

Uchwała Nr 93/2009
Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu
z 25 listopada 2009 roku

w sprawie stwierdzenia nieważności uchwały nr LIII/452/2009 Rady Gminy
Świdnica z dnia 29 października 2009 r. w sprawie współdziałania przy
realizacji zadania „Budowa i modernizacja dróg lokalnych - powiatowych
i gminnych”

Na podstawie art.18 ust.1 pkt 1 ustawy z dnia 7 października 1992 r. o regionalnych izbach obrachunkowych (t.j. Dz.U. z 2001 r., Nr 55, poz.577 ze zm.) oraz art.91 ust.1 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (t.j.Dz.U. z 2001 r., Nr 142, poz.1591 ze zm.) , Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu uchwala, co następuje:

§ 1

Stwierdza się nieważność uchwały nr LIII/452/2009 Rady Gminy Świdnica z dnia 29 października 2009 r. w sprawie współdziałania przy realizacji zadania "Budowa i modernizacja dróg lokalnych - powiatowych i gminnych" z powodu istotnego naruszenia art. 170 ust. 1-2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104) w związku z punktami 5.69, 5.70, 5.83, 5.124, 5.125 załącznika A do Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. U. UE L310 z 30 listopada 1996 r.).

§ 2

Uchwała wchodzi w życie z dniem podjęcia.

Uzasadnienie

Uchwała nr LIII/452/2009 Rady Gminy Świdnica z dnia 29 października 2009 r. w sprawie współdziałania przy realizacji zadania "Budowa i modernizacja dróg lokalnych - powiatowych i gminnych" wpłynęła do Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu, Zespołu Zamiejscowego w Wałbrzychu dnia 4 listopada 2009 r.

Jako podstawę prawną podjęcia przedmiotowej uchwały wskazano art. 10 ust. 1 i art. 18 ust. 2 pkt. 12 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym (Dz. U. z 2001 r. Nr 142, poz. 1591 z późn. zm.)

Podejmując przedmiotową uchwałę Rada Gminy Świdnica postanowiła zaciągnąć zobowiązanie związane z realizacją zadania „Budowa i modernizacja dróg lokalnych- powiatowych i gminnych” w kwocie 15.000.000. zł. Jednocześnie ustaliła zapłatę za realizowane zadanie w systemie wykupu wierzytelności na lata 2010-2026 wraz z odsetkami określonymi na bazie WIBOR plus marża nie przekraczająca 4,5%.

W § 1 badanej uchwały Rada Gminy Świdnicy wskazała, iż zadanie będzie realizowane na podstawie porozumienia z: powiatem jaworskim, powiatem kamiennogórskim, powiatem średzkim, powiatem wrocławskim, powiatem świdnickim, gminą Strzegom, miastem Świdnica, miastem Jaworzyna Śląska, gminą Świebodzice oraz gminą Żarów.

Jak wynika z uzasadnienia projektu przedmiotowej uchwały powodem skłaniającym projektodawców do wyboru takiej formuły finansowania zadania „Budowa i modernizacja dróg lokalnych- powiatowych i gminnych” była chęć uniknięcia ustawowych ograniczeń w zakresie zaciągania długu przez jednostki samorządu terytorialnego: „(...) zgodnie z obowiązującym stanem prawnym założona forma finansowania w postaci wykupu wierzytelności przez bank nie obciąża obowiązujących wskaźników zadłużenia gminy.”.

W toku badania nadzorczego wystąpiono o dodatkowe informacje do podmiotu wiodącego w realizacji planowanego zadania - powiatu świdnickiego. Jak zauważono

