

Zaciąganie długu przez jednostki samorządu terytorialnego w świetle nowego Prawa zamówień publicznych

W sytuacji, w której potrzeby samorządu terytorialnego są niemalże nieograniczone, a dochody – zarówno własne, jak i transferowane z budżetu państwa – bardzo nieadekwatne do potrzeb, niezbędne staje się skorzystanie ze źródeł zewnętrznych – innymi słowy, zaciągnięcie długu. Według danych Ministerstwa Finansów, na koniec III kwartału 2003 r. zadłużonych było 2628 j.s.t. (na 2808 jednostek ogółem, czyli 93,5%), a łączna kwota zadłużenia wynosiła blisko 16 mld zł. Z tej kwoty 4,6% stanowią zobowiązania wymagalne, w większości będące zobowiązaniami z tytułu dostaw towarów i usług, pozostałe zobowiązania to kredyty i pożyczki (79,8%) oraz wyemitowane papiery wartościowe (15,5%). Zatem zaciąganie długu z wykorzystaniem podstawowych instrumentów rynku finansowego jest zjawiskiem w polskim samorządzie powszechnym – a korzystanie z usług rynku finansowego, podobnie zresztą jak z innych usług, musi odbywać się z zachowaniem procedur zamówień publicznych.

Powody, dla których wprowadza się szczególnie reżim udzielania zamówień przez pewne instytucje publiczne (podstawowy cel regulacji), nie są określone ani w polskiej ustawie, ani w europejskich dyrektywach. Mówi o nich natomiast Preambuła Ustawy Modelowej ONZ o zamówieniach publicznych¹. W myśl niej ogólnym uzasadnieniem norm regulujących udzielanie zamówień publicznych jest: maksymalizowanie oszczędności i efektywności zamówień publicznych; zachęcanie do uczestniczenia w postępowaniu w sprawie zamówienia poprzez wspieranie konkurencji pomiędzy wykonawcami i dostawcami; działanie na rzecz rzetelnego i równorzędnego traktowania wykonawców i dostawców; dążenie do przejrzystości oraz uczciwości, rzetelności i publicznego zaufania do procesu zamawiania.

Jak wiadomo – najlepszą drogą do uzyskania przez kupującego możliwie korzystnych cen jest zapewnienie istnienia uczciwej i równej konkurencji dużej ilości sprzedawców. Co do zasady, taki jest właśnie główny cel przepisów o zamówieniach publicznych. Choć procedury udzielania zamówień publicznych są nierzadko uciążliwe i pracochłonne dla zamawiających, to dobrze przeprowadzony przetarg powinien przynieść wymierne korzyści. O tym wszystkim trzeba pamiętać interpretując i stosując Prawo zamówień publicznych – podstawowym celem jest zapewnienie racjonalizacji dokonywania wydatków ze środków publicznych. Dlatego cały proces udzielania zamówienia publicznego musi być dokonywany tak, aby w jego wyniku doszło do wyboru oferty rzeczywiście najkorzystniejszej dla jednostki samorządu terytorialnego. Jest to istotne o tyle, że samo przestrzeganie procedur jako takich, wypełnianie protokołu, załączników do protokołu itp., nie doprowadzi do zrealizowania wyżej wskazanego nadrzędnego celu ustawy, jeżeli w sposób nieprzemyślany ułoży się zakres zamówienia czy kryteria oceny ofert.

Po raz pierwszy kompleksowe uregulowanie kwestii zamówień publicznych udzielanych przez jednostki samorządu terytorialnego pojawiło się w 1994 r., w ustawie z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych. Ustawa ta stała się nieodłącznym elementem „życia codziennego” samorządu w Polsce, gdyż regulowała zasady dokonywania zakupów prawie wszystkich usług i towarów. W okresie swego obowiązywania była ona wielokrotnie nowelizowana, w coraz większym stopniu dostosowywano ją do regulacji obowiązujących w UE. W perspektywie naszego członkostwa w Unii konieczne stało się jednak przygotowanie i

¹ Ustawa Modelowa ONZ o Zamówieniach Publicznych (UNCITRAL Model Law on Procurement of Goods, Constructions and Services), 1993 r.

uchwalenie całkiem nowego aktu prawnego, w pełni zgodnego z dyrektywami unijnymi². Nowa ustawa regulująca udzielanie zamówień została wniesiona do Sejmu jako projekt rządowy i uchwalona 29 stycznia 2004 r. pod nazwą „Prawo zamówień publicznych”. Składając, należy zwrócić uwagę na zmianę tytułu w porównaniu do ustawy z 1994 r.: nowa nazwa, „Prawo zamówień publicznych”, a nie po prostu „ustawa o zamówieniach publicznych”, ma podkreślać szczególną rangę i znaczenie tej regulacji.

Obecnie obowiązująca, nowa ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych definiuje w art. 2 pkt 13 „zamówienia publiczne” jako „umowy odpłatne zawierane pomiędzy zamawiającym [podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy – przyp. S.H.] a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane³. Reżimem zamówień publicznych objęte są co do zasady wszystkie wydatki dokonywane przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym jednostki samorządu terytorialnego. Jest to reguła, nazywana zasadą powszechności⁴, od której istnieje oczywiście szereg wyjątków, określonych przede wszystkim w art. 4 Prawa zamówień publicznych. W związku z tym, jednostki samorządu terytorialnego korzystając z instrumentów rynku finansowego są zobligowane do stosowania omawianej ustawy.

Mówiąc o instrumentach rynku finansowego, z których mogą korzystać samorzady, należy mieć na myśli instrumenty przede wszystkim dotyczące dwóch sytuacji: pozyskiwania środków zwrotnych na rynku pieniężnym i kapitałowym oraz inwestowania „wolnych” środków. Oprócz tego, najpowszechniejszą usługą świadczoną przez podmioty działające na rynku finansowym (banki) jest prowadzenie obsługi bankowej budżetu każdej j.s.t. Pozyskiwanie środków zwrotnych na rynku pieniężnym i kapitałowym związane jest z zaciąganiem przez j.s.t. długu w postaci kredytów i pożyczek oraz poprzez emisję papierów wartościowych – i to właśnie te zagadnienia będą przedmiotem dokładniejszych rozważań w dalszej części niniejszego artykułu. Moim celem będzie wskazanie najistotniejszych różnic (ale też podobieństw) w procedurze udzielania zamówienia związanego z pozyskaniem kredytu albo emisją obligacji, jakie niesie za sobą Prawo zamówień publicznych.

Nowe progi stosowania ustawy

Od oszacowanej wartości przedmiotu zamówienia zależy w zasadzie cały dalszy tryb postępowania, a także czas jego trwania. Prawo zamówień publicznych różnicuje bowiem procedury właśnie w zależności od szacunkowej wartości zamówienia. W ustawie, w odniesieniu do usług, w tym usług finansowych, określonych jest kilka progów, wyrażonych w euro. Nowością jest narzucenie sztywnego kursu euro dla przeliczania wartości szacunkowej przedmiotu zamówienia – rzecz niezwykle istotna przy ustalaniu, czy zostały przekroczone określone w ustawie progi. W sytuacji, w której kurs euro do złotówki podlega sporym wahaniom, ma to swoje uzasadnienie, gdyż zapobiega nadużyciom (przyjmując wysoki kurs euro można było uniknąć stosowania bardziej skomplikowanej procedury). Jednak odpowiednie rozporządzenie ma być wydawana w zasadzie co 2 lata – a to chyba

² Najważniejsze dyrektywy to: Dyrektywa Rady 92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi; Dyrektywa Rady 93/36/EEC z 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na dostawy; Dyrektywa Rady 93/37/EEC z 14 czerwca 1993 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane.

