



Jarostaw Kola

Pożyczka jako przedmiot zamówienia publicznego

Sytuacje, w których ujawnia się konieczność dofinansowania określonych przedsięwzięć czy bieżącej działalności zamawiających z zewnętrznych źródeł, z całą pewnością nie są rzadkie. Praktyka pokazuje przy tym często, że obowiązujące przepisy prawa zamówień publicznych nie uwzględniają ich specyfiki.



Jarostaw Kola

Doktorant w Zakładzie Publicznego Prawa Gospodarczego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu.

Nierzadko prowadzi to do obniżenia efektywności działań zamawiających. Zmiany proponowane w związku z implementacją nowych dyrektyw dają pewne nadzieje na poprawę sytuacji. Jednak również projekt nowej ustawy nie jest w tym zakresie wolny od kontrowersji, co niewątpliwie warto sygnalizować już teraz.

Nie ulega wątpliwości, że prowadzenie każdego rodzaju działalności, może niekiedy

spowodować konieczność włączenia w jej finansowanie środków zewnętrznych. Dotyczy to również podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy Pzp, tj. zamawiających. Wszak finansowe aspekty wykonywania zadań publicznych, czy prowadzenia tzw. działalności sektorowej, w istocie nie różnią się od ekonomicznych uwarunkowań innych rodzajów działalności. W konsekwencji, również mechanizmy uzyskiwania dostępu i prawa do korzystania z zewnętrznych środków finansowych mogą być co do zasady takie

same. Podstawowymi – choć nie jedynymi, co zostanie wykazane – „narzędziami”, które to umożliwiają są oczywiście umowa o pożyczkę oraz umowa o kredyt.

Pożyczka

Pożyczka jest instytucją uregulowaną przede wszystkim¹ w Kodeksie cywilnym. Zgodnie z jego art. 720 przez umowę pożyczki dający pożyczkę zobowiązuje się przenieść na własność biorącego określoną ilość pieniędzy albo rzeczy oznaczonych tylko co do gatunku, a biorący zobowiązuje się zwrócić tę samą

¹ Udzielanie pożyczek przez banki jest przedmiotem szczególnej regulacji w ustawie z dn. 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe (PrBank).

ilość pieniędzy albo tę samą ilość rzeczy tego samego gatunku i tej samej jakości.

Należy na wstępie zaznaczyć, że już z tej podstawowej regulacji kodeksowej wynika, iż zawarcie umowy pożyczki nie zawsze podlegać będzie reżimowi prawa zamówień publicznych. Polski prawodawca postanowił bowiem, że do *essentialia negotii* umowy pożyczki na gruncie k.c. nie należy jej odpłatność. Jak słusznie wskazuje się w piśmiennictwie „to czy, *in concreto* umowa pożyczki jest nieodpłatna można ustalić na podstawie analizy konkretnego stosunku prawnego dokonanej przy uwzględnieniu art. 56 oraz art. 65 KC”².

Zatem w świetle art. 2 pkt 13 Pzp – wedle którego odpłatność jest elementem istotnym zamówienia publicznego – zawieranie nieodpłatnej umowy pożyczki, nie będzie wymagało stosowania ustawy Pzp.

Oczywiście odrębną kwestią jest czy w praktyce działalności zamawiających w ogóle pojawiają się nieodpłatne umowy pożyczki. Jako przykład możnaby wskazać sytuację, w której stronami nieodpłatnej umowy pożyczki są zamawiający sektorowy oraz podmiot współnaależący z nim do jednej grupy kapitałowej. Wydaje się jednak, że zdarzają się one niezwykle rzadko. Wynika to również z faktu, że pożyczkodawcami są najczęściej podmioty profesjonalnie udzielające pożyczek, a przede wszystkim banki. W tym zaś kontekście należy przypomnieć, że na podstawie art. 76 w zw. z art. 78 PrBank umowa pożyczki pieniężnej, której stroną jest bank będzie zawsze umową odpłatną. W literaturze wskazuje się wręcz, że:

„znaczenie przepisów kodeksowych dotyczących pożyczki jako wyznaczników treści konkretnych stosunków prawnych, mieszczących się w ramach konstrukcji pożyczki jest raczej ograniczone – co wynika przede wszystkim – z lakonicznego charakteru regulacji kodeksowej. Przepisy KC w zasadzie nie znajdują zastosowania w odniesieniu do pożyczek

bankowych poddanych z jednej strony reżimowi przepisów PrBank o umowie kredytu, z drugiej zaś, rozbudowanym postanowieniom zawartych we wzorcach umownych. (...) Można w związku z tym przyjmować, iż regulacja kodeksowa pożyczki jako taka (tzn. „nieuzupełniona” regulacją zawartą w odrębnych przepisach, lub/i wzorcach umownych) zachowuje swoje znaczenie raczej tylko w odniesieniu do nieodpłatnych pożyczek o charakterze niegospodarczym (tzw. pożyczki grzecznościowe)”³.

Znajduje to potwierdzenie także w praktyce systemu zamówień publicznych. Należy zatem stwierdzić, że umowa pożyczki, której stroną jest zamawiający, najczęściej jest umową odpłatną.

Umowa pożyczki, której stroną jest zamawiający, najczęściej jest umową odpłatną.

Wobec tego wypada przypomnieć szczególnie istotną w tym kontekście kwestię, a mianowicie zasady ustalania wartości „odpłaty” za udzielenie pożyczki. Zgodnie z art. 34 ust. 4 ustawy Pzp jeżeli zamówienie obejmuje usługi bankowe lub inne usługi finansowe, wartością zamówienia są opłaty, prowizje, odsetki i inne podobne świadczenia. Należy więc przyjąć, że wartością „odpłaty” jest wartość wszystkich kosztów jakie poniesie zamawiający w ramach stosunku łączącego strony umowy pożyczki.

Podsumowując należy więc stwierdzić, że zamawiający powinni zawierać umowy pożyczek – niezależnie od wysokości pożyczanej kwoty – w reżimie prawa zamówień publicznych, jeżeli koszt „odpłaty” przekracza wartość, od której uzależniony jest obowiązek stosowania Pzp.

Kredyt

Umowa kredytu jest pozakodeksowym typem umowy nazwanej uregulowanej w art. 69 i n. PrBank. Stanowi on, że przez umowę kredytu

bank zobowiązuje się oddać do dyspozycji kredytobiorcy na czas oznaczony w umowie kwotę środków pieniężnych z przeznaczeniem na ustalony cel, a kredytobiorca zobowiązuje się do korzystania z niej na warunkach określonych w umowie, zwrotu kwoty wykorzystanego kredytu wraz z odsetkami w oznaczonych terminach spłaty oraz zapłaty prowizji od udzielonego kredytu.

Kredyt jest więc instytucją co do istoty pokrewną wobec umowy pożyczki, lecz wykazuje pewne odrębności.

Po pierwsze, umowa kredytu jest kwalifikowana podmiotowo – kredytodawcą mogą być wyłącznie banki, instytucje kredytowe lub ich oddziały w Polsce oraz banki spółdzielcze – podczas gdy pożyczkodawcą w rozumieniu

k.c. może być w zasadzie każdy podmiot posiadający zdolność do czynności prawnych.

Po wtóre – jak wskazuje się w piśmiennictwie – „umowa pożyczki nie musi i na ogół nie określa przeznaczenia pożyczki, pożyczkobiorca – jako właściciel przedmiotu pożyczki – może więc wykorzystać przedmiot pożyczki na dowolny cel. W umowie kredytu powinien być natomiast oznaczony cel kredytu, zaś kredytobiorca zobowiązany jest do korzystania z udostępnionych przez kredytodawcę środków zgodnie z tym celem pod rygorem wypowiedzenia umowy”⁴.

