



SAMORZĄD WOJEWÓDZTWA
WIELKOPÓLSKIEGO



**Wielkopolski
Fundusz Rozwoju**
Spółka Samorządu Województwa Wielkopolskiego



Wielkopolski Fundusz Rozwoju

Spółka Samorządu Województwa Wielkopolskiego

Finansowanie zewewnętrzne realizacji zamówień publicznych

Poradnik dla Zamawiających i Wykonawców



Szanowni Państwo,

Wielkopolski Fundusz Rozwoju (dalej jako „WFR”) jest spółką samorządu Województwa Wielkopolskiego, działającą na rzecz rozwoju regionu. Misją WFR jest działanie na rzecz rozwoju Województwa Wielkopolskiego, m.in. polegające na realizowaniu zadań w zakresie zarządzania środkami finansowymi, pochodzącymi w szczególności ze środków zwróconych z instrumentów inżynierii finansowej Wielkopolskiego Regionalnego Programu Operacyjnego na lata 2007-2013 oraz na lata 2014-2020, za pomocą instrumentów finansowych w następujących obszarach:

- wsparcie rozwoju mikro, małych i średnich przedsiębiorstw (dalej jako „MŚP”),
- wsparcie rozwoju obszarów miejskich,
- wsparcie projektów z zakresu efektywności energetycznej.

Działalność WFR nie jest przy tym nastawiona na osiąganie zysku, a wszelkie wypracowane w toku działalności korzyści służą realizacji naszej misji. W związku z tym, oferowany przez nas produkt finansowy – [Pożyczka Regionalna](#) – ukierunkowany jest przede wszystkim na ułatwienie współpracy pomiędzy podmiotami publicznymi i prywatnymi, poprzez udzielenie wsparcia finansowego ze środków powierzonych WFR przedsiębiorcom zaliczającym się do sektora MŚP, m.in. w związku z ubieganiem się przez MŚP o udzielenie zamówienia publicznego, a następnie jego realizacją.

Bezpośrednim rezultatem takiego wsparcia jest ułatwienie MŚP dostępu do rynku zamówień publicznych oraz zwiększenie szans takich przedsiębiorców na wybranie ich oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Warto zauważyć, że potrzebę wspierania MŚP dostrzegł również sam ustawodawca, wprowadzając do ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (dalej jako „PZP”) szereg rozwiązań mających na celu otwarcie rynku zamówień dla tego rodzaju przedsiębiorców. Pośrednim efektem jest natomiast wzmocnienie konkurencji w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, a w konsekwencji podniesienie szans Zamawiających na uzyskanie bardziej atrakcyjnych ofert w aspektach finansowym i jakościowym.

Dotychczasowe doświadczenia WFR potwierdzają przy tym, że największe korzyści dla wszystkich ww. zainteresowanych podmiotów – zarówno MŚP, jak i Zamawiających – można osiągnąć wówczas, gdy uwzględniając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców Zamawiający ukształtują postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób umożliwiający złożenie oferty również przedsiębiorcom (MŚP) korzystającym ze wsparcia uzyskanego od zewnętrznych instytucji finansowych. Taki skutek można osiągnąć m.in. poprzez ustanowienie w dokumentacji postępowania rozwiązań opisanych i szczegółowo wyjaśnionych poniżej.

Dlatego zachęcamy do zapoznania się z naszymi rekomendacjami dotyczącymi istniejących możliwości ukształtowania postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w sposób ułatwiający dostęp do zamówień przedsiębiorcom korzystającym np. z produktu oferowanego przez zewnętrzne instytucje finansowe. Zostały one przygotowane z uwzględnieniem specyfiki funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce, w szczególności w oparciu o wszechstronną analizę ekonomiczną i prawną. Głęboko ufam, że nasza misja oraz proponowane instrumenty jej realizacji zyskają Państwa zainteresowanie.

Zarząd Wielkopolskiego Funduszu Rozwoju sp. z o.o.





SPIS TREŚCI


Wprowadzenie	1
AD 1. Uczciwa konkurencja	1
1.1. Zapewnienie o możliwości korzystania z zewnętrznego finansowania Wykonawcy	2
1.2. Wyjaśnianie wątpliwości	2
1.3. Dialog techniczny.....	3
AD 2. Ułatwienia dla przedsiębiorców	5
AD 3. Gwarancje dla instytucji finansującej	6
3.1. Cesja wierzytelności	6
3.2. Przekaz zapłaty	8
3.3. Zabezpieczenie na majątku Zamawiającego	9
3.4. Mechanizm podzielonej płatności – „ <i>Split payment</i> ”	11
Ogólne zasady.....	11
Odpowiedzialność solidarna.....	11
Dokumentacja pożyczki/kredytu	11

Wprowadzenie

Uwzględniając doświadczenia zarówno przedsiębiorców jak i Zamawiających, związane z realizacją zamówień publicznych wykonywanych ze wsparciem zewnętrznych instytucji finansujących, zidentyfikowaliśmy trzy podstawowe obszary problemowe:

- 

1. **Uczciwa konkurencja** – jak umożliwić Wykonawcom korzystanie ze wsparcia zewnętrznych instytucji finansujących przestrzegając zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców?
- 

2. **Ułatwienia dla przedsiębiorców** – jakie są praktyczne sposoby ułatwiania dostępu do postępowania MŚP korzystającym z zewnętrznego wsparcia finansowego?
- 

3. **Gwarancje dla instytucji finansującej** – w jaki sposób Zamawiający może zgodnie z obowiązującymi przepisami zabezpieczyć wiarytelności zewnętrznej instytucji finansującej?