³ Uchylona ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych definiowała zamówienia publiczne w art. 2 ust.1 pkt 4 jako „opłacane przez zamawiającego usługi, dostawy lub roboty budowlane wykonywane przez dostawców lub wykonawców”. Należy zauważyć, że definicja z Prawa zamówień publicznych jest znacznie bardziej poprawna konstrukcyjnie niż ta z uchylonej ustawy, gdyż odwołuje się do ustalonego w teorii prawa cywilnego podziału umów na odpłatne i nieodpłatne, a nie używa dość potocznego zwrotu „opłacane przez zamawiającego usługi...”.

⁴ J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 48.

trochę za rzadko – wydaje się, że najlepszym rozwiązaniem byłoby wydawanie rozporządzenia co roku, przed początkiem nowego roku budżetowego. Według obecnie obowiązującego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 marca 2004 r.⁵ kurs euro używany do przeliczeń został określony na 4,0468 zł, czyli na wartość znacznie odbiegającą od rzeczywistej w tym momencie. Powoduje to faktyczne obniżenie wysokości progów, a w rezultacie to, że częściej należy stosować pełną, czyli bardziej skomplikowaną procedurę.

Pierwszym z progów zamówień publicznych jest próg 6.000 euro, który jest progiem granicznym stosowania ustawy. Oznacza to, że zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane, których wartość szacunkowa nie przekracza 6.000 euro są wyłączone spod zakresu obowiązywania ustawy Prawo zamówień publicznych, a zatem są wyłączone spod reżimu zamówień publicznych. Nie jest to rozwiązanie nowe – pod rządami starej ustawy od 26 października 2001 r. obowiązywał próg 3.000 euro, a od 20 października 2003 r. próg 6.000 euro. Wcześniej – tzn. przed 2001 rokiem – nie istniało wyłączenie niektórych zamówień spod zakresu ustawy z uwagi na ich wartość, jednakże zamówienia poniżej 3.000 euro mogły być udzielane w trybie z wolnej ręki (trzeba jednak zauważyć, że czym innym w sensie prawnym jest udzielenie zamówienia nie podlegającego ustawie, a czym innym jest udzielenie zamówienia w trybie z wolnej ręki). Jednakże wyłączenie zamówień o wartości do 6.000 euro spod zakresu obowiązywania Prawa zamówień publicznych nie oznacza bynajmniej, że udzielania takich zamówień może dokonywać się bez stosowania żadnych reguł – należy pamiętać, iż obowiązuje norma określona w przepisie art. 28 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, który stanowi m.in., że jednostki sektora finansów publicznych muszą dokonywać wydatków publicznych „w sposób celowy i oszczędny”. Trzeba powiedzieć, że próg 6.000 euro w przypadku zaciągania długu przez samorzady będzie miał znaczenie jedynie pośrednie – np. dla udzielenia zamówienia dla doradcy finansowego.

Drugim, podstawowym progiem, jest 60.000 euro. Jest to próg, który wyznacza granicę pomiędzy procedurą standardową (zgodną z normami unijnymi) a procedurą uproszczoną. Od przekroczenia tego progu zależy między innymi obowiązek publikacji ogłoszenia w Biuletynie Zamówień Publicznych, obowiązek powoływania komisji przetargowej, obowiązek żądania od oferentów bardziej szczegółowej dokumentacji, obowiązek pełnej pisemności postępowania, obowiązek żądania wadium; próg ten jest jedną z przesłanek stosowania trybu negocjacji z ogłoszeniem oraz warunkiem stosowania trybu zamówienia z wolnej ręki bez zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i trybu zapytania o cenę. Co istotne, przy prowadzeniu postępowań o wartości poniżej tego progu zamawiający może wyznaczyć krótszy termin składania ofert. Przy przetargu nieograniczonym, który jest podstawowym trybem udzielania zamówienia, minimalny termin składania ofert przy wartości do 60.000 euro wynosi 15 dni; po przekroczeniu tego progu aż 52 dni - różnica jest więc zasadnicza. Przy obecnej wysokości oprocentowania kredytów występujących na rynku, j.s.t. starające się o relatywnie niewielkie kredyty, ewentualnie kredyty krótkoterminowe⁶, będą mogły całe postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzić zgodnie z procedurą uproszczoną, a więc szybciej i łatwiej. W szczególności jest to korzystne dla małych gmin, o niewielkich budżetach, które zaciągają krótkoterminowe kredyty na kwoty rzędu kilkuset tysięcy złotych. Tę właśnie zmianę w stosunku do poprzedniej ustawy, polegającą na dwukrotnym zwiększeniu progu umożliwiającego stosowanie „uproszczonej” procedury, należy ocenić jak najbardziej pozytywnie, gdyż ułatwi ona działanie zamawiającym, zmniejszy koszty udzielania zamówień oraz koszty składania

⁵ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 8 marca 2004 r. w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych (Dz. U. Nr 40, poz. 365)

⁶ Np. przy założeniu zadłużenia zaciąganego na 6 miesięcy, wg aktualnej wysokości oprocentowania kredytów komunalnych nie przekraczającego zwykle 7 % w skali roku, kwota takiego kredytu zaciąganego wg „uproszczonych” zasad może wynieść nawet około 6-7 mln zł.

ofert (np. mniejsza ilość wymaganych zaświadczeń i załączników oraz brak wadium), nie ograniczając zarazem praw oferentów, gdyż – odmiennie niż w ustawie z 1994 r. – procedury odwoławcze obowiązują w całym zakresie stosowania Prawa zamówień publicznych.

Wspomniane zostało powyżej, że w ustawie z 1994 r. o zamówieniach publicznych, progiem procedury „uproszczonej” było 30.000 euro. Jednak należy zwrócić uwagę na fakt, iż obecnie obowiązujące „uproszczenia” w zakresie procedury poniżej 60.000 euro są odmiennie od tych, które obowiązywały poniżej 30.000 euro w starej ustawie. W szczególności obecnie określone są dla zamówień poniżej 60.000 euro minimalne terminy składania ofert – w starej ustawie art. 15 ust. 1 określał, że dla zamówień poniżej 30.000 euro nie stosowało się przepisów dotyczących terminów. Poza tym, obecnie przygotowuje się pełną dokumentację postępowania (tzn. Specyfikację i protokół) również dla zamówień poniżej 60.000 euro – w ustawie z 1994 r. te obowiązki były wyłączone. Co najważniejsze – w ustawie z 1994 r. dla zamówień poniżej 30.000 euro niedopuszczalne były protesty i odwołania, natomiast obecnie środki odwoławcze przysługują oferentom bez względu na wartość zamówienia. Zmianą upraszczającą prowadzenie postępowania jest dopuszczenie w Prawie zamówień publicznych dla postępowań poniżej 30.000 euro stosowania faxu i e-maila jako środków komunikowania się z oferentami. Zatem nasuwa się jeden wniosek – co do zasady, procedura poniżej 60.000 euro jest bardziej sformalizowana niż analogiczna procedura poniżej 30.000 euro z poprzednio obowiązującej ustawy.

Trzecim istotnym progiem jest próg 130.000 euro. Jest to próg wynikający z dyrektyw unijnych⁷, choć nie bezpośrednio. Polskie prawo zamówień publicznych przewiduje, iż dla usług o wartości szacunkowej powyżej 130.000 euro obowiązkowe jest m.in. przekazywanie ogłoszenia o wszczynanym postępowaniu Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, obligatoryjne przedłużanie terminu składania ofert o 7 dni w przypadku wprowadzenia jakiegokolwiek zmiany w specyfikacji przetargowej czy informowanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Komisji Europejskiej o niektórych przypadkach odrzucenia oferty (art. 90 ust. 4 – odrzucenie z uwagi na rażąco niską cenę).

