

Kolegium
Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Olsztynie
za pośrednictwem
Prezesa Regionalnej Izby Obrachunkowej
w Olsztynie

Zastrzeżenia Burmistrza Korsz do wniosków zawartych w wystąpieniu pokontrolnym z dn. 01.09.2016 r. w pkt 6-10 oraz 23-28 wystąpienia.

Na podstawie art. 9 ust 4 ustawy o RIO niniejszym przedstawiam zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego Regionalnej Izby Obrachunkowej w Olsztynie z dnia 01.09.2016 r. w części dotyczącej pkt 6-10 oraz 23-28. Jednocześnie przedmiotowemu wystąpieniu zarzucam błędną wykładnię i niewłaściwe zastosowanie przepisów prawa t.j. ustawy o finansach publicznych art. 11 ust. 1, art. 89 ust 1,2 pkt 2-4, art. 90, art. 91 ust 1 pkt 2, art. 91 ust 2, art. 93, art. 44 ust 3 pkt 1 lit a i b i pkt 3, art. 212 ust. 1 pkt 6 i ust. 2 pkt 1 w cytowanej ustawie oraz dokonanie błędnej wykładni polegającej na nieuzasadnionym przyjęciu, iż zawarte umowy przez gminę z:

- 1) MW Trade S.A. we Wrocławiu,
- 2) Magellan S.A. z siedzibą w Łodzi,

są kredytami lub pożyczkami i w związku z tym stosuje się do nich przepisy ustawy o finansach publicznych oraz rozporządzenia MF z dnia 16 stycznia 2014 roku w sprawie sprawozdawczości budżetowej (Dz.U. z 2016 poz. 1015), a także ustawy prawo zamówień publicznych.

Wskazać należy, iż Gmina Korsze zawarła umowy subrogacji na podstawie przepisów zawartych w kodeksie cywilnym art. 518 kc. Subrogacja (inaczej podstawienie) jest instytucją prawa cywilnego polegającą na wstąpieniu w prawa zaspokojonego wierzyciela. Wierzytelność może być spłacona przez osobę trzecią w całości lub w określonej wysokości. Cechą charakterystyczną subrogacji jest nabycie praw przez osobę trzecią tylko do wysokości dokonanej zapłaty. Subrogację regulują przepisy kc i zapisy umowne. Subrogacja należy do innych instrumentów finansowych, które są możliwe do wykorzystania. Na gruncie obowiązującego prawa Regionalne Izby Obrachunkowe wielokrotnie podkreślały, iż „niestandardowym instrumentem finansowym jest subrogacja, która różni się od klasycznych pożyczek i kredytów tym, iż nie podlega ona wyraźnym ograniczeniom ustawowym, w szczególności w zakresie ich przeznaczenia, uzyskiwania stosownej opinii organu nadzoru, czy zachowania ustawowych limitów zadłużenia.” (serwis samorządowy PAP)

W takich przypadkach spłata na rzecz instytucji finansowych ujmowana jest w budżecie jako wydatek bieżący-majątkowy w zależności od charakteru zaspokajanego zobowiązania. Żaden przepis prawa, także ustawa o finansach publicznych, nie zabrania takiego finansowania zobowiązań- subrogacja nie została zaliczona do katalogu tytułów dłużnych(takich jak pożyczki lub kredyty).

Wnioski formułowane w wystąpieniu pokontrolnym w oparciu o ustawę o finansach publicznych, dotyczące naruszenia jej przepisów (t.j. art. 89, art. 90, art. 91, art. 93) są błędne. Wynikają jedynie z przyjętego sposobu ich interpretacji i dowolnego niemającego poparcia w

przepisach uznania, iż subrogacja określona (w art. 518 kc) jest tym samym, co pożyczki określone w art. 720 kc.

Zaznaczenia wymaga fakt, iż zanim Gmina Korsze skorzystała z tego instrumentu finansowego zwróciła się do RIO w Olsztynie z konkretnymi pytaniami, na które dostała odpowiedzi.

Dowód: 1) pismo do RIO z dnia 11 stycznia 2013 r.

2) odpowiedź na pismo RIO z 06.03.2013 r.

1) pismo do RIO z dnia 3 lutego 2016 r.

2) odpowiedź na pismo RIO z 23.03.2016 r.

Z odpowiedzi wynika jednoznacznie, iż do zawarcia umowy subrogacji nie jest potrzebna uchwała rady (uchwała Rady Powiatu w Mrągowie została uchylona), a także iż konsolidację zadłużenia **można prowadzić na podstawie konstrukcji prawnych**, które określiła w uchwale nr 6 z dnia 10 czerwca 2011 roku Krajowa Rada Regionalnych Izb Obrachunkowych, „**takich jak odnowienie (506-507 kc), wstąpienie w prawa zaspokojonego wierzyciela (art.518 kc), podstawienie w prawa wierzyciela zwalniające przejęcie długu (art. 519 kc), umowa o zwolnienie z długu (art. 392 kc), spełnienie świadczenia za dłużnika (356 kc), a także inne umowy mieszane lub nienazwane**”

W piśmie tym w żadnym miejscu nie określono (nie wynika to także z cytowanej uchwały KRRIO), iż te konstrukcje prawne należy traktować jak kredyty i pożyczki.