AD 1. UCZCIWA KONKURENCJA



Podstawową zasadą prawa zamówień publicznych jest ciężący na każdym Zamawiającym obowiązek przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie Wykonawców, zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości.

W tym kontekście warto odpowiedzieć na pytanie, czy zgodnie z ww. obowiązkiem możliwe jest sformułowanie w dokumentacji postępowania takich postanowień, które jednoznacznie wyrażałyby wolę Zamawiającego, co do umożliwienia udziału w postępowaniu podmiotom korzystającym ze wsparcia zewnętrznej instytucji finansującej (np. WFR). Odpowiedź na tak postawione pytanie jest jednoznacznie pozytywna.

Precyzyjne określenie zasad regulujących tego typu kwestie byłoby działaniem zdecydowanie prokonkurencyjnym, ukierunkowanym na ułatwienie dostępu do postępowania większej liczbie przedsiębiorców. Byłoby przy tym zgodne z celami wyznaczanymi przez prawodawcę w zakresie wspierania MŚP i otwierania dla tego rodzaju podmiotów rynku zamówień publicznych. Zgodnie z ugruntowanym stanowiskiem polskich i unijnych organów wyspecjalizowanych w kontroli udzielania zamówień publicznych jest oczywiste, że **każde działanie Zamawiającego, które poszerza krąg przedsiębiorców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego jest zgodne z obowiązującymi przepisami prawa. Nie ulega zatem wątpliwości, że zawarcie w dokumentacji postępowania szczególnych postanowień adresowanych do przedsiębiorców korzystających**



ze wsparcia zewnętrznych instytucji finansujących, samo w sobie nie narusza zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania Wykonawców.

Warto przy tym podkreślić, że wprowadzenie proponowanych rozwiązań może przynieść liczne bezpośrednie korzyści samemu Zamawiającemu. Wśród nich można przede wszystkim wymienić **zwiększenie konkurencji w danym postępowaniu, co niewątpliwie zwiększa szanse Zamawiającego na uzyskanie korzystniejszych ofert**. Jednocześnie zwiększając możliwości MŚP w zakresie udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, Zamawiający może pośrednio osiągać inne istotne ze swojego punktu widzenia cele, w szczególności zgodnie z rekomendacjami prawodawcy unijnego może wykorzystywać zamówienia publiczne dla wsparcia celów społecznych.

Szczegółowe określenie zasad udziału w danym postępowaniu powinno być oczywiście zdeterminowane konkretnymi potrzebami Zamawiającego i jego uwarunkowaniami ekonomicznymi. Nie stoi to jednak na przeszkodzie ukształtowaniu formalnych aspektów postępowania tak, by nie wykluczać, lecz umożliwić udział wszystkim zainteresowanym Wykonawcom ubiegającym się o udzielenie zamówienia, jak również jego realizację przy wsparciu finansowym uzyskiwanym od zewnętrznych instytucji finansowych, np. WFR. Może to w szczególności nastąpić poprzez zawarcie w dokumentacji postępowania poniższych propozycji.

1.1. Zapewnienie o możliwości korzystania z zewnętrznego finansowania Wykonawcy

Przed wszystkim należy rekomendować, by Zamawiający zawierali w dokumentacji postępowania ogólną informację o możliwości udzielenia zamówienia również takim przedsiębiorcom, którzy będą korzystali z zewnętrznego wsparcia finansowego.

Propozycja 1.1:

W treści SIWZ: *Zamawiający dopuszcza możliwość realizacji zamówienia przez Wykonawcę korzystającego ze wsparcia finansowego banku lub instytucji finansującej, na zasadach określonych w pkt [•] SIWZ.*

Powyższa deklaracja Zamawiającego z pewnością przyczyniłaby się do zwiększenia zainteresowania postępowaniem ze strony przedsiębiorców, którzy swój ewentualny udział uzależniają od możliwości skorzystania z zewnętrznego wsparcia. W proponowanym postanowieniu zawarto odesłanie do innych części SIWZ – zaleca się by dla zminimalizowania ryzyk po stronie Zamawiającego, a także w celu ułatwienia współpracy zainteresowanego Wykonawcy z instytucją finansującą, Zamawiający precyzyjnie opisał warunki, na jakich zgodzi się na „współpracę” przy realizacji zamówienia w ramach relacji „instytucja finansująca – Wykonawca – Zamawiający”. Warunki te mogą w szczególności zawierać propozycje zawarte w kolejnych akapitach.

1.2. Wyjaśnianie wątpliwości

Niezależnie od tego, jak szczegółowo Zamawiający zdecyduje się opisać warunki, o których mowa powyżej, w praktyce może się okazać, że dla zainteresowanych postępowaniem przedsiębiorców, wsparcie finansowe byłoby dostępne na warunkach, które:

- zakładają pewne odmienności w stosunku do modelu współpracy przewidzianego przez Zamawiającego, a jednocześnie
- odmienności te nie naruszają jakichkolwiek interesów Zamawiającego, a wręcz mogą być dla niego korzystniejsze.



W związku z tym zaleca się wyraźne zasygnalizowanie możliwości przedstawienia przez przedsiębiorców własnych propozycji dotyczących ukształtowania modelu ww. współpracy. W tym zakresie można wykorzystać przede wszystkim procedurę wyjaśniania treści SIWZ, wprowadzając do SIWZ następujące postanowienie:

Propozycja 1.2:

W treści SIWZ: *Stosownie do treści art. 38 ust. 1 PZP Wykonawca może zwrócić się do Zamawiającego o wyjaśnienie treści SIWZ, w szczególności zasad, na jakich Zamawiający deklaruje gotowość do współpracy związanej z korzystaniem przez Wykonawcę ze wsparcia zewnętrznej instytucji finansującej, określonych w pkt [●] SIWZ.*

Bezwzględny obowiązek udzielania odpowiedzi na pytania Wykonawców wynika już z samych przepisów PZP, niemniej na rynku zamówień publicznych wykształciła się praktyka szczegółowego informowania Wykonawców w SIWZ o zasadach uzyskiwania wyjaśnień od Zamawiającego. Z pewnością więc warto dodatkowo zaznaczyć, że procedurą wyjaśnień mogą być objęte również kwestie dotyczące korzystania z zewnętrznego finansowania.