Dla usług, w tym usług finansowych, ostatnim progiem jest próg 5.000.000 euro. Jeżeli szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia przekracza tę kwotę, to m.in. ogłoszenie o zamówieniu musi być opublikowane w czasopiśmie lub dzienniku o zasięgu ogólnopolskim, obowiązkowe jest żądanie od wykonawcy zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przeprowadzana jest kontrola uprzednia takich zamówień przez Urząd Zamówień Publicznych. Wszystkie takie zamówienia poddawane są obowiązkowej kontroli polegającej na udziale niezależnego obserwatora, wyznaczanego przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych spośród osób wpisanych na listę arbitrów. W praktyce dla usług finansowych próg ten będzie miał zastosowanie do dużych, długoterminowych kredytów. Przy obecnym oprocentowaniu kredytów dla samorządu zgodnie z tą najbardziej restrykcyjną procedurą będzie trzeba przeprowadzać postępowania na zaciągnięcie np. dziesięcioletniego kredytu na około 30-40 mln.

Należy zauważyć, że w Prawie zamówień publicznych progi stosowania ustawy są określone na niższym (niekiedy znacznie niższym) poziomie niż w innych krajach Unii Europejskiej, co zresztą ma swoje uzasadnienie w różnicy siły nabywczej w Polsce i innych krajach UE. Jak wyżej wspomniano, progiem procedury „standardowej” (w pełni zgodnej z procedurami wynikającymi z dyrektyw unijnych) w naszej ustawie jest 60.000 euro, natomiast próg stosowania dyrektyw wynosi około 160.000 euro: dwuipółkrotna różnica w

⁷ Por. przypis 4. Dyrektywa 97/52/EC zmieniła wcześniejsze określanie progów w euro, na jednostkę rozliczeniową Światowej Organizacji Handlu SDR; zatem próg 130.000 SDR to około 160.000 euro. Próg 130.000 SDR dotyczy zamówień zlecanych przez centralne organy administracji rządowej; dla pozostałych zamawiających próg stosowania dyrektyw wynosi dla usług 200.000 SDR; por. D. Piasta, *Zamówienia podprogowe w Unii Europejskiej*, *Zamówienia Publiczne – Doradca*, 2003, Nr 5, str. 19.

wysokości tego progu uzasadniona jest analogiczną różnicą w wysokości PKB na mieszkańca w Polsce i w UE.

W innych krajach Unii – zarówno dawnej „piętnastki”, jak i wśród nowych członków, próg stosowania procedur zamówień publicznych uregulowany jest rozmaicie: przykładowo, we Francji dolny próg obowiązywania *Code des marches publics* wynosi aż 90.000 euro. W Niemczech jednostki samorządu terytorialnego (ale także np. ministerstwa i urzędy federalne) muszą stosować procedury zamówień publicznych dla wszystkich wartości zamówień, jednakże dla zamówień poniżej 200.000 euro przewidziana jest procedura uproszczona; podobne regulacje stosowane są w Austrii⁸. Natomiast na Słowacji, wedle ustawy z 14 września 1999 r., dolnym progiem stosowania procedur zamówień publicznych jest 500.000 koron słowackich.

Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia

Wartość przedmiotu zamówienia jest jednym z kluczowych pojęć w prawie zamówień publicznych, gdyż od jej wysokości zależy stosowanie odpowiednich procedur określonych w Prawie zamówień publicznych, a także w dyrektywach unijnych. Zgodnie z art. 32 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, wartość przedmiotu zamówienia jest to całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy, bez podatku od towarów i usług, ustalone przez zamawiającego z należytą starannością. Innymi słowy, wartość szacunkowa zamówienia jest to całkowita, uwzględniająca wszystkie elementy, cena, jaką zamawiający spodziewa się zapłacić za wykonanie danej umowy w sprawie zamówienia (bez podatku VAT)⁹.

W poprzednio obowiązującej ustawie nie było mowy o tym, w jaki sposób należy szacować wartość zamówienia, a trzeba pamiętać, że to szacowanie powinno nastąpić na samym początku całego postępowania i ma ono decydujący wpływ na wybór np. trybu postępowania czy wysokości żądanego wadium. W ustawie z 1994 r. określone było jedynie, że takie oszacowanie ma nastąpić z „należytą starannością” (art. 2 ust. 1 pkt 9). Dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych¹⁰ dodano art. 3d zawierający delegację dla Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia sposobu szacowania wartości przedmiotu zamówienia. Rozporządzenie takie zostało wydane 23 grudnia 2003 r.¹¹ i weszło w życie 15 stycznia 2004 r. W odniesieniu do usług finansowych, w § 5 ust. 3 określone było, że jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są w szczególności opłaty, prowizje i odsetki. Rozporządzenie nie obowiązywało zbyt długo, bo tylko 1,5 miesiąca, ale treść jego przepisów została niemalże w całości przeniesiona do nowego Prawa zamówień publicznych. Również kwestia szacowania wartości zamówień związanych z usługami finansowymi została uregulowana identycznie (art. 34 ust. 4 Prawa zamówień publicznych).

Treść przepisu art. 34 ust. 4 Prawa zamówień publicznych („Jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia”) jest dosyć ogólna. Nie jest powiedziane w szczególności, jak należy obliczać owe „opłaty, prowizje, odsetki”, z jakiego okresu rozliczeniowego, jak i skąd należy czerpać dane dla oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Nie ma określonej także metody szacowania – podany jest jedynie maksymalny termin, w jakim to szacowanie może zostać dokonane, który wynosi nie więcej niż 3 miesiące przed dniem wszczęcia postępowania (za dzień wszczęcia postępowania należy uważać,

⁸ Ibidem, str. 23.

⁹ M. Lemke, *Wprowadzenie do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych*, w: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, str. 46.

¹⁰ Dz. U. Nr 165, poz. 1591.

¹¹ Dz. U. Nr 229, poz. 2281.

zgodnie z art. 40 Prawa zamówień publicznych, dzień publikacji ogłoszenia o postępowaniu). W literaturze przyjmuje się, że szacowanie wartości usług może być dokonane w szczególności na podstawie rozeznania cen rynkowych przedmiotu zamówienia¹² i należy uznać, że jest to najwłaściwszy sposób postępowania. Co do okresu, z jakiego muszą być uwzględniane opłaty, prowizje czy odsetki, to należy brać pod uwagę cały okres, na jaki została zawarta umowa, nie zaś np. tylko jeden rok, gdyż tylko takie postępowanie będzie spełniało wymogi szacowania z „należyłą starannością”.

Odnosząc się do zagadnień szczegółowych, należy uznać, że w przypadku powszechnej usługi, jaką jest uzyskanie kredytu czy pożyczki w banku, wartością przedmiotu zamówienia z całą pewnością nie będzie wartość nominalna kredytu (pożyczki), lecz odsetki oraz ewentualne prowizje czy inne opłaty¹³. Jednostka samorządu terytorialnego szacując wartość przedmiotu zamówienia przed wszczęciem postępowania na wybór banku-kredytodawcy musi przygotować zatem projekcję spłaty odsetek od kredytu¹⁴, uwzględniając prognozę stawki referencyjnej (dla kredytów jest to stawka WIBOR) oraz średnie wielkości marż ponad WIBOR i innych prowizji żądanych przez banki, porównując np. warunki jakie uzyskały sąsiednie j.s.t. Owa „projekcja spłaty kredytu” to nic innego, jak skrócona analiza finansowa, przy czym pamiętać należy o ważnej rzeczy – powinna być ona zgodna w szczególności z prognozą kwoty długu publicznego załączoną do budżetu. Nie chodzi tu rzecz jasna o idealną zgodność kwot – bo obydwie prognozy mogą być dokonywane w sporych odstępach czasowych, co wiąże się z koniecznością uwzględnienia zmian o charakterze zewnętrznym – ale o zgodność pewnych założeń, związanych np. ze strukturyzacją kredytu.