Burmistrz Korsz kierując się powyższym stanowiskiem, a także wskazaniem załączonej uchwały podjął decyzję i zawarł umowy subrogacji postępując w sposób w nich wskazany.

Orzecznictwo sądów administracyjnych również wskazuje na to, iż zgodnie z art. 30 ust 2 pkt 3 i 4 ustawy o samorządzie gminnym do zadań wójta należy w szczególności gospodarowanie mieniem gminnym oraz wykonywanie budżetu.

Rada gminy nie może podejmować czynności, które należą do sfery wykonawczej, gdyż byłoby to naruszeniem konstytucyjnej zasady podziału zadań pomiędzy organami samorządu terytorialnego.

Podpisanie umowy subrogacji mieściło się w nałożonych na organ wykonawczy obowiązkach związanych z wykonywaniem budżetu w celu utrzymania płynności finansowej i nie wymagało ani opinii RIO ani uchwały Rady, ponieważ nie powstawało nowe zobowiązanie a podmiot finansowy wchodził w miejsce dotychczasowego wierzyciela.

Stanowisko RIO i wnioski formułowane na jego podstawie nie znajdują oparcia w obowiązującym prawie. Nie można zaakceptować także sformułowanego wniosku nr 26 o konieczności stosowania ustawy prawo zamówień publicznych do wyboru podmiotu, który zawrze z gminą umowę o subrogacji. Zgodnie z brzmieniem art. 4 pkt 3 lit „j” (w brzmieniu obowiązującym w dacie zawarcia umów) ustawy nie stosuje się do „**usług finansowych lub innych instrumentów finansowych w szczególności związanych z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału.**”

Kluczowe znaczenie ma wspomniany zapis „w szczególności”, ponieważ oznacza on katalog otwarty i zdaniem składającego zastrzeżenia nie było w tym konkretnym przypadku obowiązku stosowania ustawy pzp. Zdaniem organu wykonawczego, nie zaciągał on ani kredytu ani pożyczki, a jedynie dążył do utrzymania płynności finansowej gminy wszelkimi dostępnymi i zgodnymi z prawem metodami. Na marginesie należy również zaznaczyć, że stosowanie ustawy o zamówieniach publicznych w przypadku wyłączenia jej stosowania jest także naruszeniem dyscypliny finansów publicznych.

Zarzut z pkt. 26 wystąpienia pokontrolnego o zaniechaniu stosowania uozp jest zatem chybiony. RIO w Polsce posługują się pojęciem niestandardowe instrumenty w odniesieniu do różnych konstrukcji prawnych, także subrogacji (art. 518 kc).

Odnosząc się do pkt 6 dotyczącego kredytu krótkoterminowego na występujący deficyt budżetowy należy zauważyć, że spłata tego kredytu następuje z dochodów gminy w danym roku budżetowym. Brak spływu dochodów niezależnych od organu wykonawczego nie pozwoli danego kredytu spłacić. **Jeżeli organ ustawodawczy nie podejmie zawczasu zmiany klasyfikacji kredytu i nie upoważni organu wykonawczego do zaciągnięcia kredytu długoterminowego to organ wykonawczy nie ma możliwości prawnych sam podjąć działań w kierunku pozyskania lub przełożenia kredytu.** Dlatego też już wcześniej zauważono, że może wystąpić taki problem i dokonano zmiany w zakładowym planie kont, aby prawidłowo kwalifikować zdarzenia gospodarcze w budżecie. Sytuację niespłaconego kredytu krótkoterminowego na występujący w ciągu roku deficyt budżetowy na koniec roku potraktowano jako zapłatę za gminę zobowiązań i dlatego wykazano go w sprawozdaniu NDS w długu jako umowy nienazwane, krótkoterminowe. Bank udzielając kredytu był świadomy, że zapłaci za gminę zobowiązania. Po zakończeniu terminu spłaty kredytu krótkoterminowego bank wchodzi w prawa pierwotnego wierzyciela. Termin z bankiem nie był przedłużony. Negocjacje z bankiem dotyczyły nie postawienia całej wierzytelności do natychmiastowej spłaty. W tej sytuacji wydatki zostały zmniejszone i zwiększono zobowiązania niewymagalne w stosunku do banku. Stosując takie rozwiązanie w budżecie nie powstały zobowiązania wymagalne i zachowaliśmy płynność finansową – zdolność do terminowego regulowania zobowiązań.

Kwalifikacja zdarzeń w budżecie i ich zakres sprawozdawczy ma kluczowe znaczenie dla analizy danych umów.

W doktrynie prawa konstytucyjnego przyjmuje się, iż samodzielność samorządu terytorialnego należy upatrywać nie w fakcie całkowitego jego uniezależnienia się od państwa, ale jasnego, precyzyjnego określenia przypadków, kiedy państwo może wkraczać w sferę działalności samorządu. Powyższe prowadzi do konkluzji, iż gmina posiada swobodę określania źródeł i wysokości pozyskiwanych dochodów, poza przypadkami enumeratywnie wskazanymi w ustawie o finansach publicznych.

Załączniki:

- 1) odpowiedź RIO z 06.03.2013 r. na pismo z dnia 11 stycznia 2013 r.
- 2) pismo do RIO z dnia 3 lutego 2016 r.
- 3) odpowiedź na pismo RIO z 23.03.2016 r.

BURMISTRZ
Ryszard Ostrowski