W ramach tej procedury Zamawiający może bowiem również modyfikować treść SIWZ poprzez uwzględnianie wniosków/prób Wykonawców o zmianę.

1.3. Dialog techniczny

Ostatecznie, jeżeli Zamawiający nie ma pewności, co do tego jak ukształtować postanowienia SIWZ odnoszące się do kwestii korzystania przez Wykonawcę zamówienia publicznego z zewnętrznego wsparcia instytucji finansującej, bardzo korzystnym rozwiązaniem może być pozyskanie informacji na ten temat „z rynku”. W tym celu zaleca się szczególnie skorzystanie z instytucji dialogu technicznego, uregulowanego w art. 31a PZP. Zgodnie z tym przepisem:

Zamawiający, przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia, może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub Wykonawców o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Dialog techniczny prowadzi się w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie potencjalnych Wykonawców i oferowanych przez nich rozwiązań.

Dialog techniczny stanowi formę konsultacji Zamawiającego z przedsiębiorcami, doradcami i innymi podmiotami, które mogą być zainteresowane udziałem w planowanym postępowaniu lub posiadają ekspercką wiedzę w szczególności na temat ekonomicznych, technicznych lub prawnych uwarunkowań przeprowadzenia tego postępowania. Dialog jest ukierunkowany na skonsultowanie oczekiwań Zamawiającego z podmiotami działającymi na rynku, na którym ma zostać udzielone zamówienie. Jego przeprowadzenie ma pomóc Zamawiającemu w doborze optymalnych rozwiązań, które w możliwie największym stopniu zaspokoją jego potrzeby. Jest to narzędzie szczególnie przydatne wówczas, gdy Zamawiający nie ma aktualnej wiedzy na temat możliwości rynku w zakresie realizacji zamówienia zgodnie z jego oczekiwaniami.



Przykład: Zamawiający zamierza udzielić zamówienia na roboty budowlane, przy czym zakłada, że główny ciężar finansowania zamówienia na etapie realizacji prac będzie spoczywał na Wykonawcy, a ewentualne zaliczki nie będą znaczące. Jednocześnie Zamawiający nie ma pewności czy ze względu na ww. oczekiwania jakkolwiek Wykonawca byłby zainteresowany udziałem w postępowaniu.

W związku z taką obawą Zamawiający mógłby zaprosić do udziału w dialogu technicznym zarówno przedsiębiorców z branży budowlanej, jak i przedstawicieli banków lub instytucji finansujących, w celu rozeznania:

- zdolności technicznej i finansowej potencjalnych Wykonawców do wykonania robót,
- możliwości i warunków banków lub instytucji finansujących w zakresie wsparcia finansowego Wykonawców realizujących zamówienie zgodnie z oczekiwaniami Zamawiającego, a następnie dostosować SIWZ do wiedzy pozyskanej w ramach dialogu.

Warto dodatkowo nadmienić, że stosowanie dialogu technicznego jest jednoznacznie rekomendowane m.in. przez Urząd Zamówień Publicznych, który w jednym z opracowań wskazuje: „przeprowadzenie dialogu technicznego pozwala także Zamawiającemu na zoptymalizowanie budżetu jaki planuje on przeznaczyć na realizację zamówienia publicznego. (...) Decyzja o przeprowadzeniu dialogu technicznego nie obliuguje przy tym Zamawiającego do wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zamawiający może zatem wykorzystać instytucję dialogu technicznego jako narzędzie służące do rozeznania rynku oraz poznania wiedzy i *know-how* potencjalnych Wykonawców. (...) Formuła dialogu technicznego oraz wielość korzyści wynikających z jego prowadzenia powinny stanowić dla Zamawiających naturalną zachętę do stosowania tej instytucji”¹.

Co szczególnie istotne z punktu widzenia Zamawiającego, przeprowadzenie dialogu technicznego jest nie tylko zgodne z obowiązującymi przepisami, ale również nie generuje po stronie Zamawiającego jakichkolwiek szczególnych kosztów poza ewentualnymi kosztami organizacji spotkań lub delegacji. Zasadniczo o kosztach decyduje przyjęta przez Zamawiającego forma oraz tryb przeprowadzenia dialogu i oczywiście możliwe jest jego ukształtowanie w sposób niemalże bezkosztowy.

Odnosząc się do formy i trybu dialogu należy podkreślić, że Zamawiający ma w tym zakresie pełną swobodę – może on w szczególności polegać na zorganizowaniu:

- spotkania z zaproszonymi przedstawicielami odpowiednich branż lub ekspertów (zaproszenia powinny być realizowane zgodnie z zasadą równego traktowania Wykonawców),
- korespondencyjnego rozeznania rynku, czy też
- innych badań rynku – zarówno w komunikacji niebezpośredniej (za pośrednictwem poczty elektronicznej, Internetu) jak i bezpośredniej, w tym z zastosowaniem np. swobodnych wywiadów niekwestionariuszowych oraz badań kwestionariuszowych (przy czym w obu przypadkach należy mieć na uwadze konieczność sformułowania pytań do Wykonawców w jednolity sposób, a w zakresie wywiadów niekwestionariuszowych – wskazane jest sporządzanie notatek z rozmów).