Zgodnie z Prawem zamówień publicznych, zastosowanie określonej procedury udzielania zamówienia publicznego uzależnione jest od dokonanej przed wszczęciem postępowania oszacowania wartości przedmiotu zamówienia. Jednakże, jeżeli w przetargu zostaną złożone oferty z cenami przekraczającymi wartość szacunkową, a zarazem kwotę stanowiącą określony ustawowo próg, nie stanowi to podstawy do unieważnienia postępowania, o ile wartość przedmiotu zamówienia została oszacowana z należyłą starannością¹⁵. Jest to istotne w przypadku zamówień na usługi finansowe, w szczególności kredyty, gdyż w okresie trwania postępowania może dojść do znaczącego skoku rynkowych stóp procentowych, co w rezultacie może zwiększyć w istotny sposób wartość danego zamówienia. Prawo zamówień publicznych, oprócz pojęcia „wartość przedmiotu zamówienia” wprowadza termin (identyczny jak w ustawie z 1994 r.) „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia”. Jest to termin nie

¹² J. Pieróg, *Zamówienia...*, str. 78.

¹³ W przypadku emisji obligacji dokonywanych przez j.s.t. wartość przedmiotu zamówienia określało się inaczej. Obecnie, co opisano dalej, usługi finansowe związane z emisją są wyłączone spod reżimu zamówień publicznych. Jednak pod rządami ustawy z 1994 r. za wartość przedmiotu zamówienia w przypadku emisji obligacji za wartość zamówienia uznawało się wyłącznie prowizje płacone agentowi emisji, nie wliczało się natomiast odsetek od obligacji, gdyż nie są one płacone bankowi jako agentowi emisji, lecz obligatariuszom (bank-agent emisji rozprawdza obligacje na rynku wtórnym) i konieczność ich zapłaty wynika z samej specyfiki obligacji jako papieru wartościowego. Różnica w interpretacji pojęcia „wartość zamówienia” odnośnie kredytu i obligacji miała istotne znaczenie praktyczne, gdyż powodowała, iż j.s.t. wybierając agenta emisji mogły stosować „uproszczony” tryb przetargu, zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zamówieniach publicznych z 1994 r. Jest tak dlatego, iż prowizje agentów emisji to kwoty rzędu kilku-, kilkudziesięciu tysięcy złotych (a zatem poniżej równowartości 30.000 euro). Por. wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 21 listopada 1997 r., sygn. akt. UZP/ZO/0-879/97; por. także G. Budnik, *Tryb udzielania zamówienia publicznego na zorganizowanie, przeprowadzenie i obsługę emisji obligacji komunalnych*, Gdańskie Studia Prawnicze 2000, tom VII, str. 112; J. Kaczmarczyk, *Zamówienie publiczne na zorganizowanie, przeprowadzenie i obsługę emisji obligacji komunalnych*, *Zamówienia publiczne - Doradca* 1998, nr 5, str. 24.

¹⁴ Trzeba pamiętać, że przygotowanie takiej projekcji jest niezbędne również m.in. z uwagi na konieczność zbadania, czy nie naruszone zostaną limity określone w art. 113 i 114 ustawy o finansach publicznych.

¹⁵ Por. opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, www.uzp.gov.pl

zdefiniowany ustawowo, a rozumieć należy pod nim kwotę określoną w budżecie zamawiającego, przeznaczoną na wydatki związane z danym zamówieniem¹⁶. Tej kwoty nie można utożsamiać z „wartością przedmiotu zamówienia”, aczkolwiek trzeba przyjąć, że kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia powinna być co do zasady większa od wartości szacunkowej (gdyż wartość szacunkowa jest przecież pewnym uśrednieniem cen rynkowych). Jeżeli cena najkorzystniejszej oferty przekroczy kwotę, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, to zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych zamawiający jest obowiązany unieważnić postępowanie. *Ratio legis* takiego przepisu zakłada, że w związku z faktem, iż nie da się zawsze dostatecznie pewnie oszacować cen, jakich wykonawcy mogą żądać za określone zamówienie, nie można zmuszać zamawiającego do zawierania umów, które przekraczałyby jego możliwości finansowe. W ustawie z 1994 r. w art. 27b ust. 1 pkt 2 była określona identyczna przesłanka unieważnienia postępowania. Prawo zamówień publicznych, w stosunku do poprzedniej ustawy, wprowadziło jednak istotną nowość związaną z podawaniem do publicznej wiadomości rzeczony kwoty, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia. Zgodnie z art. 86 ust. 3, bezpośrednio przed otwarciem ofert (które jest jawne) zamawiający podaje kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia. Ten obowiązek ma zapobiec sytuacjom, w którym zamawiający nadużywali tego przepisu, unieważniając postępowania, z których wyników byli z różnych względów niezadowoleni.

Jednakże w wypadku usług finansowych, określenie kwoty, jaką zamawiający – jednostka samorządu terytorialnego - może przeznaczyć na finansowanie zamówienia, nie jest łatwe. Usługi finansowe, np. kredyt, prowadzenie rachunku bankowego, rozciągnięte są w czasie, a w danym roku budżetowym częstokroć nie występują żadne lub tylko niewielkie płatności na rzecz wykonawcy (dzieje się tak np. w wypadku zaciągania kredytu z karencją w spłacie kapitału i odsetek). Zatem dla zamówień, których przedmiotem są usługi finansowe, nie można oprzeć się na kwotach zapisanych w budżecie danego roku, lecz zamawiający powinien – np. przy okazji szacowania wartości przedmiotu zamówienia – określić, ile maksymalnie jest gotowy za dane zamówienie zapłacić. Nie jest to proste w przypadku zaciągania kredytu – prowizje i marża banku są zwykle tylko częścią rzeczywistego kosztu kredytu, którego główną składową jest rynkowy koszt pieniądza wyrażony np. według stawki WIBOR. Przy zamówieniach na zwykłe usługi, dostawy czy roboty budowlane, sprawa jest prosta – wynagrodzenie wykonawcy jest ściśle określoną kwotą pieniężną. Dla kredytów, wynagrodzeniem banku są odsetki. Trzeba jednak zauważyć, że oprocentowanie kredytu składa się z dwóch elementów: stawki bazowej (np. WIBOR, niezależnej od banków) oraz marży ponad stawkę bazową. A zatem, aby można było w sposób rzetelny porównać warunki ofert z „kwotą, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia”, należy pamiętać o przyjęciu do obliczeń tej samej wysokości stawki bazowej. Co więcej, można sugerować zamawiającym podawanie podczas otwarcia ofert w przetargach na kredyty również sposobu obliczenia kwoty, która może być przeznaczona na finansowanie zamówienia – w rozbiciu na stawkę WIBOR i marżę, tak aby oferenci mogli sami sprawdzić, czy ich oferta mieści się w ustalonym przez zamawiającego przedziale.

Jeszcze raz trzeba podkreślić: „szacunkowa wartość przedmiotu zamówienia” jest czym innym niż „kwota, którą zamawiający może przeznaczyć na finansowanie zamówienia”. Co do zasady, szacunkowa wartość powinna być mniejsza niż kwota, którą można przeznaczyć na zamówienie, gdyż wartość szacunkowa jest pewnym uśrednieniem stawek rynkowych. Nie można wykluczyć, że w konkretnym przypadku uzyska się warunki przekraczające wartość szacunkową zamówienia, a unieważnienie postępowania może być bardzo niekorzystne.

¹⁶ Ibidem.