Co jednak szczególnie istotne z punktu widzenia obowiązku stosowania Pzp – umowa kredytu jest zawsze umową odpłatną. Tak samo więc jak w przypadku odpłatnej umowy pożyczki, umowa kredytu, której koszt „odpłaty” przekracza wartość, od której

² W. Pyziół, *Konstrukcja prawna pożyczki na gruncie Kodeksu Cywilnego*, [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego*. Tom 8. Prawo zobowiązań – część szczegółowa, Warszawa 2004, s. 297.

³ W. Pyziół, *Konstrukcja...*, s. 294.

⁴ J. Pisuliński, *Umowa kredytu. Kredyt konsumencki* [w:] J. Panowicz-Lipska (red.), *System Prawa Prywatnego. Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Tom 8., Wydanie 2. Warszawa 2011, s. 363–364.

uzależniony jest obowiązek stosowania Pzp, podlegać będzie reżimowi prawa zamówień publicznych.

Alternatywne formy uzyskiwania dostępu do zewnętrznych środków finansowych

Jak wspomniano wcześniej, istnieją jeszcze inne – niewątpliwie mniej popularne – formy uzyskiwania przez zamawiających dostępu do zewnętrznych środków finansowych. Są to przede wszystkim emisje papierów wartościowych i innych instrumentów finansowych. Należy zauważyć, że owe alternatywne formy pozyskiwania kapitału – nawet te najpopularniejsze jak emisje akcji czy obligacji – są niewątpliwie znacznie bardziej skomplikowane, a ich stosowanie bardziej wymagające w porównaniu z umowami pożyczki i kredytu. Jednak pomimo trudności bywają nierzadko wykorzystywane przez zamawiających.

Na podstawie obserwacji praktyki wydaje się, że bardzo często głównym uzasadnieniem dla ich stosowania nie są wcale argumenty ekonomiczne – podstawową motywacją bywa często chęć uniknięcia obowiązku prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Innymi słowy, nawet jeśli podstawowym celem zamawiającego jest pozyskanie kapitału, to jednak decydującym o doborze środków jego realizacji czynnikiem jest treść art. 4 pkt 3 lit. j ustawy Pzp, zgodnie z którym ustawa nie znajduje zastosowania do umów, których przedmiotem są usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, kupnem lub transferem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związane z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału.

Trudności w stosowaniu Pzp

Wydaje się, że kompleksowa analiza czynników, które skłaniają zamawiających do takiego działania zdecydowanie przekraczałyby ramy praktycznego opracowania na prawach szkicu, jakim ma być niniejszy artykuł. Niewątpliwie wymagałaby ona poszerzenia rozważań o wątki ekonomiczne i praktyczne aspekty funkcjonowania rynku pożyczek i kredytów. Niemniej doświadczenie życiowe i refleksja nad funkcjonowaniem systemu zamówień publicznych w analizowanym zakresie uzasadniają sformułowanie

następującej intuicji: niewątpliwie można łatwo wyobrazić sobie okoliczności, w których zastosowanie trybów ustawy Pzp wzmocni konkurencję, przez co może zwiększyć szanse zamawiającego na uzyskanie pożyczki czy kredytu na korzystniejszych warunkach. Równie łatwo można jednak wyobrazić sobie i taką sytuację, w której obowiązek stosowania ustawy Pzp spowoduje obniżenie efektywności ekonomicznej działań zamawiającego, a nawet całkowicie uniemożliwi realizację jego interesu, zaspokojenie jego potrzeb. Warto w tym miejscu ponownie odwołać się do zaproponowanego wcześniej przykładu modyfikując go nieco: wszak nie ulega wątpliwości, że konieczność stosowania ustawy Pzp przez zamawiającego, może całkowicie uniemożliwić zawarcie odpłatnej umowy pożyczki, w ramach której pożyczkodawcą będzie podmiot powiązany kapitałowo z tymże zamawiającym. O ile bowiem wcześniej wskazywano, że w ramach grup kapitałowych występują umowy nieodpłatne, to jednak zastrzeżono również, że zdarza się to bardzo rzadko. Poza tym trudno oczekiwać, że nawet w ramach grup kapitałowych pożyczanie znacznych środków pieniężnych odbywać się będzie nieodpłatnie.