¹ Zob. Komentarz do dialogu technicznego, dostępny wraz z innymi dokumentami wzorcowymi na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/wzorcowe-dokumenty/wzorcowe-dokumenty-dotyczace-dialogu-technicznego>.

Do obowiązków Zamawiającego zasadniczo należy jedynie zamieszczenie informacji o zamiarze przeprowadzenia dialogu technicznego oraz o jego przedmiocie na stronie internetowej. Konieczne jest również poinformowanie o zastosowaniu dialogu technicznego w ogłoszeniu o zamówieniu, którego dotyczył dialog.

Zamawiający, który przeprowadzi dialog techniczny z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wszystkich przedsiębiorców, a także ujawni wymieniane w trakcie dialogu informacje, które wpłynęły na ukształtowanie dokumentacji postępowania nie musi się przy tym obawiać konieczności wykluczenia z późniejszego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego podmiotów, które uczestniczyły w dialogu.

Również dla potencjalnych Wykonawców uczestnictwo w dialogu jest perspektywiczną inwestycją zasobów czasu. Dzięki takiemu udziałowi Wykonawcy mogą po pierwsze wywrzeć realny wpływ na podniesienie jakości, precyzji i zgodności dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia z obowiązującymi standardami Wykonawczymi. Z drugiej strony mogą uzyskać dostęp do podstawowych informacji na temat planowanego postępowania, co może wspierać podejmowanie przez nich decyzji biznesowych. Niezależnie od powyższego warto zaznaczyć, że **każdy Zamawiający jest uprawniony do rozeznawania sytuacji rynkowej (np. w zakresie możliwości wsparcia finansowego potencjalnych Wykonawców zamówienia publicznego przez instytucje finansujące) także poza dialogiem technicznym w ramach całkowicie niesformalizowanego badania rynku**. Podejmując takie czynności należy jednak zwrócić szczególną uwagę na konieczność dokumentowania wszelkiej komunikacji z Wykonawcami np. w formie wydruków poczty elektronicznej, notatek itp., jak opisano powyżej.

Podsumowując wypada potwierdzić, że w przypadku zorganizowania przez Zamawiającego dialogu technicznego, lub w sytuacji prowadzenia badania rynku **WFR deklaruje gotowość do współpracy z Zamawiającymi w zakresie specyfiki działalności instytucji finansowych, mając na uwadze dobro interesu Zamawiającego**.

AD 2. UŁATWIENIA DLA PRZEDSIĘBIORCÓW



Przedstawione powyżej sugestie i propozycje dotyczyły formalnych aspektów prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy jednak podkreślić, że z punktu widzenia przedsiębiorców (w szczególności MŚP) kluczowe znaczenie dla podjęcia decyzji o ewentualnym udziale w postępowaniu, mają warunki stawiane przez Zamawiającego w odniesieniu do:

- możliwości udziału w postępowaniu,
- sposobu realizacji zamówienia publicznego (w szczególności w aspekcie finansowym).

WFR oferuje instrumenty wsparcia umożliwiające sprostanie warunkom dotyczącym obu ww. obszarów. W odniesieniu do warunków udziału w postępowaniu możliwe jest np. uzyskanie od WFR wsparcia finansowego, umożliwiającego MŚP udowodnienie spełniania warunku dotyczącego sytuacji finansowej Wykonawcy. **Konstrukcja Pożyczki Regionalnej, oferowanej przez WFR, zakłada udostępnienie środków wymaganych na spełnienie warunku udziału w postępowaniu na rachunek powierniczy (założony przez MŚP w Banku Gospodarstwa Krajowego, z którym współpracuje WFR) – po zawarciu Umowy Pożyczki z WFR i spełnieniu wskazanych w niej warunków przelewu pierwszej**

transzy. Ww. rachunek powierniczy umożliwia MŚP udokumentowanie posiadania wymaganych przez Zamawiającego zasobów finansowych możliwych do wykorzystania na etapie realizacji zamówienia, poprzez złożenie stosownych zaświadczeń wymaganych na podstawie przepisów rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać Zamawiający od Wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia. WFR zapewnia również wsparcie MŚP w związku ze stawianymi przez Zamawiających warunkami realizacji zamówienia publicznego, obejmującymi w szczególności konieczność zasadniczo samodzielnego finansowania przez Wykonawcę niezbędnych do wykonania prac. Uwzględniając w szczególności formułowane na rynku potrzeby Zamawiających w zakresie ograniczania środków przeznaczanych na zaliczki² dla Wykonawców zamówienia, **WFR oferuje MŚP możliwość skorzystania z Pożyczki Regionalnej, umożliwiającą Wykonawcom samodzielne finansowanie realizacji zamówienia.**

Jak już sygnalizowano – takie rozwiązanie jest korzystne:

- zarówno dla przedsiębiorców (umożliwia pozyskanie wsparcia finansowego na korzystnych warunkach),
- jak i dla Zamawiających (zwiększa: szanse na uzyskanie atrakcyjnych ofert oraz możliwości Zamawiającego w zakresie ograniczenia liczby i rozmiarów obowiązkowych zaliczek [art. 143a PZP], a także odroczenia terminów płatności. Wszystko to niewątpliwie ułatwia prowadzenie działalności inwestycyjnej Zamawiającego).

