziej rygorystyczne podejście do możliwości zmian postanowień umowy w stosunku do treści oferty. Zgodnie z tymi regulacjami zakazuje się zmian postanowień umowy, chyba że konieczność tych zmian wynika z okoliczności, których nie można było przewidzieć w dniu zawarcia umowy. Dokonanie zmiany z naruszeniem powyższych przepisów jest nieważne z mocy prawa.

- (b) należy rozważyć specyfikę określonych informacji, które będą aktualizowane w danych przedziałach czasowych na przestrzeni całego okresu powierzenia;
- (c) powinien zostać określony sposób postępowania w przypadku dokonywania istotnych zmian do umowy, w wyniku których może dojść do naruszenia zasad np. w zakresie dopuszczalnej wysokości rekompensaty – możliwość wprowadzania takich zmian powinna zostać ograniczona.

1.19 Siła wyższa

Rekomenduje się, aby umowa zawierała postanowienia dotyczące wystąpienia siły wyższej i wpływu tego zdarzenia na świadczenie usług.

W polskim systemie prawa nie ma konieczności precyzowania pojęcia siły wyższej oraz skutków jej wystąpienia, jednak w umowie można wskazać na wyłączenie odpowiedzialności stron z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania usług w przypadku wystąpienia siły wyższej oraz przewidzieć możliwość rozwiązania albo wypowiedzenia umowy w przypadku wystąpienia siły wyższej, która uniemożliwia świadczenie usług przez dłuższy okres (np. 6 miesięcy).

1.20 Rozwiązywanie sporów

Umowa powinna zawierać zasady dotyczące rozwiązywania sporów wynikających ze stosunku pomiędzy stronami. Strony mogą zdecydować na poddanie się właściwości sądów powszechnych lub sądu polubownego.

1.21 Ustania stosunku prawnego (wygaśnięcie umowy).

Umowa może określać przesłanki rozwiązania stosunku prawnego, który powstał na jej podstawie. W tym zakresie można przewidzieć możliwość:

- (a) jej rozwiązania (na mocy porozumienia stron);
- (b) jej wypowiedzenia lub odstąpienia⁸ od niej w razie:
 - (i) wystąpienia formalnej niemożliwości kontynuacji świadczenia usług przez operatora (np. brak wymaganych prawem decyzji, pozwoleń lub zezwoleń);
 - (ii) uniemożliwienia świadczenia usług przez określony czas w rezultacie wystąpienia siły wyższej;

⁸ Odstąpienie i wypowiedzenie są dwoma sposobami zakończenia stosunków umownych bez zaspokojenia dłużnika. Odstąpienie dotyczy umów ze świadczeniem jednorazowym, np. umowy sprzedaży, umowy o dzieło i wywiera skutek wsteczny. Natomiast wypowiedzenie dotyczy umów ze świadczeniem ciągłym, np. umowy agencyjnej, umowy najmu, umowy o świadczenie usług i jest skuteczne na przyszłość. Jednakże, należy zwrócić uwagę, że zgodnie z art. 395 k.c. można zastrzec również możliwość odstąpienia od umowy o świadczenie ciągłe (umowne prawo odstąpienia). Takie odstąpienie od umowy powoduje wygaśnięcie stosunku zobowiązaniowego jedynie ze skutkiem na przyszłość. Efekt jest zatem taki, jak przy wypowiedzeniu umowy. Mając na względzie powyższe w przypadkach opisanych w 1.21(b) strony mogą przewidzieć zarówno możliwość wypowiedzenia jak i odstąpienia od umowy.

- (iii) utraty przez operatora statusu tzw. podmiotu wewnętrznego – w przypadku świadczenia usług przez taki podmiot.

POSTANOWIENIA KOŃCOWE

W ramach postanowień końcowych mogą zostać uregulowane m.in.:

- (a) kwestie dotyczące technicznych aspektów wymiany pomiędzy stronami informacji dotyczących wykonywania przedmiotu umowy;
- (b) postanowienia dotyczące poufności określonego typu informacji związanych ze świadczonymi usługami.

ZAŁĄCZNIKI

Mając na uwadze zakreślone powyżej ramy umowy oraz jej treść należy rozważyć zawarcie części informacji, ze względu na ich charakter (np. konieczność okresowego uaktualniania, konieczność zapewnienia dostępu do właściwych informacji), w ramach załączników do umowy.

Rekomenduje się zawarcie w załącznikach m.in.:

- (a) parametrów jakościowych i technicznych usług publicznych wraz z określeniem wielkości potrącenia, w przypadku uchybienia wskaźnikowi (por. pkt 1.7.2 i **Błąd! Nie można odnaleźć źródła odwołania.**);
- (b) metodyki wyliczania rekompensaty, w tym wskazania rodzajów kosztów i przychodów związanych z usługą i zdefiniowania rozsądnego zysku (por. pkt 1.14);
- (c) formularzy raportów składanych w ramach procedury rozliczania i weryfikacji rekompensaty;
- (d) formularzy raportów/zakresu informacji składanych w ramach procesu monitorowania; zakresu kontroli - w zależności od przyjętego rozwiązania – można rozważyć załączenie do umowy planu kontroli;
- (e) w zależności od przyjętego rozwiązania – zasad dotyczących prowadzenia działalności dodatkowej (bezpośrednio związanej z powierzonymi usługami);
- (f) w przypadku przekazania określonych składników majątkowych bezpośrednio na podstawie umowy – jeśli nie regulują tego odrębne umowy, w załącznikach można określić zasady korzystania z tych składników i w razie konieczności wpływ ich wykorzystywania na koszty świadczenia usług, a tym samym wysokość rekompensaty;
- (g) rodzaje kar i wielkości potrąceń;
- (h) w przypadku, gdy Umowa będzie zawierała mechanizmy stymulujące poprawę jakości świadczonych usług, dotyczące np. osiągania przez operatora pozytywnych wyników w zakresie jakości świadczonych usług (podstawą mogą być badania jakości usług zgodnie z punktem 1.12), w załączniku można zamieścić informacje dotyczące ustalonych wskaźników i wysokości premii z tym związanej;

- (i) w przypadku istnienia innych umów czy porozumień bezpośrednio związanych z wykonaniem umowy (porozumienia międzygminne, umowy związane z korzystaniem z infrastruktury) – należy rozważyć załączenie do umowy wykazu tych dokumentów.