

PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH A KORZYSTANIE PRZEZ JEDNOSTKI SAMORZĄDU TERYTORIALNEGO Z INSTRUMENTÓW RYNKU FINANSOWEGO

1. Zagadnienia ogólne

Wyrażona w Konstytucji zasada decentralizacji i domniemania zadań na rzecz samorządu terytorialnego ma wymiar donioślejszy, niż to się pozornie wydaje. Samorząd terytorialny postrzegany jest powszechnie tylko jako element administracji i co za tym idzie, biurokracji. A w rzeczywistości to samorząd sprawuje pieczę nad tymi sprawami, które w codziennym życiu okazują się najbardziej widoczne: drogami, transportem, szkołami. Od sprawności działań jednostki samorządu terytorialnego zależy tak naprawdę rozwój danej miejscowości – poprawa infrastruktury, estetyki, po prostu wygody codziennego życia, a nawet zmniejszenie bezrobocia poprzez aktywizację życia gospodarczego. Samorząd, który wyłącznie administruje nie spełnia swych zadań, a tym bardziej oczekiwań społecznych. Jednostki samorządu terytorialnego (dalej jako „j.s.t.”) działają w coraz bardziej skomplikowanej rzeczywistości gospodarczej i nieuniknione jest ich wkraczanie na obszar rynku finansowego w celu korzystania z instrumentów właściwych dotychczas przedsiębiorstwom. Jednostki samorządu terytorialnego jako uczestnicy obrotu na rynku finansowym znajdują się w specyficznej sytuacji. Z jednej strony są one traktowane analogicznie do innych osób prawnych na tym rynku działających – zaciągają dług na podstawie podobnych czynności prawnych, podlegają tym samym instytucjom regulującym rynek, ponoszą ryzyko wszystkich operacji. Z drugiej strony, przepisy prawa wyróżniają j.s.t. spośród innych uczestników obrotu, zwykle wprowadzając wobec nich dodatkowe ograniczenia. Takie ograniczenia wprowadzają między innymi normy regulujące udzielanie zamówień publicznych przez jednostki samorządu terytorialnego.

Powody, dla których wprowadza się szczególny 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, również - tam gdzie jest to właściwe - konkurencji między wykonawcami i dostawcami o różnej przynależności państwowej; działanie na rzecz rzetelnego i równorzędnego traktowania wykonawców i dostawców; dążenie do przejrzystości oraz uczciwości, rzetelności i publicznego zaufania do procesu zamawiania.

Obecnie obowiązująca w Polsce, 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. mój S.H.] a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane². Reżimem zamówień publicznych objęte są co do zasady wszystkie wydatki

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

² 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

dokonywane przez jednostki sektora finansów publicznych, w tym jednostki samorządu terytorialnego. Jest to reguła, nazywana zasadą powszechności³, 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 samorządy, 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, natomiast inwestowanie „wolnych” środków w praktyce polskiego komunalnego rynku kapitałowego wiąże się z zakładaniem lokat terminowych w bankach – do naprawdę incydentalnych przypadków należy zaliczyć korzystanie przez j.s.t. z bardziej skomplikowanych instrumentów inwestycyjnych.

Zgodnie z przyjętym już w ustawie z 1994 r., a identycznym z określonym w dyrektywach unijnych⁴, podziałem zamówień publicznych na dostawy, usługi i roboty budowlane, w zasadzie wszystkie zamówienia udzielane przez jednostki samorządu terytorialnego, a związane z instrumentami rynku finansowego, należy zaliczyć do usług. W dalszych rozważaniach poruszone będą zatem takie zagadnienia, jak usługa polegająca na udzieleniu kredytu (pożyczki), usługi związane z emisją papierów wartościowych oraz usługi związane z prowadzeniem rachunków bankowych, w tym rachunków lokat terminowych. Więcej kontrowersji może wzbudzić problem zaliczenia do odpowiedniej kategorii zamówień publicznych sytuacji, w której zamawiający – j.s.t. – pragnie ulokować swoje „wolne” środki w papierach wartościowych.