AD 3. GWARANCJE DLA INSTYTUCJI FINANSUJĄCEJ



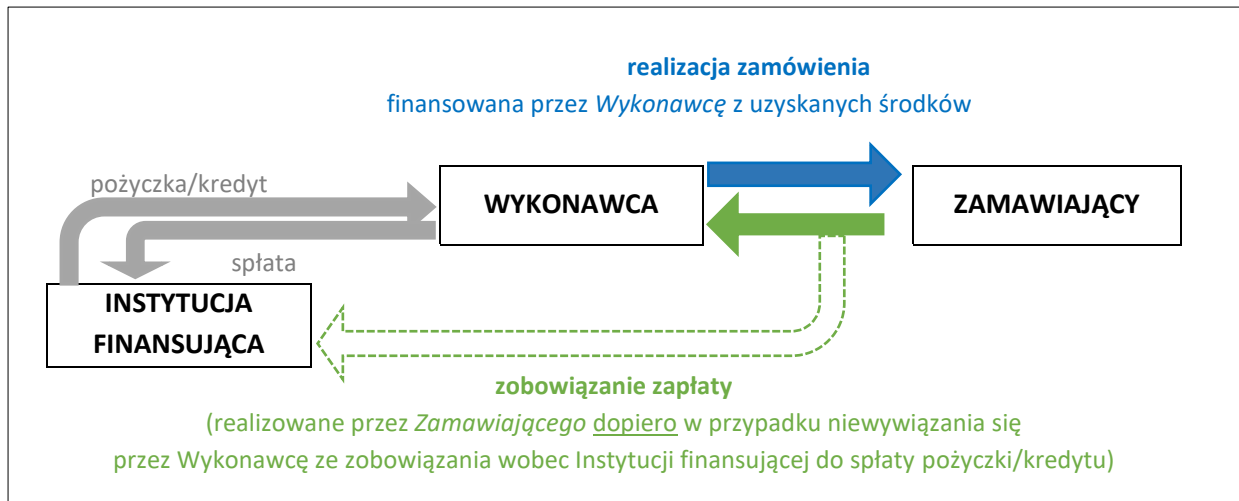
Istotny wpływ na ewentualny udział w postępowaniu przedsiębiorców korzystających ze wsparcia zewnętrznych instytucji finansujących, mają też niewątpliwie decyzje Zamawiającego o możliwym zakresie zabezpieczenia wiarytelności takiej instytucji wobec Wykonawcy zamówienia publicznego. W praktyce wyznaczają go postanowienia SIWZ dotyczące możliwości:

- cesji wiarytelności Wykonawcy o zapłatę wynagrodzenia na bank/instytucję finansującą (w celu zabezpieczenia spłaty pożyczki/kredytu udzielonego Wykonawcy),
- zastosowania instytucji przekazu świadczenia Zamawiającego polegającego na zapłacie wynagrodzenia bezpośrednio do banku/instytucji finansującej,
- możliwości ustanowienia zabezpieczenia na majątku Zamawiającego.

3.1. Cesja wiarytelności

Jednym z typowych sposobów „zabezpieczania interesów” instytucji zaangażowanej w finansowanie realizacji zamówienia publicznego jest dokonanie przelewu wiarytelności przysługującej Wykonawcy takiego zamówienia (wiarytelności wobec Zamawiającego) na instytucję finansującą w celu zabezpieczenia spłaty zobowiązania Wykonawcy (zobowiązania względem instytucji finansującej).

² Które choć są zasadniczo obowiązkowe w przypadku zamówień na roboty budowlane (art. 143a PZP), to jednak w praktyce Zamawiający dążą do ograniczenia ich rozmiarów.



Zapewnienie w SIWZ możliwości skorzystania z instytucji przelewu wierzytelności:

- znacząco zwiększa szanse przedsiębiorców na pozyskanie wsparcia instytucji finansującej umożliwiającemu udział w postępowaniu,
- jest dopuszczalne w świetle przepisów prawa zamówień publicznych i podlega jedynie ograniczeniom wynikającym z przepisów prawa cywilnego.

Zgodnie z art. 509 §1 kodeksu cywilnego wierzyciel (tutaj: Wykonawca) może bez zgody dłużnika (tutaj: Zamawiającego) przenieść wierzytelność na osobę trzecią (instytucja finansująca), chyba że sprzeciwiałoby się to ustawie, zastrzeżeniu umownemu albo właściwości zobowiązania. Biorąc powyższe pod uwagę, a także uwzględniając konieczność ochrony interesów Zamawiającego rekomendujemy ustanowienie w SIWZ następującego postanowienia dopuszczającego skorzystanie z instytucji przelewu wierzytelności zgodnie z obowiązującymi przepisami:

Propozycja 3.1:

W treści SIWZ:

Na wniosek Wykonawcy Zamawiający w terminie [●] wyrazi zgodę na dokonanie przelewu (cesji) wierzytelności Wykonawcy z tytułu zapłaty wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego na wskazany przez Wykonawcę bank/instytucję finansującą.

W treści wzoru umowy:

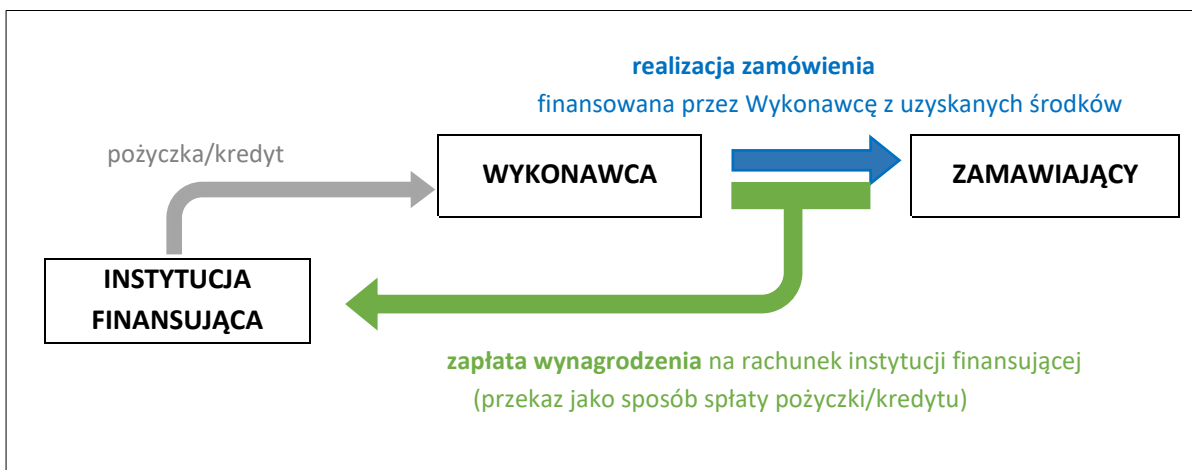
Zamawiający oświadcza, że wyrazi zgodę na dokonanie przelewu (cesji) wierzytelności Wykonawcy z tytułu zapłaty Wynagrodzenia za wykonanie zamówienia publicznego na wskazany przez Wykonawcę bank/instytucję finansującą do kwoty [●] %.