Potencjalne trudności wynikające ze stosowania ustawy Pzp można dostrzec również w odniesieniu do zawierania umowy kredytu. Uprawnionym wydaje się bowiem twierdzenie, że w obrocie gospodarczym zawieranie takich umów wymaga szczególnego rodzaju dyskrecjonalności. Powszechnie wiąże się ono z koniecznością prowadzenia rozbudowanych negocjacji i szczegółowych badań sytuacji ekonomicznej kredytobiorcy. Wydaje się, że zapewnienie niezbędnej elastyczności i efektywności tego rodzaju działań jest bardzo utrudnione – jeśli nie niemożliwe – w ramach procedur uregulowanych w Pzp.

Projektowane zmiany

Zapewne również te okoliczności brał pod uwagę prawodawca europejski decydując, że pożyczki powinny być wyłączone spod reżimu prawa zamówień publicznych, o czym stanowią art. 10 lit. f Dyrektywy 2014/24/UE, oraz art. 21 lit. e Dyrektywy 2014/25/UE. Dodatkowo preambuły tych dyrektyw stanowią odpowiednio w motywie 26 oraz motywie 34, iż należy ostatecznie doprecyzować, że pożyczki – bez względu na to, czy są one związane z emisją papierów wartościowych

lub innych instrumentów finansowych, czy też z innymi operacjami dotyczącymi takich papierów lub instrumentów – powinny być wyłączone z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy.

Analogiczne rzecz jasna rozwiązania przewiduje projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych opublikowany na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych⁵. Projekt utrzymuje wyłączenie dla umów obejmujących usługi finansowe związane z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w rozumieniu ustawy z dnia 29 lipca 2005 r. o obrocie instrumentami finansowymi, a nadto przewiduje wyłączenie umów, których przedmiotem są pożyczki, bez względu na to, czy wiążą się one z emisją, sprzedażą, zakupem lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych. W konsekwencji, zamawiający, którzy stwierdzą, że zabezpieczenie ich interesu w większym stopniu zagwarantuje zastosowanie procedury konkurencyjnej, oczywiście będą mogli to uczynić dobrowolnie stosując przepisy k.c. lub ustawy Pzp. Jednocześnie w sytuacji, gdy reguły Pzp miałyby okazać się zbędnym balastem, uniemożliwiającym osiągnięcie zakładanych efektów, zamawiający będzie miał niezbędną swobodę w procesie zawierania umowy.

Rozwiązanie wypada ocenić jako słuszne. Wydaje się także, że wyłączenie umów pożyczek spod reżimu ustawy Pzp, nie zaciąga poważnych zagrożeń dla realizacji funkcji prawa zamówień publicznych, jakimi są m.in. zapewnianie gospodarności i efektywności polityki finansowej zamawiających. Wprost przeciwnie – wszak co do zasady działalność zamawiających i tak podlega różnym formom kontroli (również w zakresie polityki finansowej), a zwiększenie ich swobody niewątpliwie pozwala im lepiej dobierać środki usprawniające realizację podejmowanych przedsięwzięć.