2. Szczególny reżim prawny niektórych usług finansowych

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 obecnie obowiązującym Prawie zamówień publicznych sytuacja uległa znacznej zmianie. Najistotniejszą różnicę wprowadza art. 4 pkt 3 lit. j), 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

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...”.

³ J. Pieróg, *Zamówienia publiczne. Komentarz*, Warszawa 2002, s. 48.

⁴ 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; Dyrektywa Rady 92/50/EEC z 18 czerwca 1992 r. o koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na usługi.

zobowiązania z papieru wartościowego), czy też szerzej, jako wszelakiego typu usługi, których przedmiotem są finanse w kontekście emisji, w tym także usługi doradcze. Wątpliwości te można spróbować rozwiązać poprzez analizę Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług⁵. W PKWiU nie ma sekcji „usługi finansowe” – ale merytorycznie odpowiadałaby im sekcja J – „usługi pośrednictwa finansowego”, obejmująca działy od 65 do 67. Usługi związane z emisją papierów wartościowych objęte są symbolem 67.12.10-00.20 (emisja i rejestracja), a usługi doradcze zawarte są w sekcji K i objęte symbolem 74.14.12. W objaśnieniach do działu 67 określone jest, że dział ten obejmuje „usługi ściśle związane z usługami finansowymi (sklasyfikowanymi w działach 65 i 66), które jednak nie są usługami finansowymi wykonywanymi na własny rachunek i ryzyko”. A zatem „usługami finansowymi związanymi z emisją” będą tylko usługi, które można zaliczyć do sekcji J PKWiU. Do analogicznych wniosków można dojść na gruncie rozważenia klasyfikacji wg. Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)⁶. 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).

W związku z powyższym, 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. 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 niepublicznej⁷, czyli – zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 r. Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi⁸ - 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 rzecz banku, a także – co z punktu

⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 marca 1997 r. w sprawie Polskiej Klasyfikacji Wyrobów i Usług (PKWiU) - załącznik. Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie wzorów ogłoszeń o zamówieniach publicznych publikowanych w Biuletynie Zamówień Publicznych oraz dodatkowych informacji zawartych w ogłoszeniach (Dz. U. Nr 91, poz. 816) w ogłoszeniu trzeba podać m.in. symbol wg. PKWiU. Rozporządzenie to, choć zostało wydane do ustawy z 1994 r., na podstawie art. 226 Prawa Zamówień Publicznych zachowuje moc obowiązującą, do czasu wydania nowych przepisów wykonawczych.

⁶ 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.

⁷ Obligacje Ostrowa Wielkopolskiego były – po ich sprzedaży bankowi w trybie emisji niepublicznej – wprowadzane do obrotu publicznego i notowane na CeTO.

⁸ Dz. U. z 2002 r. Nr 49, poz. 447 ze zm.

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 wartościowymi⁹. 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 pojęcia¹⁰. 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 prawnego¹¹.

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

⁹ 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...”

¹⁰ S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii prawa*, Poznań 2001, str. 166.

¹¹ www.sejm.gov.pl

92/50/EWG, jednakże – zgodnie z wyjaśnieniami Komisji Europejskiej¹², wyłączenia zakresu przedmiotowego ustawy nie należą do niezbędnych minimalnych wspólnych reguł udzielania zamówień publicznych (a wprowadzenie takich reguł jest celem dyrektywy)¹³. 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 ma¹⁴. 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 kredytowej¹⁵, 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). Komisja Europejska słusznie zaleca, żeby nawet w przypadkach tych zamówień, które nie są objęte dyrektywami, przestrzegać zasady przejrzystości i konkurencji¹⁶. Również Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdził, że fakt, iż niektóre zamówienia są wyłączone z zakresu obowiązywania dyrektyw, nie zwalnia zamawiającego od obowiązku respektowania podstawowych zasad prawa pierwotnego, w szczególności zasady niedyskryminacji¹⁷. Zasada ta wymaga przestrzegania wymogu przejrzystości w trakcie postępowania, a dla wypełnienia tego obowiązku niezbędne jest informowanie przez zamawiającego o udzielanych zamówieniach¹⁸.

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

¹² Komisja Europejska, *The Rules Governing the Procedures in the Award of Public Procurement Contracts*, 1997, str. 8.