W przypadku dokonania przelewu wierzytelności na wskazany przez Wykonawcę bank/instytucję finansującą, Zamawiający, po zawiadomieniu go przez Wykonawcę o dokonaniu cesji, niezwłocznie pisemnie potwierdzi otrzymanie zawiadomienia o cesji oraz będzie dokonywał wypłaty Wynagrodzenia z uwzględnieniem dyspozycji Wykonawcy.

Zarazem warto podkreślić, że obowiązujące przepisy nie stoją na przeszkodzie korzystaniu z cesji wierzytelności przy realizacji umów o zamówienie publiczne. W szczególności zastosowanie cesji wierzytelności nie podważa zasady, że Wykonawcą zamówienia publicznego może być tylko podmiot wybrany w reżimie prawa zamówień publicznych, gdyż nawet przy zastosowaniu cesji podmiot ten pozostanie na mocy Umowy Zamówienia Publicznego odbiorcą świadczenia w postaci zapłaty należnego od Zamawiającego wynagrodzenia. Jak przy tym zaznaczono na powyższym schemacie, instytucja finansująca miałaby prawo zaspokoić się z przelanej wierzytelności tylko wówczas, jeśli pożyczka/kredyt lub jej/jego część nie została by we właściwym czasie spłacona przez Wykonawcę. Należy więc ocenić, że z punktu widzenia Zamawiającego **przyjęcie takiego rozwiązania zasadniczo nie powinno generować ryzyka ekonomicznego lub prawnego, a jednocześnie dla przedsiębiorców zainteresowanych udziałem w konkretnym postępowaniu może stanowić znaczące zwiększenie szans na nawiązanie współpracy z bankiem lub instytucją finansującą, skłoną do zapewnienia wsparcia finansowego niezbędnego do ewentualnej realizacji zamówienia publicznego.**

3.2. Przekaz zapłaty

Jeszcze wygodniejszym z punktu widzenia Zamawiającego sposobem zabezpieczenia wierzytelności banku/instytucji finansującej jest zastosowanie instytucji przekazu uregulowanej w art. 921¹ – 921⁵ kodeksu cywilnego, która może funkcjonować równoległe z cesją wierzytelności, jak również jako samodzielny sposób zabezpieczenia spłaty wierzytelności banku/instytucji finansującej. Instytucja przekazu ma w istocie charakter techniczny. Zastosowanie przekazu w żaden sposób nie wpływa na ukształtowanie stosunku prawnego łączącego Zamawiającego z Wykonawcą zamówienia publicznego, a schemat takiego rozwiązania wygląda następująco:



Powyższy schemat różni się od wcześniejszego (pkt 3.1.) tym, że stosując instytucję przekazu Zamawiający zgodnie z harmonogramem przekazywałby wynagrodzenie za wykonanie zamówienia publicznego od razu na wskazany przez Wykonawcę rachunek banku/instytucji finansującej. W rezultacie w ten sposób:

- Zamawiający realizowałby swoje zobowiązanie do zapłaty wynagrodzenia Wykonawcy za realizację zamówienia,
- realizowane byłoby zobowiązanie Wykonawcy do spłaty wsparcia finansowego (kredytu/pożyczki) udzielonego przez instytucję finansującą.

W celu zastosowania powyższego rozwiązania zaleca się ustanowienie w dokumentacji postępowania poniższych postanowień:

Propozycja 3.2:**W treści SIWZ oraz wzoru umowy:**

Jeżeli Wykonawca skorzysta z art. 921¹ Kodeksu cywilnego i przekaze innemu podmiotowi (odbiorcy przekazu) świadczenie Zamawiającego polegające na zapłacie całości lub części wynagrodzenia określonego w Umowie, wówczas Zamawiający w terminie [●] dni od otrzymania od Wykonawcy informacji o przekazaniu świadczenia złoży podmiotowi wskazanemu przez Wykonawcę oświadczenie o przyjęciu przekazu.

W treści wzoru umowy:

Należności za wykonanie przedmiotu Umowy będą płatne na rachunek bankowy Wykonawcy [●] (z zastrzeżeniem, że na podstawie art. 921¹ Kodeksu cywilnego Wykonawca upoważnia Zamawiającego do spełnienia świadczenia w kwocie [●] na rachunek [●])^{}.*

** Jeżeli dotyczy.*

3.3. Zabezpieczenie na majątku Zamawiającego

Ostatnim z wymienionych sposobów jest ustanowienie zabezpieczenia wierzytelności (wobec Wykonawcy) instytucji finansującej na majątku Zamawiającego, w szczególności poprzez obciążenie hipoteką nieruchomości będącej w dyspozycji Zamawiającego. Hipoteka jest przy tym szczególnie wiarygodną z punktu widzenia instytucji finansujących formą zabezpieczenia, której określenie w SIWZ znacząco zwiększa szanse potencjalnych Wykonawców na uzyskanie wsparcia instytucji finansującej, przy czym taka forma zabezpieczenia może zostać faktycznie ustanowiona dopiero po zawarciu Umowy Zamówienia Publicznego.