w analizie dostarczonej organowi nadzoru przez Skarbnika Powiatu Świdnickiego: „W analizowanym przypadku w wyniku zawarcia umowy forfaitingu pomiędzy bankiem a wykonawcą, wykonawca otrzymuje od banku 100% zapłaty za fakturę przed datą jej wymagalności (...). W wyniku umowy forfaitingu jednostka samorządu terytorialnego stanie się tzw. dłużnikiem forfaitingowym banku”. Przedmiotem postępowania mającego wyłonić wykonawcę prac w ramach zadania „Budowa i modernizacja dróg lokalnych- powiatowych i gminnych” ze strony jednostki samorządu terytorialnego będzie jednocześnie wyłonienie wykonawcy wraz z finansującym, a kryterium oceny ofert wartość prac wraz oprocentowaniem długu. Jednocześnie zauważono w analizie dostarczonej organowi nadzoru przez skarbnika powiatu świdnickiego: „Zgodnie z wymogami SIWZ oraz umowy o roboty budowlane wykonawca będzie musiał zapewnić, że bank nie zażąda zapłaty faktur w terminie ich wymagalności lecz zmieni termin wymagalności zgodnie z postanowieniami umowy o roboty budowlane. Rozterminowanie będzie dokonane w ramach stosunku zobowiązaniowego: forfajter (bank) - dłużnik forfaitingowy. Umowa o roboty budowlane będzie przewidywać, iż cała wyżej wymieniona procedura musi zostać przeprowadzona przed rozpoczęciem robót budowlanych w przeciwnym przypadku JST może odstąpić od umowy. Należy dodać, iż wykonawca będzie upoważniony do wystawienia faktur dopiero po odebraniu robót przez osoby upoważnione przez JST.”. Jednostka samorządu terytorialnego od początku działa zatem w zamiarze stania się dłużnikiem banku w zakresie wynikającym z umowy zawartej z wykonawcą robót objętych zadaniem „Budowa i modernizacja dróg lokalnych- powiatowych i gminnych”.

Zgodnie z art. 10 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104) „Przez państwowy dług publiczny rozumie się wartość nominalną zadłużenia jednostek sektora finansów publicznych ustaloną po wyeliminowaniu wzajemnych zobowiązań pomiędzy jednostkami tego sektora.”. W podobny sposób kategoria ta została określona w art. 73 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240) wchodzącym w życie 1 stycznia 2010 r.: „Państwowy dług publiczny oblicza się jako wartość nominalną zobowiązań jednostek sektora finansów po wyeliminowaniu wzajemnych zobowiązań między jednostkami tego sektora.”. Zadłużenie jednostek samorządu terytorialnego stanowi zatem element państwowego długu publicznego.

Zgodnie z art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104) „Państwowy dług publiczny obejmuje zobowiązania sektora finansów publicznych z następujących tytułów:

- 1) wyemitowanych papierów wartościowych opiewających na wierzytelności pieniężne;
- 2) zaciągniętych kredytów i pożyczek;
- 3) przyjętych depozytów;
- 4) wymagalnych zobowiązań:
 - a) wynikających z odrębnych ustaw oraz prawomocnych orzeczeń sądów lub ostatecznych decyzji administracyjnych,
 - b) uznanych za bezsporne przez właściwą jednostkę sektora finansów publicznych, będącą dłużnikiem”.

W identyczny sposób problematyka ta została uregulowana w art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240) wchodzącym w życie 1 stycznia 2010 r.

Poziom dług publiczny podlega ograniczeniom ustawowym. W odniesieniu do jednostek samorządu terytorialnego tworzą je przepisy art. 169 -170 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104). Zgodnie z art. 85 pkt 3) ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1241), art. 169-171 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104) tracą moc z dniem 31 grudnia 2013 r. Nowy

mechanizm ograniczający dopuszczalne rozmiary zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego statuowany art. 267-271 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240), zgodnie z art. 121 ust. 2 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1241) będzie miał zastosowanie po raz pierwszy do uchwał budżetowych jednostek samorządu terytorialnego na rok 2014.

Celem ograniczenia dopuszczalnych rozmiarów zadłużenia jednostek jest ochrona zdolności wykonywania zadań publicznych przez te jednostki. Utrata wypłacalności przez jednostkę samorządu terytorialnego mogłaby skutkować dezorganizacją systemu świadczenia usług publicznych należnych obywatelom. Jednocześnie mogłaby ona prowadzić do prób przerzucania konsekwencji finansowych decyzji podejmowanych na szczeblu lokalnym na władze państwowe oraz ogół obywateli przyczyniających się do tworzenia dochodów publicznych zasilających budżet państwa (szerzej patrz m.in.: Babczuk A., Miękkie ograniczenia budżetowe jako przesłanka niewypłacalności jednostek samorządu terytorialnego. Cz. I. Zagadnienia teoretyczne, „Finanse Komunalne” nr 3/2008, s. 5-15). Ograniczanie dopuszczalnych rozmiarów ma jednak także swój kontekst europejski.