Kontrowersje

Jak już jednak sygnalizowano, pomimo właściwego – jak się zdaje – kierunku zmiany przepisów, projektowane rozwiązanie nie jest wolne od kontrowersji, czy wręcz błę-

⁵ [online: dostęp z dnia 29.07.2015:] <http://uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;3155>.

du. Zestawienie zmian z zaprezentowanymi wcześniej uwagami nasuwa bowiem istotne pytania: skoro wskazano, że podstawowymi środkami zdobywania kapitału są nie tylko pożyczki (kodeksowa i bankowa), ale również kredyt, dlaczego projekt nowej ustawy w ogóle nie odnosi się do umowy kredytu? Czy jest to świadome działanie projektodawców, czy należy raczej określać proponowane rozwiązanie jako niedopatrzenie i oczekiwać jego zmiany w toku prac legislacyjnych?

Niewątpliwie działanie to należałoby oceniać jako zamierzone, gdyby pomiędzy umową pożyczki a umową kredytu istniały różnice na tyle istotne z punktu widzenia celów nowych dyrektyw, że uzasadniałyby pozostawienie zawierania umów kredytu w reżimie prawa zamówień publicznych. Tymczasem – jak wskazano wcześniej – istnieją pomiędzy tymi instytucjami pewne odrębności, lecz nie dotyczą one istoty instytucji. Warto w tym kontekście przytoczyć nieco obszerniejszą wypowiedź J. Pisulińskiego, który wskazuje istotną z punktu widzenia podejmowanej tu analizy okoliczność:

„występujące *de lege lata* rozróżnienie umowy pożyczki i umowy kredytu w praktyce się zaciera, w szczególności gdy pożyczki udziela bank. Trafnie wskazuje się, że nie ma przeszkód, aby wypłata kwoty pożyczki nastąpiła także w drodze bezgotówkowej (np. przelewem na podany w umowie rachunek pożyczkobiorcy). Choć w umowie pożyczki nie jest wymagane określenie jej przeznaczenia, oprocentowania ani terminu zwrotu wypłaconych pieniędzy, w praktyce bankowej w umowie pożyczki zawsze zastrzega się oprocentowanie oraz termin zwrotu; możliwe jest też określenie celu, na jaki pożyczka zostaje przeznaczona. W związku z tym w nowszych opracowaniach pojawiają się postulaty rezygnacji z wyróżniania umowy kredytu jako odrębnej od umowy pożyczki umowy nazwanej i uregulowania jej jako podtypu umowy pożyczki. Również w zagranicznych ustawodawstwach dostrzegalna jest tendencja do szerokiego definiowania umowy pożyczki, w której pożyczkodawca zobowiązuje się do postawienia do dyspozycji pożyczkobiorcy określonej kwoty pieniędzy, a nie tylko do przeniesienia na pożyczkobiorcę określonej ilości pieniędzy (a więc znaków pieniężnych), jak w art. 720 § 1 KC. (...) Dodatkowym argumentem przemawiającym za rezygnacją z wyróżniania umowy

kredytu jako umowy nazwanej jest dotychczasowa regulacja tej umowy w Prawie bankowym. Uregulowanie umowy kredytu w Prawie bankowym ma charakter jedynie ramowy, a przy tym przepisy te budzą różnego rodzaju wątpliwości interpretacyjne. Z tych powodów zasadny wydaje się postulat, aby uchylić przepisy o umowie kredytu i pożyczki w Prawie bankowym przy jednoczesnym bardziej rozbudowanym uregulowaniu w Kodeksie cywilnym umowy pożyczki pieniężnej”⁶.

W tym świetle należałoby więc ocenić, iż nie ma – szczególnie w kontekście celów ustawy Pzp – podstaw do prawnego rozróżniania sytuacji zamawiających zawierających umowy pożyczki od zamawiających zawierających umowę kredytu.

Wniosek ten automatycznie ujawnia kolejną kontrowersję, do której wypada się odnieść. Wszak – jak już zaznaczono – propozycja projektodawców jest analogiczna do postanowień dyrektyw. Być może zatem, wcale nie mamy do czynienia z niezamierzonym nieobjęciem umowy kredytu wyłączeniem, lecz z jasno wyrażoną intencją europejskiego prawodawcy, który z pewnych względów odnosi się wyłącznie do pożyczki. A może wręcz należałoby postawić hipotezę, że także prawodawca europejski nie uwzględnił analizowanej tu kwestii i popełnił legislacyjny błąd.