¹³ M. Lemke, *Wprowadzenie do dyrektyw dotyczących zamówień publicznych*, w: *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2001, str. 17.

¹⁴ Jak wskazuje analiza sprawozdań z prac legislacyjnych, poprawka w takim zakresie została wprowadzona przez Senat, jednakże Sejm ją odrzucił.

¹⁵ 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.

¹⁶ Por. Komisja Europejska, *Commission interpretative communication on concessions under Community Law*, komunikat z 27.04.2000 r., 2000/C-121/02, s. 17.

¹⁷ Orzeczenie w sprawie C-324/98 („Teleaustria”) z dnia 7 grudnia 2000 r.

¹⁸ D. Piasta, *Publikacja ogłoszeń o zamówieniach publicznych*, *Zamówienia Publiczne – Doradca*, 2003 r., Nr 10, str. 17.

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 wartościowych¹⁹, z uwagi na ich relatywnie wysoką rentowność, jednakże dotarcie do nich przez samorzady z propozycją nabycia będzie wymagało specjalnych działań, np. wynajęcia zewnętrznych doradców, mających określone możliwości kontaktu z instytucjami zagranicznymi.

Trzeba jednakże zauważyć również pozytywny aspekt wyłączenia usług finansowych związanych z emisją spod reżimu zamówień publicznych. Umożliwić to może konstruowanie instrumentu, jakim są obligacje, w sposób znacznie bardziej elastyczny, a cała procedura emisji może być dzięki temu znacznie krótsza niż zaciągnięcia kredytu. Może także zwiększyć to ilość podmiotów, które będą wyrażać chęć obsługi emisji i zakupu obligacji z uwagi na fakt, że postępowanie stanie się mniej czasochłonne, kosztowne i skomplikowane.

Jednostki samorządu terytorialnego w trakcie wykonywania budżetu zwykle dysponują przez pewien czas określonymi „wolnymi” środkami²⁰, które mogą być lokowane na rachunkach lokat terminowych w bankach. Lokaty mogą być zakładane w banku prowadzącym obsługę rachunku budżetu j.s.t, ale również mogą być otwierane, na mocy art. 134 ust. 3 ustawy o finansach publicznych²¹. Wybór banku prowadzącego obsługę rachunku podstawowego budżetu danej j.s.t. musi być dokonywany zgodnie z Prawem zamówień publicznych, o czym *expressis verbis* stanowi art. 134 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, jednakże wątpliwości wzbudza problem wyboru innych banków, w których mogą być zakładane lokaty terminowe. Zagadnienie to stało się przedmiotem opinii prawnej, wydanej przez Departament Prawny Urzędu Zamówień Publicznych²², w której to Urząd stwierdził, że usługa prowadzenia rachunku lokaty terminowej nie stanowi w ogóle zamówienia publicznego, w rozumieniu ustawy. Urząd wywiódł taką tezę z dwóch przesłanek: definicji zamówienia publicznego, która *de lege derogata* stanowiła, iż zamówieniem publicznym są „opłacane przez zamawiającego usługi...”²³ oraz z twierdzenia, że niedopuszczalne jest pobieranie przez bank z tytułu prowadzenia rachunku lokaty terminowej jakichkolwiek opłat i prowizji, a zatem j.s.t. nie będzie wydatkowała na rzecz banku żadnej kwoty pieniężnej. Na gruncie obowiązującego stanu prawnego należy stwierdzić, że teza o wyłączeniu *ex definitione* usług polegających na prowadzeniu lokat terminowych spod reżimu zamówień publicznych może zostać obalona, co nie wyklucza jednak wyłączenia takich usług z zakresu przedmiotowego ustawy, ale na mocy jej szczególnych przepisów.

¹⁹ Np. w grudniu 2003 r. w przetargu na agenta emisji obligacji Miasta Sosnowiec ofertę złożył irlandzki bank DEPFA Bank plc.

²⁰ Należy podkreślić, iż nie chodzi tu o „wolne środki” w rozumieniu art. 112 ust. 2 pkt 6 ustawy z dnia 26 listopada 1998 r. o finansach publicznych (t.j. Dz. U. z 2003 r. Nr 15, poz. 148 ze zm.), lecz o środki pieniężne, faktycznie znajdujące się na rachunku bankowym j.s.t., które w danym momencie przez pewien okres nie muszą być wydatkowane.