Wprowadzenie do polskiego porządku prawnego regulacji ograniczających rozmiary dopuszczalnego zadłużenia publicznego umożliwia wywiązywanie się Polski z obowiązków wynikających z art. 104 TWE (art. 126 wersji skonsolidowanej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w brzmieniu nadanym Traktatem z Lizbony) oraz Protokołu (nr 20) w sprawie procedury dotyczącej nadmiernego deficytu stanowiącego załącznik do Traktatu, a także Rozporządzenia Rady nr 1466/97/WE z dnia 7 lipca 1997 r. w sprawie wzmocnienia nadzoru pozycji budżetowych oraz nadzoru i koordynacji polityk gospodarczych (Dz.U. L 209 z 2.8.1997) i Rozporządzenia Rady (WE) nr 1467/97 z dnia 7 lipca 1997 r. w sprawie przyspieszenia i wyjaśnienia procedury nadmiernego deficytu (Dz.U. L 209 z 2.8.1997). Ich nieprzestrzeganie może rodzić dla Polski poważne konsekwencje także przed uzyskaniem pełnego członkostwa w Unii Gospodarczej i Walutowej (szerzej patrz: Babczuk A., Zarządzanie długami publicznymi w Unii Europejskiej- wybrane aspekty prawne, (w): Finanse publiczne wobec procesów globalizacji, L. Pawłowicz, R. Wierzba (red.), Wydawnictwo CeDeWu, Warszawa 2003, s. 11-25). Stosowanie norm prawa krajowego powinno zatem uwzględniać wspólnotowy dorobek prawny. Przemawia za tym również brzmienie art. 249 TWE (art. 288 wersji skonsolidowanej Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w brzmieniu nadanym Traktatem z Lizbony), który stanowi m.in., iż: „Rozporządzenie ma zasięg ogólny. Wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich Państwach Członkowskich”. Oznacza to, iż żadna dodatkowa implementacja tych przepisów do krajowego porządku prawnego nie jest konieczna. Zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r., jeżeli wynika to z ratyfikowanej przez Rzeczpospolitą Polską umowy konstytuującej organizację międzynarodową, prawo przez nią stanowione jest stosowane bezpośrednio, a w przypadku kolizji z obowiązującymi w RP ustawami mają przed tymi ustawami pierwszeństwo.

Na to, iż w procesie stosowania prawa krajowego nie można pomijać istniejącego dorobku prawnego wspólnot europejskich wskazuje także orzecznictwo ETS. Zasada prymatu prawa wspólnotowego została w nim sformułowana już w latach 60-tych ubiegłego wieku w orzeczeniu ETS w sprawie Costa v. ENEL. W kolejnych wyrokach ETS precyzował istotę i prawne następstwa zasady pierwszeństwa prawa wspólnotowego. Początkowo dotyczyła ona prawa pierwotnego wspólnot. Zakres jej stosowania ulegał jednak stopniowemu rozszerzaniu. W orzeczeniu Variola ETS rozciągnął pierwszeństwo na rozporządzenia oraz pozostałe wiążące akty prawa wtórnego. Znalazło to ostateczne rozwinięcie w wyroku Solange I z 1970 r. w którym ETS potwierdził prymat prawa wspólnotowego wobec każdej normy prawa krajowego. Jak już wspomniano zasada pierwszeństwa prawa wspólnotowego została potwierdzona w art. 249 TWE. Warto

także zauważyć, iż ETS odnosi stosowanie zasady prymatu prawa wspólnotowego również do orzecznictwa administracyjnego, co zostało wskazane w orzeczeniu Factortame I (szerzej patrz: Kalisz A., Wykładnia i stosowanie prawa wspólnotowego, Wolters Kluwer, Warszawa 2007, s. 106).