Składanie i ocena ofert. Zawarcie umowy

Jedną z najistotniejszych zmian z punktu widzenia praktyki prowadzenia postępowań o udzielenie zamówienia publicznego jest brak przepisu nakazującego unieważnienie postępowania, jeżeli w przetargu nie zostaną złożone co najmniej 2 nie podlegające odrzuceniu oferty. Według Prawa zamówień publicznych, do ważności postępowania wystarczy, że zamawiający otrzyma jedną poprawną ofertę. Jest to zmiana bardzo istotna, szczególnie w postępowaniach na wybór kredytodawcy. Banki, decydując się na złożenie oferty, oceniają zdolność kredytową zamawiającego, zatem złożenie oferty przez jeden tylko bank oznaczała zwykle, że nikt inny tej zdolności nie ocenił pozytywnie. Powtórzenie postępowania często nic nie dawało, a stara ustawa o zamówieniach publicznych nie pozostawiała wiele „awaryjnych” rozwiązań. Prawo zamówień publicznych po pierwsze zezwala na wybranie w przetargu jedynego oferenta, po drugie dopuszcza w wypadku braku oferentów skorzystanie w szerokim zakresie z procedur negocjacyjnych¹⁷. Trochę szkoda, że procedura negocjacji bez ogłoszenia – procedura bardzo elastyczna i szybka – została w pewien sposób utrudniona koniecznością uzyskiwania zgody Prezesa UZP już dla zamówień powyżej 60.000 euro, jednakże kierowano się tutaj prawdopodobnie obawami przed nadużyciami ze strony zamawiających.

Z punktu widzenia przetargów na udzielenie kredytu ważne jest, że Prawo zamówień publicznych uregulowało sytuację, w której zostały złożone dwie (lub więcej) oferty o identycznych – a zarazem najlepszych – warunkach. Pod rządami starej ustawy takie postępowanie powinno być unieważnione, obecnie zamawiający w myśl art. 91 ust. 5 wzywa oferentów do złożenia ofert dodatkowych.

W ustawie z 1994 r. o zamówieniach publicznych określony był obowiązek uzyskiwania zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zawarcie umowy powyżej 3 lat. Dotyczyło to wszystkich bez wyjątku umów o udzielenie zamówienia publicznego, w tym również umów kredytu. Prawo zamówień publicznych, w art. 142 ust. 4 kwestię umów kredytowych długoterminowych reguluje odmiennie. Choć co do zasady zgoda Prezesa UZP jest potrzebna, to nie jest ona konieczna przy zawieraniu właśnie umów kredytu i pożyczki. Jest to zmiana, którą należy ocenić jak najbardziej pozytywnie – anulowano całkowicie niepotrzebną formalność, gdyż uzyskiwanie zgody Prezesa UZP w wypadku umów kredytowych nie miało żadnego uzasadnienia celowościowego. Czas zawarcia umowy (czyli okres spłaty kredytu) uzależniony jest przecież od możliwości budżetu zamawiającego, od jego zdolności kredytowej.

Oprócz braku konieczności uzyskiwania zgody Prezesa UZP na zawarcie długoterminowej umowy kredytu Prawo zamówień publicznych wprowadza jeszcze inną, bardzo pozytywną zmianę, związaną z zabezpieczeniem należytego wykonania umowy. W ustawie z 1994 r. w art. 75 oraz wydanym rozporządzeniu wykonawczym określony był obowiązek żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy dla wszystkich zamówień, których wartość przekraczała 30.000 euro. W przypadku umów kredytu rodziło to szereg wątpliwości, związanych m.in. z określeniem momentu należytego wykonania umowy (czy był to moment postawienia kredytu do dyspozycji kredytobiorcy, moment pozyskania kredytu czy też może moment jego spłaty przez kredytobiorcę?). Takie zabezpieczenie powodowało w praktyce więcej problemów m.in. w zakresie rachunkowości (zarówno banku, jak i j.s.t.), niż potencjalnych korzyści. Prawo zamówień publicznych znacząco ogranicza obowiązek żądania zabezpieczenia należytego wykonania umowy, przy czym w wypadku umów kredytu będzie ono niezbędne tylko wówczas, jeżeli wartość zamówienia (a zatem suma odsetek i prowizji) przekroczy równowartość 5.000.000 euro (art. 147 ust. 3 pkt 3 w zw. z art. 147 ust.

¹⁷ Por. art. 55 ust. 1 pkt 1, art. 62 ust. 1 pkt 1, art. 67 ust. 1 pkt 4 Prawa zamówień publicznych.

3 pkt 2 Prawa zamówień publicznych). Jest to jak najbardziej słuszne rozwiązanie, gdyż nie da się zaprzeczyć, iż umowy kredytu są o tyle specyficzne, że większe ryzyko leży po stronie kredytodawcy, a nie kredytobiorcy.

Zmian związanych ze składaniem i oceną ofert jest wiele, pamiętać trzeba m.in. o zlikwidowaniu preferencji krajowych, możliwości poprawiania błędów w obliczeniu ceny w ofercie, czy też konieczności odrzucania (po przeprowadzeniu procedury wyjaśniającej) ofert zawierających rażąco niską cenę (aczkolwiek ta regulacja w praktyce nie będzie miała znaczenia w postępowaniach na wybór kredytodawcy, gdyż nie jest możliwe określenie minimalnego kosztu pieniądza na rynku finansowym; poza tym, odrzucenie oferty np. z zerowym oprocentowaniem będzie sprzeczne z interesem zamawiającego).

Wymogi formalne ofert a specyfika działania instytucji finansowych

Pierwszym etapem procedury wyboru oferty jest kontrola kwestii formalnych, tzn. ocena spełniania przez oferentów warunków udziału w postępowaniu.

Prawo zamówień publicznych przewiduje, że wykonawcy nie spełniający warunków udziału w postępowaniu lub co do których zachodzi jedna z przesłanek określonych w art. 24, podlegają wykluczeniu z postępowania, a ich ofertę uznaje się za odrzuconą. Instytucja wykluczenia oferenta z postępowania ma na celu uchronienie zamawiającego od zawierania umów z podmiotami niewiarygodnymi i nie dającymi rękojmi poprawnego wykonania zamówienia. Potwierdzenie możliwości brania udziału w postępowaniu dokonywane jest na podstawie dokumentów składanych przez oferentów, jako załączniki do oferty. Prawo zamówień publicznych, w art. 26 ust. 1 określa, że przy postępowaniach o wartości szacunkowej przekraczającej 60.000 euro, zamawiający ma obowiązek wymagania złożenia określonych dokumentów; dla zamówień poniżej tej wartości jest to fakultatywne (co oznacza jednak, że jeżeli zamawiający będzie wymagał określonych informacji, to oferent musi je podać, jeżeli nie chce być wykluczony z postępowania). Zakres informacji i rodzaj dokumentów, jakich może domagać się zamawiający, określony jest w drodze rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 7 kwietnia 2004 r. w sprawie rodzajów dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy¹⁸.

Na samym wstępie trzeba zwrócić uwagę na przepis art. 26 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że zamawiający wzywa wykonawców, którzy w wyznaczonym terminie nie złożyli dokumentów potwierdzających spełnienie warunków udziału w postępowaniu, do uzupełnienia tych dokumentów w określonym terminie, jeżeli ich nieuzupełnienie skutkowało by unieważnieniem postępowania. Jest to regulacja o bardzo dużym znaczeniu praktycznym – często oferty były odrzucane z uwagi na nie dołączenie określonego dokumentu, a w rezultacie odrzucenia ofert postępowanie musiało być unieważnione. Trzeba jednak pamiętać, że możliwość uzupełnienia oferty (ofert) dotyczy tylko przypadku, w którym nie mamy choćby jednej oferty poprawnej pod względem formalnym.

Wyżej wskazane rozporządzenie przewiduje obowiązek składania „koncesji, zezwolenia lub licencji, jeżeli ustawy nakładają obowiązek posiadania koncesji, zezwolenia lub licencji na podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem publicznym”. W wypadku instytucji wykonujących usługi finansowe – a więc przede wszystkim banków – niezbędne zatem będzie zezwolenie na rozpoczęcie działalności banku, wydawane na podstawie art. 36 ust. 1 Prawa bankowego przez Komisję Nadzoru Bankowego. Wydaje się, że nie jest konieczne wymaganie zezwolenia na utworzenie banku, o którym

¹⁸ Dz. U. Nr 71, poz. 645.

mowa w art. 34 ust. 1 Prawa bankowego, gdyż jest ono warunkiem tylko utworzenia banku, a nie zezwoleniem na „podjęcie działalności gospodarczej w zakresie objętym zamówieniem”.