²¹ Art. 134 ust. 3: „Organ stanowiący jednostki samorządu terytorialnego może upoważnić zarząd danej jednostki do lokowania wolnych środków budżetowych na rachunkach w innych bankach”. Na marginesie można tutaj wspomnieć o rządowym projekcie nowej ustawy o finansach publicznych, wniesionym do Sejmu w lipcu 2003 r. (druk sejmowy nr 1840). W projekcie tym zawarto dość kuriozalny przepis mówiący, że „jednostki sektora finansów publicznych mogą lokować wolne środki na rachunkach bankowych w bankach mających siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, z tym że w jednym banku nie może być lokowane więcej niż 25% środków” (art. 33 pkt 3 oraz art. 182 ust. 3 projektu). Jeżeli ustawa z takim przepisem zostanie wejście w życie, wymusi to na j.s.t. dokonywanie wyboru banku w sposób nie uwzględniający interesu gospodarczego danej j.s.t., gdyż nie można będzie ulokować całości „wolnych” środków tam, gdzie jest zaoferowane najlepsze oprocentowanie, lecz dzielić je co najmniej pomiędzy 4 banki.

²² Opinia ta, wydana jeszcze w okresie obowiązywania ustawy z 1994 r., opublikowana jest na stronach internetowych UZP: www.uzp.gov.pl

²³ Por. przypis 2.

Po pierwsze, *de lege lata*, zamówienia publiczne zdefiniowane są jako „umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi...”. Umowy odpłatne charakteryzują się tym, że każda ze stron uzyskuje jakąś korzyść majątkową²⁴. Korzyścią majątkową dla banku jest już samo obracanie zgromadzonymi na rachunku środkami, natomiast dla klienta banku korzyścią majątkową są odsetki od ulokowanych środków pieniężnych. Z uwagi na to, że umowy rachunków lokat terminowych przewidują oprocentowanie środków zgromadzonych na rachunku, będą one miały charakter odpłatny. Zatem – na podstawie definicji z art. 2 pkt 13 Prawa zamówień publicznych, co do zasady usługa polegająca na prowadzeniu rachunku lokaty terminowej będzie zamówieniem publicznym.

Po drugie, w swojej opinii prawnej Urząd niesłusznie twierdzi, że „niedopuszczalne jest pobieranie przez banki opłat za czynności związane z zawarciem umowy i prowadzeniem rachunku, w tym za czynności dotyczące dysponowania środkami na tym rachunku”²⁵. Jest to pogląd wyrażany niekiedy w literaturze²⁶, ale nie znajdujący uzasadnienia. W szczególności źródłem uprawnienia do pobierania opłat i prowizji za świadczone przez banki usługi nie są nawet przepisy ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe²⁷, lecz wynika to bezpośrednio z wyrażonej w Kodeksie cywilnym zasady swobody umów (art. 353¹ k.c.)²⁸. Banki mogą pobierać prowizje i opłaty za wykonywanie czynności bankowych (a czynnością bankową jest samo prowadzenie rachunku)²⁹, w związku z czym opłatami lub prowizjami mogą być obciążone czynności związane z rachunkiem lokaty terminowej. To, że w praktyce takich opłat ani prowizji nie ma, nie zmienia charakteru umowy rachunku lokaty terminowej jako umowy odpłatnej.

Jak wspomniano powyżej, usługa prowadzenia rachunku lokaty terminowej może zostać wyłączona spod reżimu zamówień publicznych, ale na mocy art. 4 Prawa zamówień publicznych, w szczególności przepisu art. 4 pkt 8 określającego dolną wartość zamówień, dla których stosuje się ustawę, na równowartość 6000 euro. Jest to spowodowane faktem, iż w typowej umowie lokaty terminowej nie ma przewidzianych opłat ze strony klienta na rzecz banku, a zatem szacunkowa wartość zamówienia będzie równa zero złotych. Musi być jednak dokonane wspomniane wyżej oszacowanie przedmiotu zamówienia, co wymaga między innymi porównania warunków umowy oferowanych przez różne banki, działające na danym rynku³⁰.