Należy także zauważyć, iż: (...) od organów stosujących prawo w państwach Unii Europejskiej oczekuje się interpretacji prawa wewnętrznego zgodnej z prawem europejskim (...). To powoduje, że nawet normy wspólnotowe, które same w sobie nie nadają się do bezpośredniego stosowania są punktem odniesienia, obowiązkowym kryterium do osiągnięcia zgodnej interpretacji. (ETS, Van Colson and Kamann, 14/83, 10.4.1984, Zb. Orz. 1891), a ponadto uznaje się powinność wykorzystania prawa europejskiego jako wzorca przy interpretacji prawa wewnętrznego (ETS Marleasing, C-106/89, 13.11.1991, Zb. Orz. s. I-4135) (Czerwiński W., Elementy metodyki pracy prokuratora w trybie kontroli przestrzegania prawa, Prokuratura Okręgowa w Zielonej Górze, <http://www.zielona-gora.po.gov.pl/index.php?id=26/> (31.10.2009))

Stanowisko takie zajęło również Ministerstwo Finansów (pismo Izby z 21 lutego 2005 r. znak GP-072-1/05 oraz odpowiedź Ministerstwa Finansów z 11 kwietnia 2005 r. znak NZ/W1-204/1512/2005). Jednocześnie, na prośbę Ministra Finansów, regionalne izby obrachunkowe zostały zobowiązane przez MSWiA do zwracania szczególnej uwagi na prawidłowość klasyfikacji przez jednostki samorządu terytorialnego zobowiązań wynikających z przesunięcia w czasie terminu płatności za usługi, roboty lub dostawy. Minister Finansów podkreślił, iż zobowiązani finansowe wynikające z przesunięcia terminu płatności w czasie za usługi, roboty lub dostawy wykazują w pewnych sytuacjach cechy analogiczne jak pożyczki i powinny być klasyfikowane jako pożyczki i w konsekwencji zaliczane do długu. Ocena w zakresie zaliczania zobowiązań o odroczonym terminie płatności do długu powinna być dokonana przez właściwe regionalne izby obrachunkowe w oparciu o konkretny stan faktyczny (pismo MSWiA z 4 sierpnia 2008 r. znak DAP/736-187/08/DZ). Nie ma przy tym znaczenia, że zobowiązania z tytułu wykupu wierzytelności spłacane są w formie wydatków, a nie rozchodów (patrz art. 6 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104)).

Zakres przedmiotowy pojęć użytych przez ustawodawcę w art. 11 ust. 1 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104) oraz art. 72 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2009 r. Nr 157, poz. 1240) powinien zatem być ustalany z uwzględnieniem Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. U. UE L310 z 30 listopada 1996 r.).

W świetle przepisów punktu 5.69 załącznika A (Europejski System Rachunków ESA 1995) do Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. U. UE L310 z 30 listopada 1996 r.) (w skrócie ESA 95): „Kategoria pożyczek (F.4) obejmuje wszystkie transakcje w pożyczkach (AF.4), to jest aktywach finansowych tworzonych w momencie, gdy wierzyciele pożyczają fundusze dłużnikom bezpośrednio lub przez brokerów, które są udokumentowane poprzez niezbywalne dokumenty albo w ogóle nie są udokumentowane w dokumentach.” Jednocześnie w punkcie 5.70 niniejszego dokumentu wskazano, iż: „Pożyczki posiadają następujące ogólne cechy charakterystyczne:

- a) warunki pożyczki są albo ustalone przez spółkę finansową udzielającą pożyczkę, albo negocjowane przez pożyczkodawcę i pożyczkobiorcę;
- b) inicjatywa pożyczki leży na ogół po stronie pożyczkobiorcy;
- c) pożyczka stanowi bezwarunkowy dług wobec wierzyciela, który musi być spłacony w ustalonym terminie spłaty i który jest oprocentowany.”.

W świetle przepisów punktu 5.83 oraz 5.125 załącznika A (Europejski System Rachunków ESA 1995) do Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca

1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie (Dz. U. UE L310 z 30 listopada 1996 r.) nie są zaliczane do pożyczek „kredyty kupieckie uznane przez przedsiębiorstwa handlujące długami (factoringowe), z wyjątkiem uznanych za pożyczki” (punkt 5.125 lit. e). Zatem o tym czy konstrukcje prawne przewidujące odroczenie terminu płatności są kredytami kupieckimi, faktoringiem (a także forfaitingiem), czy też pożyczką nie decyduje nazwa, lecz ich treść. Reasumując, o tym czy zaciągnięte zobowiązania są „pożyczką” (w rozumieniu Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie) decydują względy ekonomiczne.