W celu zastosowania takiego rozwiązania, Zamawiający powinien w pierwszej kolejności spełnić szczególne obowiązki w zakresie ustanawiania hipoteki wynikające ze specyficznych przepisów regulujących funkcjonowanie danego Zamawiającego. Przede wszystkim oznacza to konieczność uzyskania zgód organów, które ze względu na status Zamawiającego są wymagane dla skutecznego obciążenia danej nieruchomości hipoteką. Obowiązek ich uzyskania może dla konkretnego Zamawiającego wynikać z przepisów prawa³, albo z aktu założycielskiego lub innych wewnętrznych regulacji korporacyjnych Zamawiającego będącego np. komunalną spółką prawa handlowego.

Z punktu widzenia potencjalnych Wykonawców oraz instytucji finansujących podstawowe znaczenie ma określenie w dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kluczowych informacji na temat zasad ustanawianego zabezpieczenia na nieruchomości. Przede wszystkim zaleca się formułowanie w dokumentacji postępowania następujących postanowień:

³ Przykładowo: obciążanie nieruchomości będących własnością gminy na okres dłuższy niż 3 lata wymaga podjęcia stosownej uchwały przez radę gminy – art. 18 ust. 9 lit. a) ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym.



Propozycja 3.3:

W treści SIWZ:

Zamawiający wyrazi zgodę na zabezpieczenie spłaty zobowiązania Wykonawcy z tytułu zaciągniętej na potrzeby realizacji Zamówienia pożyczki lub kredytu, poprzez obciążenie nieruchomości [●], dla której prowadzona jest księga wieczysta o nr [●] (prowadzona przez sąd [●]), do kwoty [● zł – 130%-200% wartości zabezpieczonej wierzytelności] (słownie: [●]) do czasu spłaty pożyczki lub kredytu.

Zamawiający zapewnia, że:

- ww. nieruchomość nie jest obciążona innymi niż ujawnione w ww. księdze wieczystej prawami osób trzecich lub jakimikolwiek innymi roszczeniami bądź ograniczeniami w rozporządzaniu tą nieruchomością,*
- złoży oświadczenie o poddaniu się egzekucji na podstawie art. 777 Kodeksu postępowania cywilnego do kwoty nie większej niż [● zł – 130%-200% wartości zabezpieczonej wierzytelności] (słownie: [●]), z maksymalnym terminem wystąpienia przez bank/institucję finansującą o nadanie tytułu egzekucyjnego do dnia [● – 2 lata od ostatecznej daty spłaty kredytu lub pożyczki].*

W związku z możliwością ustanowienia zabezpieczenia w postaci hipoteki na ww. nieruchomości Zamawiający w Załączniku nr [●] do SIWZ udostępnia:

- Uchwałę [●] o wyrażeniu zgody na obciążenie nieruchomości hipoteką,*
- Aktualny operat szacunkowy nieruchomości, która może zostać obciążona hipoteką.*

Z punktu widzenia instytucji finansujących szczególne znaczenie ma włączenie do dokumentacji postępowania jak najbardziej szczegółowych informacji, umożliwiających ocenę wiarygodności zabezpieczenia. Jednocześnie warto nadmienić, że wartość zabezpieczenia w praktyce rynkowej mieści się zasadniczo w przedziale 130%-200% wartości zabezpieczonej wierzytelności. Oznacza to, że rozważając możliwość zabezpieczenia wierzytelności instytucji finansującej poprzez ustanowienie hipoteki Zamawiający powinien „wytypować” do obciążenia taką nieruchomość, której wartość przewyższa wartość zabezpieczanej wierzytelności.

Jednocześnie zaznaczamy, że Wykonawca powinien ponieść rynkowe wynagrodzenie na rzecz Zamawiającego z tytułu ustanowienia zabezpieczenia jego zobowiązania wobec instytucji finansowej. Nieodpłatne ustanowienie hipoteki będzie się wiązało z ryzykiem zakwestionowania takiego działania po stronie Wykonawcy z perspektywy przepisów:

- podatkowych (jako nieodpłatne świadczenie);
- dotyczących pomocy publicznej (jako ustanowienie zabezpieczenia na warunkach korzystniejszych niż rynkowe).



3.4. Mechanizm podzielonej płatności – „Split payment”

Ogólne zasady

Od 1 lipca 2018 r. zaczął obowiązywać mechanizm podzielonej płatności (MPP, ang. *split payment*). Polega on na tym, że podatnik VAT może dokonać płatności za nabyty towar lub usługę na rzecz innego podatnika VAT w taki sposób, że kwotę odpowiadającą wartości sprzedaży netto nabywca wpłaca na rachunek rozliczeniowy dostawcy (zwykły rachunek) lub rozlicza w inny sposób, natomiast zapłata kwoty odpowiadającej (w całości lub w części) kwocie VAT wynikającej z otrzymanej faktury, wpłacana jest na specjalny rachunek bankowy dostawcy – rachunek VAT. Środki na rachunku VAT mogą być wykorzystywane wyłącznie do zapłaty VAT w rozliczeniach z kontrahentami i urzędem skarbowym. Mechanizm ten stosowany jest wyłącznie do transakcji dokonywanych przelewem w złotych polskich na rzecz innych podatników VAT. Podkreślić należy, że wg obecnego stanu prawnego, pomimo planów ustawodawcy nie istnieje ustawy obowiązek stosowania tego mechanizmu – o jego zastosowaniu będzie każdorazowo decydował nabywca towarów lub usług (czyli w omawianej sytuacji Zamawiający). Oznacza to, że to wyłącznie Zamawiający sam decyduje, którą fakturę zapłaci z zastosowaniem MPP, w jakiej części oraz wobec którego dostawcy (czyli mechanizm można stosować w sposób wybiórczy). Jednocześnie nic nie stoi na przeszkodzie, aby postanowienia co do płatności za pomocą MPP lub bez MPP były regulowane w umowach między Zamawiającym a Wykonawcą.