3. Szacowanie wartości przedmiotu zamówienia a instrumenty finansowe

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, 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

²⁴ Z. Radwański, *Zobowiązania – część ogólna*, Warszawa 1998, str. 112; S. Grzybowski, (w:) *System prawa cywilnego, część ogólna*, pod Re. S. Grzybowskiego, Wrocław 1985, str. 496.

²⁵ Opinia prawna UZP, www.uzp.gov.pl

²⁶ Np. W. Pyziół, *Umowa rachunku bankowego*, Warszawa 1997, str. 47-48; R. Zelwiański, *Oplaty za prowadzenie rachunku bankowego*, Przegląd Podatkowy 2000, Nr 6, str. 41.

²⁷ t.j. Dz. U. z 2002 r., Nr 72, poz. 665 ze zm.

²⁸ J. Majewski, *Wynagrodzenie za prowadzenie rachunku bankowego (uwagi na marginesie pisma Przewodniczącego KNB)*, Prawo Bankowe 2000, Nr 7/8, str. 153; B. Glapiński, *Treść umowy rachunku bankowego*, pr. mag. obroniona w Katedrze Prawa Cywilnego UAM, Poznań 2003, str. 141.

²⁹ B. Glapiński, *Treść...*, str. 143.

³⁰ J. Pieróg, *Zamówienia...*, str. 78.

elementy, cena, jaką zamawiający spodziewa się zapłacić za wykonanie danej umowy w sprawie zamówienia (bez podatku VAT)³¹.

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 „należyłą starannością” (art. 2 ust. 1 pkt 9). Dopiero ustawą z dnia 29 sierpnia 2003 r. o zmianie ustawy o zamówieniach publicznych³² 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.³³ 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, 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 zamówienia³⁴ 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 opłaty³⁵. Jednostka samorządu terytorialnego szacując

³¹ M. Lemke, *Wprowadzenie...*, str. 46.

³² Dz. U. Nr 165, poz. 1591.

³³ Dz. U. Nr 229, poz. 2281.

³⁴ J. Pieróg, *Zamówienia...*, str. 78.

³⁵ W przypadku emisji obligacji dokonywanych przez j.s.t. wartość przedmiotu zamówienia określało się inaczej. Obecnie, co opisano powyżej, 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 rozprowadza 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*

wartość przedmiotu zamówienia przed wszczęciem postępowania na wybór banku-kredytodawcy musi przygotować zatem projekcję spłaty odsetek od kredytu³⁶, uwzględniając prognozę stawki referencyjnej (dla kredytów jest to WIBOR) oraz średnie wielkości marż ponad WIBOR i innych prowizji żądanych przez banki, porównując np. warunki jakie uzyskały sąsiednie j.s.t.

W przypadku usługi finansowej, polegającej na prowadzeniu rachunku budżetu j.s.t., szacowanie wartości przedmiotu zamówienia jest znacznie bardziej skomplikowane. Jest tak z uwagi na możliwą złożoność takiego zamówienia³⁷ – oprócz prowadzenia rachunku, dokonywania wpłat i wypłat, przelewów, dodatkowo banki oferują np. kredyty w rachunku bieżącym czy lokaty overnight. Obliczenie wartości przedmiotu zamówienia zależeć będzie w dużej mierze od tego, w jaki sposób zostanie skonstruowana specyfikacji istotnych warunków zamówienia, tzn. jakich usług dana j.s.t. będzie żądać od banku. Po określeniu jakie usługi będą brane pod uwagę, należy oszacować ich ilość w okresie zawarcia umowy, a najlepiej dokonać tego odnosząc się do ilości operacji danego typu (np. przelewów) przeprowadzonych w przyjętym, minionym okresie (np. w poprzednim roku)³⁸. Pamiętać należy o doliczeniu kosztów obsługi kredytu w rachunku bieżącym, jeżeli taka opcja będzie wymagana od oferentów. Wysokość opłat, prowizji i marż można przyjąć, uśredniając dane zaczerpnięte np. z publikowanych w Internecie taryf opłat i prowizji kilku banków, z zastrzeżeniem uwzględniania opłat i prowizji dotyczących klienta korporacyjnego, a nie indywidualnego. Powstaje natomiast pytanie, czy i ewentualnie w jaki sposób uwzględnić należy wpływy z tytułu odsetek od środków na rachunku? Z całą pewnością oprocentowanie rachunku musi być elementem oceny ofert, jednakże wydaje się, że przy szacowaniu wartości przedmiotu zamówienia wpływów z tytułu odsetek uwzględniać nie należy (tzn. nie należy odejmować od płatności na rzecz banku szacowanej kwoty odsetek), tak aby pozostać w zgodzie z określoną w Prawie zamówień publicznych definicją wartości przedmiotu zamówienia jako „całkowitego szacunkowego wynagrodzenia wykonawcy”.