Wymóg złożenia zaświadczeń z właściwego urzędu skarbowego i Zakładu Ubezpieczeń Społecznych o nie zaleganiu z podatkami i składkami nie wymaga komentarza, pozytywnie jedynie wypada odnieść się do wydłużenia terminu „ważności” takich zaświadczeń – według rozporządzenia wykonawczego do ustawy z 1994 r. było to 6 tygodni, wedle nowego rozporządzenia stosowne zaświadczenia mają być wystawione nie wcześniej niż 3 miesiące przed upływem terminu składania ofert.

Wątpliwości co do swojej zasadności może wzbudzać wymóg składania przez startujące w przetargu banki zaświadczeń z Krajowego Rejestru Karnego o niekaralności osób będących członkiem zarządu danej osoby prawnej za przestępstwa popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, przestępstwo przekupstwa, przestępstwo przeciwko obrotowi gospodarczemu lub inne przestępstwo popełnione w celu osiągnięcia korzyści majątkowych. Prawo bankowe również reguluje kwestię niekaralności członków zarządu banku – w myśl art. 22 ust. 6 pkt 1 Prawa bankowego członkiem zarządu banku nie może być osoba karana za przestępstwo umyślne, a w wypadku skazania za takie przestępstwo, na mocy art. 138 ust. 1 Prawa bankowego, Komisja Nadzoru Bankowego odwołuje członka zarządu banku. Trzeba zauważyć, że wymogi co do niekaralności określone w Prawie zamówień publicznych są surowsze niż te w Prawie bankowym – co prawda dotyczą tylko określonych rodzajów przestępstw, ale popełnionych zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie (por. np. art. 296 § 4 Kodeksu karnego¹⁹). Trudno uzasadnić, dlaczego Prawo zamówień publicznych jest bardziej rygorystyczne niż wymogi wynikające z przepisów regulujących nadzór bankowy.

Pozytywnie ocenić trzeba zmiany, jakie w myśl nowego rozporządzenia zostaną wprowadzone odnośnie zakresu dokumentów żądanych od podmiotów mających siedzibę poza granicami Polski. Według rozporządzenia z 2002 r., podmiot zagraniczny musiał składać zaświadczenia z polskiego urzędu skarbowego i ZUS, a także z polskiego Krajowego Rejestru Karnego, co było w sposób oczywisty pozbawione sensu. W nowym rozporządzeniu, podmiot mający siedzibę zagranicą, zamiast zaświadczenia z KRK odnośnie członków zarządu, powinien złożyć równoważne zaświadczenia właściwego organu sądowego lub administracyjnego kraju pochodzenia osoby w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 4 - 8 ustawy; zamiast zaświadczeń z urzędu skarbowego i ZUS, powinien złożyć dokumenty zaświadczające zgodnie z prawem kraju miejsca swojej siedziby o tym, że nie zalega z uiszczaniem podatków, opłat i składek. Jeżeli natomiast w danym kraju żaden organ takich zaświadczeń nie wydaje, można zastąpić je dokumentem zawierającym oświadczenie złożone przed notariuszem, właściwym organem sądowym, administracyjnym albo organem samorządu zawodowego lub gospodarczego kraju miejsca siedziby podmiotu zagranicznego. Jest to zmiana, która z punktu widzenia banków zagranicznych przyczyni się do zmniejszenia czasu i kosztów oferty składanej w przetargu ogłoszonym w Polsce, co w połączeniu z likwidacją preferencji krajowych może skutkować pojawieniem się ofert banków zagranicznych²⁰.

Emisja obligacji

W ustawie z 1994 r. zamówienia związane z korzystaniem przez j.s.t. z instrumentów rynku finansowego nie były w żaden sposób wyróżnione spośród innych zamówień. W

¹⁹ Jest to przestępstwo tzw. nadużycia zaufania przy prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Może być ono popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

²⁰ Banki zagraniczne są zainteresowane komunalnym rynkiem kapitałowym, np. w 2003 r. w przetargu na wybór agenta emisji obligacji ofertę złożył bank irlandzki. Barięą może być tu jedynie niewielka wysokość potencjalnych kwot kredytów czy emisji, pozyskiwanych przez samorząd – zaangażowanie banku zagranicznego będzie dla niego opłacalne dopiero od pewnej kwoty.

obecnie obowiązującym Prawie zamówień publicznych sytuacja uległa znacznej zmianie. Najistotniejszą chyba zmianę w zakresie zaciągania długu w świetle przepisów o zamówieniach publicznych wprowadza art. 4 pkt 3 lit. j) Prawa zamówień publicznych, który stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do usług finansowych związanych z emisją, obrotem lub transferem papierów wartościowych.

Nigdzie nie zdefiniowano zarazem tychże „usług finansowych związanych z emisją...”. Należy zatem postawić pytanie, jakie w praktyce zamówienia udzielane przez samorządy wyłączono z zakresu przedmiotowego stosowania ustawy? Czy „usługi finansowe związane z emisją” obejmują również usługi np. doradztwa w zakresie zarządzania finansami (np. sporządzenia analizy możliwości emisji, opracowania strukturyzacji emisji czy też jej brzegowych warunków)? Innymi słowy, czy zakres znaczeniowy omawianego zwrotu należy rozumieć wąsko (jako usługi świadczone w zasadzie tylko przez banki lub domy maklerskie i prowadzące bezpośrednio lub pośrednio do kreacji zobowiązania z papieru wartościowego), czy też szerzej, jako wszelakiego typu usługi, których przedmiotem są finanse w kontekście emisji, w tym także usługi doradcze. Rozwiązanie można znaleźć na gruncie rozważenia klasyfikacji wg Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)²¹. Prawo zamówień publicznych przewiduje obowiązek stosowania klasyfikacji CPV począwszy od dnia akcesji Polski do UE, tzn. od 1 maja 2004 r. (art. 227 pkt 2 w związku z art. 30 ust. 4). Na podstawie analizy klasyfikacji CPV trzeba uznać, że z zakresu przedmiotowego ustawy wyłączono te usługi finansowe, które bezpośrednio dotyczą emisji papierów wartościowych i które w zasadzie dokonywane są przez banki i domy maklerskie.

A zatem – zgodnie z Prawem zamówień publicznych – wybór banku obsługującego emisję papierów wartościowych będzie dokonywany bez stosowania procedur zamówień publicznych.