Stanowisko takie podzielił Wojewódzki Sąd Administracyjny we Wrocławiu w wyroku z dnia 8 lipca 2009 r. (sygn. akt III SA/Wr 108/09) rozpoznając sprawę ze skargi Gminy Zgorzelec na rozstrzygnięcie nadzorcze Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu z dnia 21 stycznia 2009 r. (nr 12/2009) w przedmiocie stwierdzenia nieważności uchwały Rady Gminy Zgorzelec nr 158/08 z dnia 22 grudnia 2008 r. w przedmiocie realizacji i finansowania inwestycji.

Przyjęcie odmiennej interpretacji przepisów art. 11 ust. 1 ustawy dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104), ograniczające zakres przedmiotowy pojęć użytych w nim przez ustawodawcę do zakresu wynikającego wyłącznie z aktów prawa krajowego prowadziłoby do wykładni stojącej w sprzeczności z zasadą domniemania racjonalności ustawodawcy. Należałoby bowiem przyjąć, iż tworzy ustawodawca ograniczenia rozmiarów dopuszczalnego długu publicznego, a także regulacje ostrożnościowe mające przeciwdziałać przekroczeniu poziomu długu publicznego uznanego za bezpieczny oraz dopuszczalny w świetle zobowiązań Polski wobec Wspólnoty, a jednocześnie umożliwia niekontrolowane narastanie zadłużenia z tytułu umów nienazwanych na gruncie prawa polskiego np. forfaitingu, zobowiązania z tytułu których nie byłyby uwzględniane przy obliczaniu wielkości długu publicznego będącego przedmiotem ustawowych ograniczeń.

Na niebezpieczeństwa związane z zawieraniem przez jednostki samorządu terytorialnego umów przewidujących odroczenie płatności za usługi, roboty lub dostawy (kredyt kupiecki, forfaiting) zwraca też uwagę doktryna (patrz na przykład Dudek L., Finansowanie wydatków jednostki samorządu terytorialnego kredytem kupieckim oraz poprzez wykup wierzytelności, „Biuletyn Informacyjny RIO w Bydgoszczy” 2-3/2009, s. 5-8; Huczek S., Odracanie spłaty zobowiązań przez jednostki samorządu terytorialnego, „Finanse Komunalne” Nr 3/2006, ss. 28-35).

W przypadku badanym w postępowaniu nadzorczym realizacja programu „Budowa i modernizacja dróg lokalnych- powiatowych i gminnych” ma być finansowana poprzez wykup wierzytelności. Skorzystano zatem z instytucji forfaitingu, który jest umową nienazwaną na gruncie prawa polskiego jednak swoimi cechami zbliża się w tym przypadku do pożyczki. Biorąc powyższe pod uwagę zobowiązania jednostki samorządu terytorialnego z tytułu wykupu wierzytelności powinny być zaliczane do kategorii „pożyczek” w rozumieniu Rozporządzenia Rady (WE) Nr 2223/96 z dnia 25 czerwca 1996 r. w sprawie europejskiego systemu rachunków narodowych i regionalnych we Wspólnocie i zaliczane do długu tej jednostki.

W toku badania nadzorczego, na podstawie analizy prognozy kwoty długu gminy Świdnica, Kolegium ustaliło, iż zaciągnięcie zobowiązania będącego przedmiotem badanej uchwały spowoduje przekroczenie dopuszczalnego limitu zadłużenia jednostek samorządu terytorialnego określonego w art. 170 ust. 1-2 ustawy z dnia 30 czerwca 2005 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104). Na koniec 2009 r. relacja długu do dochodów gminy wyniesie 70,47 %.

Biorąc powyższe pod uwagę Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu postanowiło, jak w sentencji.

Na niniejszą uchwałę Radzie Gminy Świdnica przysługuje skarga, którą wnosi się do Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego we Wrocławiu, ul. Świętego Mikołaja 78/79, za pośrednictwem Kolegium Regionalnej Izby Obrachunkowej we Wrocławiu w terminie 30 dni od dnia jej doręczenia.



Przewodniczący Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
we Wrocławiu

/-/ dr Bogdan Cybulski