4. Progi stosowania przepisów ustawy a zamówienia na usługi finansowe

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. Wartość przedmiotu zamówienia ma być przeliczona na euro według kursu określonego w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów, wydanego na podstawie art. 35 ust. 3 Prawa zamówień publicznych, a uwzględniającego średni kurs euro ogłaszany przez NBP w ciągu ostatnich 24 miesięcy. Rozporządzenie takie ma być wydawane nie rzadziej niż raz na 2 lata. W sytuacji, w której kurs złotówki do euro podlega tak dużym wahaniom jak obecnie, jest to rozwiązanie zasługujące na aprobatę, aczkolwiek rozporządzenie takie powinno być wydawane raz na rok, najlepiej tuż przed początkiem roku budżetowego.

Pierwszym z nich jest próg 6000 euro, poniżej którego nie stosuje się w ogóle ustawy. Jak zostało to wyżej wskazane, w praktyce poniżej tego progu mogą znaleźć się jedynie

zorganizowania, 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.

³⁶ 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.

³⁷ Por. R. Szostak, *Obsługa bankowa budżetu jednostki samorządu terytorialnego*, *Finanse Komunalne* 1999, Nr 3, str. 8.

³⁸ Por. M. Czekaj, *Optymalizacja obsługi bankowej jednostek samorządu terytorialnego*, *Finanse Komunalne* 2004, Nr 1, str. 36.

usługi związane z rachunkami lokat terminowych, ewentualnie usługi doradcze w zakresie finansów.

Drugim, podstawowym progiem, jest 60.000 euro. 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 i wysokim kursie euro, j.s.t. starające się o relatywnie niewielkie kredyty, ewentualnie kredyty krótkoterminowe³⁹, będą mogły całe postępowanie o udzielenie zamówienia przeprowadzić szybciej i łatwiej, niż kiedyś (w ustawie z 1994 r. podstawowy próg wynosił 30.000 euro). W szczególności jest to korzystne dla małych gmin, o niewielkich budżetach, które zwykle zaciągają średnioterminowe kredyty na kwoty rzędu kilkaset 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 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.

Trzecim istotnym progiem jest próg 130.000 euro. Jest to próg wynikający z dyrektyw unijnych⁴⁰, 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 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

³⁹ 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.

⁴⁰ Por. przypis 4. Dyrektywa 97/52/EC zmieniła wcześniejsze określenie progów w euro, na jednostkę rozliczeniową Światowej Organizacji Handlu SDR; zatem próg 130.000 SDR to około 140.000 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.

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. Przykładowo, we Francji dolny próg obowiązywania *Code des marches publics* wynosi aż 90.000 euro, jednakże jeszcze w 2003 r. projektowano zmianę, która zrównała by próg stosowania francuskiego prawa zamówień publicznych z progami dyrektyw unijnych⁴¹. W Niemczech jednostki samorządu terytorialnego (i ale także np. ministerstwa i urzędy federalne) muszą stosować procedury zamówień publicznych dla wszystkich wartości, jednakże dla zamówień poniżej 200.000 euro przewidziana jest procedura uproszczona; podobne regulacje stosowane są w Austrii⁴². Natomiast na Słowacji, wedle ustawy z 14 września 1999 r., dolnym progiem stosowania procedur zamówień publicznych jest 500.000 koron słowackich.