W praktyce polskiego rynku kapitałowego papiery wartościowe emitowane przez j.s.t. to tylko obligacje i to długoterminowe (do incydentalnych przypadków należy zaliczyć emisje krótkoterminowych bonów komunalnych). Dotychczas w Polsce przeprowadzono ponad 270 emisji obligacji komunalnych, przy czym znaczącą większość z nich po roku 2000. Za wyjątkiem emisji Rybnika i Poznania, wszystkie pozostałe były przeprowadzane w trybie emisji niepublicznej²², czyli – zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi²³ - mogły być oferowane nie więcej niż 300 inwestorom. W praktyce jedynym nabywcą był bank – tzw. agent emisji. Umowy o pełnienie funkcji agenta emisji, choć co do zakresu treściowego mają pewien ustalony standard, nazywane są przez banki różnorodnie: „umowa agencyjno-depozytowa i umowa kupna-sprzedaży obligacji” (Bank Polskiej Spółdzielczości S.A.), „umowa organizacji, prowadzenia i obsługi emisji obligacji” (PKO BP S.A.), „umowa o obsługę emisji obligacji i umowa gwarancyjna” (Bank Gospodarstwa Krajowego). Umowy takie określają w szczególności dokładną charakterystykę obligacji, terminy emisji lub sposób ich ustalania, zasady prowadzenia depozytu lub rejestru obligacji, zasady obliczania i wypłaty odsetek od obligacji, warunki wykupu obligacji, zasady organizacji rynku wtórnego, wysokość prowizji i opłat na

²¹ Wspólny Słownik Zamówień jest systemem klasyfikacji produktów, usług i robót budowlanych stworzonym na potrzeby zamówień publicznych. Wspólny Słownik Zamówień składa się ze słownika głównego oraz słownika uzupełniającego. Kwestie dot. stosowania Wspólnego Słownika Zamówień przez zamawiających w Unii Europejskiej reguluje obecnie rozporządzenie Komisji (WE) Nr 2151/2003 z 16 grudnia 2003 r. zmieniające Rozporządzenie (WE) Nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego oraz Rady w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV). Zgodnie z postanowieniami Rozporządzenia 2151/2003 stosowanie kodów CPV do określania przedmiotu zamówienia przez zamawiających z obecnych państw członkowskich UE stało się obowiązkowe z dniem 20 grudnia 2003 r.

²² Obligacje Ostrowa Wielkopolskiego były – po ich sprzedaży bankowi w trybie emisji niepublicznej – wprowadzane do obrotu publicznego i notowane na CeTO.

²³ Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447 ze zm.

rzecz banku, a także – co z punktu widzenia j.s.t. jest niezwykle istotne – zasady objęcia wszystkich obligacji przez bank na własny rachunek. Jeżeli chodzi o charakter prawny tych umów, będą to umowy nienazwane, dwustronnie zobowiązujące, lecz nie wzajemne, o przeważających cechach umowy zlecenia oraz umowy o świadczenie usług. Najważniejsze obowiązki banku to: przygotowanie dokumentacji emisji (w tym dokumentów obligacji, jeżeli nie będą one zdematerializowane), objęcie obligacji na własny rachunek i przekazanie środków j.s.t., prowadzenie depozytu lub rejestru obligacji, prowadzenie obsługi rynku wtórnego wyemitowanych obligacji, pośredniczenie w przekazywaniu świadczeń z obligacji od emitenta dla obligatariuszy, przeprowadzenie operacji wykupu obligacji. Należy podkreślić istotną rzecz – w wypadku emisji niepublicznych, udział banku nie jest w zasadzie obligatoryjny, bowiem (choć w praktyce byłoby to bardzo trudne) można wyobrazić sobie emisję, w której j.s.t. bezpośrednio kieruje propozycje nabycia do wybranych inwestorów. Natomiast w przypadku emisji publicznej udział (pośrednictwo) banku lub domu maklerskiego jest obowiązkowy i wynika wprost z art. 68 ust. 1 Prawa o publicznym obrocie papierami wartościowymi²⁴. W wypadku emisji publicznej, bank i dom maklerski pełnią funkcje organizatora emisji, oferującego obligacje w publicznym obrocie, sponsora emisji w publicznym obrocie, oraz ewentualnie subemitenta usługowego lub inwestycyjnego.

Dotychczas, tzn. w okresie obowiązywania ustawy z 1994 r. podmioty dokonujące wyżej wymienione czynności na rzecz emitenta – jednostki samorządu terytorialnego, wybierane były zazwyczaj w trybie przetargu nieograniczonego, prowadzonego na zwykłych zasadach, takich jak dla zamówień na jakiegokolwiek inne usługi. W aktualnym stanie prawnym wszelkie usługi finansowe związane z emisją lub sprzedażą papierów wartościowych wyłączone są spod reżimu zamówień publicznych. Powstaje w związku z tym kilka problemów, które należy bardziej szczegółowo rozważyć.

Po pierwsze, nasuwają się wątpliwości o naturze czysto formalnej: artykuł 4 Prawa zamówień publicznych wyłącza z zakresu stosowania ustawy usługi finansowe związane z emisją papierów wartościowych. Jednakże w art. 142 ust. 4 pkt 4 (oraz w art. 147 ust. 3 pkt 3) mowa jest o wyłączeniach stosowania niektórych przepisów ustawy (m.in. obowiązku uzyskiwania zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zawarcie umowy na okres przekraczający 3 lata) w stosunku do „umowy obsługi emisji papierów wartościowych”. Skoro wyłączono usługi finansowe związane z emisją z zakresu przedmiotowego ustawy, to dlaczego wyłącza się stosowanie w odniesieniu do nich niektórych, szczegółowych przepisów? Powstaje pytanie: czy „umowa obsługi emisji” jest czymś innym niż umowa w zakresie „usług finansowych związanych z emisją”? W myśl językowych reguł interpretacyjnych należałoby stwierdzić, że tak, gdyż użycie odmiennego zwrotu językowego ma świadczyć o tym, że prawodawca miał na myśli dwa odmienne pojęcia²⁵. Jednak prawdopodobnie trzeba uznać – wbrew tym regułom – iż takie przepisy są wynikiem pośpiechu i niedbalstwa w procesie legislacyjnym. Do takiego wniosku prowadzi analiza sprawozdań z prac Komisji Sejmowych i Senatu – do uchwalonego przez Sejm projektu Prawa Zamówień publicznych poprawkę dodającą art. 4 pkt 3 lit. j) wprowadził Senat, następnie poprawka ta została przyjęta przez Sejm i zapomniano najwyraźniej skorygować w niezbędnym zakresie dalszą treść tego aktu prawnego.

Po drugie, trudno dopatrzeć się uzasadnienia dla wprowadzenia takiego wyłączenia. Sama treść przepisu została dosłownie przetłumaczona z przepisu art. 1 a. dyrektywy Rady nr

²⁴ Art. 68 ust. 1: „W celu uzyskania zgody na wprowadzenie papierów wartościowych do publicznego obrotu emitent lub wprowadzający składa do Komisji, za pośrednictwem domu maklerskiego lub banku prowadzącego działalność maklerską, wniosek...”

²⁵ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, str. 166.

92/50/EWG, jednakże – zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Europejskiej²⁶, wyłączenia zakresu przedmiotowego ustawy nie należą do niezbędnych minimalnych wspólnych reguł udzielania zamówień publicznych (a wprowadzenie takich reguł jest celem dyrektywy)²⁷. Poza tym, w wyżej wspomnianej dyrektywie z reżimu zamówień publicznych wyłączono np. umowy, których przedmiotem jest nabycie, przygotowanie, produkcja lub koprodukcja programów przez nadawców radiowych i telewizyjnych, jak również zakup czasu antenowego – a w Prawie zamówień publicznych takiego wyłączenia nie ma²⁸. Czy istnieje zatem uzasadnienie celowościowe dla wprowadzenia takiego wyłączenia? Wydaje się, że w realiach polskiego rynku kapitałowego – nie. W Polsce emisje obligacji komunalnych spełniają funkcje czysto kredytowe i są kupowane w zasadzie tylko przez banki. Choć pod względem prawnym procedura ta jest zupełnie różna od kredytu, to jednak ilość potencjalnych nabywców obligacji jest niewielka, co powoduje, że plasowanie emisji na rynku ogranicza się do oczekiwania na oferty kilku banków, które proponują określone warunki. Z punktu widzenia banku procedura, w tym procedura oceny zdolności kredytowej²⁹, jest niemalże identyczna przy kredycie i przy emisji obligacji. Nieuzasadnione – przy występującym w praktyce – dużym podobieństwie tych instrumentów – jest wyłączenie jednego z nich spod przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych, gdyż może prowadzić to do faktycznego omijania ustawy. Przy emisjach publicznych natomiast – które są bardzo kosztowną procedurą – wyłączenie stosowania Prawa zamówień publicznych może (w przypadku braku rozsądku osób zarządzających daną j.s.t.) – prowadzić do dużych strat finansowych – dość powiedzieć, że w przetargu na bank lub dom maklerski obsługujący program emisji obligacji miasta Poznania różnica pomiędzy najlepszą a najdroższą ofertą wyniosła blisko 4 mln zł! Brak obowiązku stosowania procedur zamówień publicznych skłonić może do wyboru najmniej „kłopotliwej” drogi postępowania i podpisania umowy z pierwszym podmiotem, który wyrazi chęć wykonania zamówienia. Wyłączenie spod reżimu zamówień publicznych powoduje poza tym, że udzielenie takiego zamówienia nie może być w sposób właściwy kontrolowane. Trzeba jednak mieć nadzieję, że przy emisjach obligacji jednostki samorządu terytorialnego będą ogłaszać w sposób publiczny przetargi (prowadzone na podstawie Kodeksu cywilnego). Należy się zgodzić z zaleceniami Komisji Europejskiej, żeby nawet w przypadkach tych zamówień, które nie są objęte dyrektywami, przestrzegać zasady przejrzystości i konkurencji³⁰.