Zdaniem autora wniosek taki nie byłby trafny. Wydaje się raczej, że występowanie w polskiej wersji językowej dyrektyw wyłącznie pojęcia „pożyczka”, jest wynikiem przygotowywania jej na bazie wersji angielskiej, w której stosuje się pojęcie „loan”. Oczywiście jako jego odpowiednik w języku polskim wskazuje się najczęściej właśnie „pożyczkę”, lecz zapominać nie należy, że niekiedy oznacza ono również „kredyt”. Oczywiście potwierdzenie tej hipotezy wymagałoby szczegółowych badań lelingwistycznych, na które nie ma miejsca w niniejszym opracowaniu. Warto jednak zasygnalizować, że choć w zdecydowanej większości oficjalnych wersji językowych używa się wyłącznie słownikowych odpowiedników polskiego pojęcia „pożyczka”, to już w wersji niemieckiej posłużono się zwrotem „Darlehen oder Kredite”. Jest to oczywiście obserwacja zupełnie podstawowa

wa, niemniej z całą pewnością wstępnie może stanowić istotny argument na poparcie tezy, że intencją ustawodawcy europejskiego było wyłączenie spod reżimu prawa zamówień publicznych zarówno pożyczek jak i kredytu.

Podsumowanie

W efekcie prowadzonej w wielu państwach Unii Europejskiej (w szczególności w Portugalii, Belgii i Niemczech) dyskusji na temat podlegania pożyczek reżimowi prawa zamówień publicznych, prawodawca europejski postanowił rozstrzygnąć istniejące wątpliwości. Przyjęte rozwiązanie, a więc przyznanie zamawiającym swobody w zakresie zawierania umów pożyczek wydaje się korzystne, niemniej cieniem na projektowanej regulacji kładzie się nieścisłość dotycząca stosowania prawa zamówień publicznych do zawierania umów kredytu. Przedstawione tu wstępne badania skłaniają autora do przyjęcia wniosku, że celem prawodawcy europejskiego było wyłączenie z zakresu zastosowania dyrektyw zarówno pożyczki jak i kredytu. Zastrzec jednak należy, że dla jednoznacznego rozstrzygnięcia tej kwestii konieczne będzie podjęcie znacznie szerszej zakrojonych badań, które w najbliższym czasie autor zamierza podjąć. W szczególności niezbędne wydaje się podjęcie komparatystycznych badań nad istotą i ewolucją instytucji pożyczki i kredytu w europejskiej tradycji prawnej. Przede wszystkim jednak konieczne będzie podjęcie lelingwistycznych badań nad jurydycznym znaczeniem odpowiedników polskiego pojęcia „pożyczka” w systemach prawnych innych państw członkowskich UE.

Z pozoru, podejmowana tu kwestia może wydawać się bardzo szczegółowa i teoretyczna. Nie ulega jednak wątpliwości, że zasygnalizowana tu niejasność będzie miała poważne konsekwencje praktyczne. Należy bowiem ocenić, że brak refleksji nad zaznaczoną wątpliwością i przyjęcie nowej ustawy w wersji projektu sprawi, że prędzej czy później zamawiający, Krajowa Izba Odwoławcza, sądy lub jakikolwiek inny podmiot stosujący prawo zamówień publicznych stanie przed koniecznością odpowiedzi na niełatwe pytanie: czy na gruncie prawa zamówień publicznych pożyczka oznacza również kredyt? Wydaje się, że warto zawczasu uniknąć niepotrzebnych kontrowersji i rozstrzygnąć tę kwestię w toku prac nad nową ustawą. ■

⁶ J. Pisuliński, *Umowa...*, s. 364–365.