5. Kwota przeznaczona na finansowanie zamówienia związanego z usługami finansowymi.

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 starannością⁴³. 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 zdefiniowany ustawowo, a rozumieć należy pod nim kwotę określoną w budżecie zamawiającego, przeznaczoną na wydatki związane z danym zamówieniem⁴⁴. 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

⁴¹ D. Piasta, *Zamówienia...*, str. 22.

⁴² Ibidem, str. 23.

⁴³ Por. opinia Departamentu Prawnego Urzędu Zamówień Publicznych, www.uzp.gov.pl

⁴⁴ Ibidem.

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. Dlatego j.s.t. przy szacowaniu kwoty, jaką może maksymalnie przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia związanego z zaciągnięciem kredytu, powinna uwzględnić również ewentualną podwyżkę stóp rynkowych, jednakże pamiętając m.in. o ograniczających ją limitach wielkości długu, wynikających z art. 113 i 114 ustawy o finansach publicznych.

6. Wymogi formalne ofert a specyfika działania instytucji finansowych

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 – dla ustawy z 1994 r. było to rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji⁴⁵. Rozporządzenie to zachowuje moc obowiązującą do czasu wydania rozporządzenia na podstawie art. 26 ust. 4 Prawa zamówień publicznych, które ma być wydane przez Prezesa Rady Ministrów⁴⁶.

Zgodnie z rozporządzeniem (z 2002 r., jak i projektem nowego rozporządzenia) zamawiający wymaga (przy zamówieniach poniżej 60.000 euro może wymagać) złożenia aktualnego odpisu z Krajowego Rejestru Sądowego⁴⁷. W rozporządzeniu z 2002 r. określone jest, że oprócz tego, iż odpis ma być „aktualny” (czyli odzwierciedlający bieżący stan prawny i faktyczny), nie może być zarazem wystawiony wcześniej niż sześć miesięcy przed datą

⁴⁵ Rozporządzenie Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji z dnia 24 czerwca 2002 r. w sprawie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od dostawcy lub wykonawcy w celu potwierdzenia spełnienia warunków uprawniających do udziału w postępowaniu o zamówienie publiczne (Dz. U. Nr 91, poz. 817).

⁴⁶ Na dzień 22 lutego 2004 r. nowe rozporządzenie nie zostało wydane. Przygotowany został przez Urząd Zamówień Publicznych projekt z dnia 10 lutego 2004 r., zamieszczony na stronach internetowych www.uzp.gov.pl

⁴⁷ Ewentualnie z ewidencji działalności gospodarczej – ale nie dotyczy to oczywiście instytucji finansowych.

składania ofert, bez względu na to, czy następowały jakiegokolwiek zmiany. W projekcie nowego rozporządzenia, nie ma określonego terminu ważności odpisu.

Rozporządzenie (zarówno z 1994 r., jak i projekt nowego) 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 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 projektowanego wydłużenia terminu „ważności” takich zaświadczeń – dotychczasowo było to 6 tygodni, wedle projektu zaświadczenie 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 karnego⁴⁸). Trudno uzasadnić, dlaczego Prawo zamówień publicznych jest bardziej rygorystyczne niż wymogi wynikające z przepisów regulujących nadzór bankowy.

Pozytywnie ocenić trzeba zmiany, jakie w myśl projektu nowego rozporządzenia zostaną wprowadzone odnośnie zakresu dokumentów żądanych od pomiotów 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 projekcie rozporządzenia, 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.

⁴⁸ Jest to przestępstwo tzw. nadużycia zaufania przy prowadzeniu cudzych spraw majątkowych. Może być ono popełnione zarówno umyślnie, jak i nieumyślnie.