Odpowiedzialność solidarna

W przypadku, gdy w efekcie zastosowania MPP, nabywca (w tym przypadku Zamawiający) dokona płatności na rzecz podatnika innego niż wskazany na fakturze (czyli innego niż sprzedający/świadczący usługę), podatnik, na rzecz którego dokonano tej płatności, odpowiada solidarnie wraz z dostawcą tych towarów lub usługodawcą za nierozliczony przez dostawcę towarów lub usługodawcę podatek wynikający z tej dostawy towarów lub tego świadczenia usług do wysokości kwoty odpowiadającej wysokości kwoty otrzymanej na rachunek VAT (Zamawiający takiej odpowiedzialności nie ponosi). Solidarna odpowiedzialność podatnika jest wyłączona w przypadku zwrotu przez tego podatnika otrzymanej płatności (odpowiadającej kwocie VAT) na rachunek VAT dostawcy towarów lub usługodawcy wskazanego na fakturze albo zwrotu otrzymanej płatności na rachunek VAT podatnika, od którego otrzymano tę płatność, niezwłocznie po powzięciu informacji o jej otrzymaniu, w kwocie odpowiadającej wysokości kwoty otrzymanej na rachunek VAT.

Dokumentacja pożyczki/kredytu

Mechanizm MPP może mieć wpływ na dochodzenie zaspokojenia wierzytelności zewnętrznej instytucji finansowej względem Wykonawcy, z cesji tej wierzytelności oraz przekazu zapłaty, o których mowa powyżej, w przypadku zastosowania go przez Zamawiającego w odniesieniu do należności względem Wykonawców będących przedmiotem cesji wierzytelności lub przekazu na rzecz zewnętrznych instytucji finansowych. Środki z rachunku VAT mogą być bowiem wykorzystane wyłącznie do uregulowania kwoty VAT wykazanej w fakturze z tytułu zakupu towarów lub usług oraz do zapłaty podatku VAT do urzędu skarbowego, natomiast nie można nimi swobodnie dysponować. Z rachunku VAT można również zapłacić do urzędu skarbowego dodatkowe zobowiązania w VAT oraz odsetki za zwłokę w uiszczeniu VAT.

Dlatego też dokumentacja pożyczki/kredytu oraz zabezpieczeń będzie zawierała odpowiednie zapisy wskazujące, że płatności, które zostały skierowane na rachunek VAT prowadzony dla zewnętrznej instytucji finansowej nie będą pomniejszały wierzytelności z pożyczki/kredytu.



Do takiej sytuacji (tj. do przekazania płatności w części VAT należnej pożyczkobiorcy/kredytobiorcy/Wykonawcy na rachunek VAT zewnętrznej instytucji finansowej), dojdzie w przypadku realizacji zabezpieczenia w postaci cesji wierzytelności lub realizacji przekazu, gdy Zamawiający zdecyduje się na zastosowanie MPP przy regulowaniu należności Wykonawcy. Aby zewnętrzna instytucja finansowa została zwolniona z opisaney powyżej odpowiedzialności solidarnej z podatnikiem (z uwagi na fakt, że płatności zostały dokonane na jej rzecz, pomimo tego, że nie jest ona Wykonawcą), Wykonawca/pożyczkobiorca/kredytobiorca zobowiązany będzie do wskazania danych rachunku VAT w umowie pożyczki/kredytu, tak aby umożliwić tej instytucji finansowej zwrot środków otrzymanych na rachunek VAT w związku z zastosowaniem MPP przez Wykonawcę w odniesieniu do wierzytelności Wykonawcy będących przedmiotem umowy cesji na zabezpieczenie lub przekazu zapłaty na rzecz zewnętrznej instytucji finansowej.

Przyjęcie takiego rozwiązania nie oznacza jednak, że kontrahenci umowy zamówienia publicznego nie będą mogli zastrzec w umowie, że nie chcą stosować takiej formy rozliczeń. Kontrahenci mają w tym zakresie swobodę i sami decydują w jaki sposób dokonują rozliczeń przeprowadzanych transakcji.

* * *

WFR wyraża nadzieję, że przedstawione powyższe informacje i rekomendacje okażą się dla Państwa użyteczne. W razie jakichkolwiek wątpliwości związanych z ich stosowaniem podtrzymujemy deklarację gotowości do dzielenia się naszą wiedzą i doświadczeniem w ramach dialogu technicznego lub jakiegokolwiek innej, preferowanej przez Państwa formie wymiany informacji.



SAMORZĄD WOJEWÓDZTWA
WIELKOPOLSKIEGO



**Wielkopolski
Fundusz Rozwoju**
Spółka Samorządu Województwa Wielkopolskiego



Wielkopolski Fundusz Rozwoju

Spółka Samorządu Województwa Wielkopolskiego

ZAPRASZAMY DO KONTAKTU

Wielkopolski Fundusz Rozwoju sp. z o.o.
ul. Szyperska 14, 61-754 Poznań
tel. +48 61 671 71 71, +48 61 671 71 72, fax +48 61 671 71 78
www.wfr.org.pl