Po trzecie, wyłączenie usług finansowych związanych z emisją obligacji niewątpliwie może działać na szkodę j.s.t., które chcą wyemitować papiery wartościowe. Może tak się stać z uwagi na to, iż informacja o planowanej emisji nie dotrze do wszystkich potencjalnych oferentów, gdyż nie będzie mogła być ogłoszona w Biuletynie Zamówień Publicznych ani w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Banki zagraniczne będą z całą pewnością zainteresowane kupowaniem polskich komunalnych papierów wartościowych³¹, z uwagi na ich relatywnie wysoką rentowność, jednakże dotarcie do nich przez samorządy z propozycją nabycia będzie wymagało specjalnych działań, np. wynajęcia zewnętrznych doradców, mających określone możliwości kontaktu z instytucjami zagranicznymi.

²⁶ Komisja Europejska, *The Rules Governing the Procedures in the Award of Public Procurement Contracts*, 1997, str. 8.

²⁷ M. Lemke, *Wprowadzenie...*, str. 17.

²⁸ Jak wskazuje analiza sprawozdań z prac legislacyjnych, poprawka w takim zakresie została wprowadzona przez Senat, jednakże Sejm ją odrzucił.

²⁹ E. Bogacka-Kisiel, D. Korenik, *Badanie zdolności kredytowej samorządu terytorialnego przez bank komercyjny*, w: *Funkcjonowanie samorządu terytorialnego - doświadczenia i perspektywy*, pod red. S. Dolaty, Opole 1998, s. 214.

³⁰ Por. Komisja Europejska, *Commission interpretative communication on concessions under Community Law*, komunikat z 27.04.2000 r., 2000/C-121/02, s. 17.

³¹ Np. w grudniu 2003 r. w przetargu na agenta emisji obligacji Miasta Sosnowiec ofertę złożył bank irlandzki.

Trzeba jednakże zauważyć również pozytywny aspekt wyłączenia usług finansowych związanych z emisją spod reżimu zamówień publicznych. Zdjęcie dość sztywnego ograniczenia, jakim są procedury udzielania zamówień publicznych, może umożliwić większą elastyczność instrumentu i samych oferentów. W sytuacji, gdy nie trzeba stosować rygorystycznych regulacji Prawa zamówień publicznych być może na rynku pojawią się nowe, interesujące instrumenty finansowe oparte na papierach wartościowych; być może szybka i mało formalistyczna (a co za tym idzie – tańsza) procedura emisji zachęci banki zagraniczne do aktywnego uczestnictwa w komunalnym rynku kapitałowym, co w rezultacie doprowadzi do ożywczego dla tego rynku zwiększenia konkurencji, dotychczas ograniczonej do kilku polskich banków.

Można mieć poważne wątpliwości co do zasadności tego wyłączenia, jednakże trzeba zauważyć, że nie oznacza ono zakazu organizowania przetargów jako takich. Przetarg jest jednym ze sposobów zawarcia umowy określonych w Kodeksie cywilnym i jednostki samorządu terytorialnego powinny wybierać agenta emisji obligacji w takiej właśnie czysto cywilistycznej procedurze. Pierwsze publiczne przetargi na wybór agenta emisji obligacji prowadzone wg Kodeksu cywilnego zostały już przez kilka samorządów ogłoszone i należy mieć nadzieję, że inne j.s.t. planujące emisje pójdą w ich ślady. W końcu nic tak skutecznie nie wpływa na obniżenie cen jak uczciwa i równa konkurencja, a tą zapewnia w najlepszym stopniu właśnie publiczny przetarg. Zorganizowanie przetargu publicznego na wybór agenta emisji obligacji komunalnych jest wręcz obowiązkiem j.s.t., z uwagi na normy prawne ustawy o finansach publicznych, nakazując dokonywać wydatków publicznych w sposób celowy i oszczędny. Wyemitowanie obligacji za pośrednictwem banku, wybranego bez żadnej konkurencji i bez dokładnego rozeznania sytuacji na komunalnym rynku kapitałowym nie będzie z całą pewnością mogło być uważane za działanie „celowe i oszczędne”. Co prawda, takie postępowanie nie będzie bezpośrednim naruszeniem prawa, ale abstrahując od kwestii prawnych – również z uwagi na odpowiedzialność polityczną osób zarządzających j.s.t. w ich interesie leży przeprowadzenie wyboru agenta emisji w sposób publiczny.

Kodeks cywilny w art. 70¹ i następnym w sposób dość ogólny reguluje problematykę przetargu, co zarazem oznacza jednak daleko posuniętą swobodę dla organizatorów takich przetargów. W zasadzie niemalże wszystkie zagadnienia mogą być uregulowane w warunkach przetargu lub w ogłoszeniu, dzięki czemu cała procedura przetargowa może być ukształtowana na wzór tej z Prawa zamówień publicznych. Należy tylko pamiętać o tym, że warunki przetargu dostarczone oferentom (czyli dokument analogiczny do specyfikacji istotnych warunków zamówienia) muszą być od tradycyjnej specyfikacji znacznie bardziej precyzyjne, gdyż muszą określać wszystkie te kwestie, których w specyfikacji nie zapisuje się z uwagi na stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych.

Reasumując – wyłączenie procedur związanych z wyborem banku obsługującego emisję obligacji spod zakresu przedmiotowego Prawa zamówień publicznych wprowadza na komunalnym rynku kapitałowym nową jakość. W tym momencie procedura emisji obligacji staje się krótsza i elastyczniejsza niż procedura uzyskania kredytu. Porównanie tych dwóch instrumentów finansowych (kredytu i obligacji) będzie musiało być obecnie dokonywane również z uwzględnieniem różnic w procedurze wyboru kredytodawcy albo agenta emisji.

Nowe Prawo zamówień publicznych przyniosło dosyć istotne zmiany zarówno dla zamawiających, jak i oferentów. Zmieniono również regulacje w odniesieniu do usług związanych z pozyskiwaniem zewnętrznych środków zwrotnych. Choć w nowym Prawie zamówień publicznych nie ustrzeżono się pomyłek, wynikających zapewne z tempa procesu legislacyjnego, to generalnie rzecz ujmując, należy tę ustawę ocenić dobrze. Jest z pewnością lepiej dopracowana i bardziej przemyślana niż ustawa z 1994 roku. Chociaż jak to zwykle bywa, prawdziwe oblicze tego aktu prawnego ujawni się w trakcie jego stosowania, gdy

pojawia się jego interpretacje, orzecznictwo i gdy pewne szczegółowe problemy rozważane będą na konkretnych przypadkach.

Sebastian Huczek

Autor jest doktorantem w Katedrze Prawa Finansowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. A. Mickiewicza w Poznaniu.