7. Podsumowanie

Nowe Prawo zamówień publicznych przyniosło dosyć istotne zmiany zarówno dla zamawiających, jak i oferentów. Zmieniono również regulacje w odniesieniu do usług związanych z instrumentami finansowymi. Najbardziej kontrowersyjne jest wyłączenie wszelkich usług finansowych związanych z emisją, sprzedażą i transferem papierów wartościowych spod reżimu ustawy. Zmiana ta, choć zgodna z prawem unijnym, może przynieść negatywne rezultaty z uwagi na możliwość wykorzystywania jej przez banki jako sposobu na ominięcie skomplikowanej procedury przetargowej związanej z udzielanym kredytem. Należy się niestety obawiać sytuacji, w których jednostki samorządu terytorialnego dadzą się skusić ofertom poszczególnych banków na przeprowadzenie emisji obligacji komunalnych, bez ogłaszania jakiegokolwiek przetargu gwarantującego konkurencję. A trzeba pamiętać, że to właśnie konkurencja – dużej ilości podmiotów, na równych zasadach – najpewniej doprowadza do spadku cen. Można również – w odniesieniu do rynku obligacji komunalnych, w ostatnich latach dynamicznie się rozwijającego – założyć bardziej optymistyczny scenariusz. 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.

W zakresie pozostałych usług finansowych – czyli w szczególności kredytów bankowych – istotna jest zmiana związana z dwukrotnym podniesieniem progu przetargowego, zezwalającego na stosowanie procedury uproszczonej. Umożliwi to szybsze i łatwiejsze zaciąganie niewielkich i krótkoterminowych kredytów. Jednak dla zamówień o szacunkowej wartości przekraczającej 60.000 euro procedura będzie długa, bo trwająca od momentu ogłoszenia do podpisania umowy ponad dwa miesiące (z uwzględnieniem czasu na ocenę ofert). Pozytywnie ocenić należy rozszerzenie możliwości stosowania trybów negocjacyjnych – tzn. negocjacji z ogłoszeniem i bez ogłoszenia, zapytania o cenę i zamówienia z wolnej ręki. Jednak najważniejszą zmianą jest umożliwienie zawarcia umowy w wyniku postępowania, w którym złożona została tylko jedna nie podlegająca odrzuceniu oferta. Jest to szczególnie istotne w wypadku usług finansowych związanych z pozyskaniem środków zwrotnych, czyli np. udzieleniem kredytu. Banki-oferenci startujący w przetargu na kredytodawcę j.s.t. stoją na innej pozycji, niż oferenci w innych, „niefinansowych” postępowaniach. Aby bank złożył ofertę, musi ocenić pozytywnie zdolność kredytową danego samorządu – a nie ma jednego, ustalonego sposobu oceniania takiej zdolności, przez co zdarzyć się może, że spośród kilku zainteresowanych banków tylko jeden uzyska zgodę swojego komitetu kredytowego czy zarządu na złożenie oferty. Pod rządami starej ustawy, taki przetarg trzeba było unieważnić, a powtórzony przetarg zwykle nie dawał rezultatu; obecnie j.s.t. będzie mogła skorzystać z oferty takiego banku. Istotne jest również zrezygnowanie z konieczności uzyskiwania przez zamawiającego zgody Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych na zawarcie umowy powyżej 3 lat, jeżeli umowa ta dotyczyć ma kredytu lub pożyczki.

W okolicznościach dynamicznego rozwoju rynku finansowego i wprowadzania coraz bardziej skomplikowanych instrumentów, które mogą stać się potencjalnie dostępne dla jednostek samorządu terytorialnego należy na prawo zamówień publicznych zwrócić szczególną uwagę, aby nie dopuścić do sytuacji, w której jego przepisy nie tylko ograniczą, ale wręcz wyłączą możliwości aktywnego uczestnictwa jednostek samorządu terytorialnego w

obrocie na rynku finansowym. Nie wydaje się jednak zasadne generalne wyłączenie usług finansowych spoza zakresu przedmiotowego ustawy. Lepszym rozwiązaniem byłoby objęcie usług finansowych specjalnym reżimem, przynajmniej w pewnym zakresie. W szczególności potrzebne byłoby dopuszczenie w znacznie szerszym zakresie stosowania mniej formalnych trybów udzielania zamówień, a przy przetargu nieograniczonym najistotniejszą kwestią wydaje się znaczące skrócenie wszystkich terminów. Należy pamiętać, że dyrektywy unijne są dosyć elastyczne, a progi ich stosowania określone są dosyć wysoko, jak na warunki i możliwości polskich jednostek samorządu terytorialnego.

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

Sebastian Huczek

Doktorant

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, Wydział Prawa i Administracji

Katedra Prawa Finansowego