

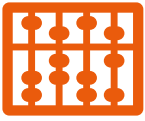
JDP

Newsletter

M&A i Zamówienia Publiczne: nowe obowiązki dla przedsiębiorców korzystających z subsydiów zagranicznych

październik 2023

jdp-law.pl



12 października 2023 r. weszły w życie nowe obowiązki dotyczące zgłaszania do Komisji Europejskiej (KE) transakcji (koncentracji) oraz wkładów finansowych otrzymanych od państw spoza UE. Wynikają one z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny („Rozporządzenie”), które obowiązuje od 12 stycznia 2023 r.

Przepisy Rozporządzenia obowiązują w sposób bezpośredni. Oznacza to, że polski ustawodawca nie jest zobowiązany do wydania odpowiednich krajowych przepisów implementujących Rozporządzenie.

JAKI JEST CEL NOWYCH REGULACJI?

Celem Rozporządzenia jest zwalczanie zakłóceń na rynku unijnym wywoływanych przez subsydia zagraniczne (tj. pochodzące od władz państw nie będących członkami Unii Europejskiej) oraz zagwarantowanie sprawiedliwych warunków prowadzenia działalności gospodarczej na rynku unijnym.

KOGO DOTYCZY NOWE ROZPORZĄDZENIE?

Rozporządzenie ma zastosowanie do wszelkich rodzajów działalności gospodarczej na rynku unijnym, które są wykonywane przez przedsiębiorstwa prywatne i publiczne korzystające z subsydiów zagranicznych.

Przykładem są przedsiębiorstwa otrzymujące subsydia zagraniczne od państw trzecich, wykorzystywane do finansowania działalności na rynku unijnym w dowolnym sektorze gospodarki, w tym do udziału w transakcjach M&A (koncentracjach) mających na celu przejmowanie strategicznych aktywów (np. infrastruktura krytyczna lub innowacyjne technologie) lub w zamówieniach publicznych.

Czym jest „subsydium zagraniczne”?

Przez „subsydium zagraniczne” należy rozumieć wkład finansowy wniesiony, bezpośrednio lub pośrednio, przez państwo trzecie (tj. państwo spoza UE), który przysparza korzyści i jest ograniczony do co najmniej jednego przedsiębiorstwa lub do co najmniej jednej branży. Może mieć ono postać np. zastrzyku kapitałowego, pożyczki, gwarancji kredytowej, zrzeczenia się dochodów (np. zwolnienie podatkowe), zamiany długu na udziały w kapitale własnym, zmianę harmonogramu spłat lub dostawę towarów lub usług.

Jednocześnie wkład finansowy jest wniesiony przez państwo trzecie, jeśli dokonuje go instytucja rządowa na szczeblu centralnym, organy publiczne na pozostałych szczeblach albo zagraniczny podmiot publiczny lub prywatny, którego działania można przepisać państwu trzeciemu.



W kontekście zamówień publicznych za zakłócające konkurencyjność subsydia zagraniczne rozumie się taki wkład finansowy, który umożliwia wykonawcy złożenie wyjątkowo korzystnej oferty.

CO NOWE REGULACJE OZNACZAJĄ DLA TRANSAKCJI M&A?

Zgłoszenie do KE

Rozporządzenie nakłada na podmioty uczestniczące w transakcjach obowiązek dokonania zgłoszenia zamiaru przeprowadzenia oraz sfinalizowania koncentracji. W ramach Rozporządzenia przez „koncentrację” należy rozumieć trwałą zmianę kontroli wskutek:

- **łączenia się** co najmniej dwóch wcześniej samodzielnych przedsiębiorstw (lub ich części);
- **przejęcia** przez co najmniej jedną osobę już kontrolującą co najmniej jedno przedsiębiorstwo, bezpośredniej lub pośredniej kontroli nad całym innym przedsiębiorstwem (lub jego częścią);
- utworzenia **spółki joint venture** pełniącej wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

Koncentracja podlega zgłoszeniu do KE w przypadku, gdy:

- co najmniej jedno z łączących się przedsiębiorstw, przejmowanych przedsiębiorstw lub przedsiębiorstw tworzących spółkę joint venture ma siedzibę w UE i generuje w UE **łączny obrót w wysokości co najmniej 500 mln EURO**; oraz
- odpowiednio nabywca i przejmowany przedsiębiorca, łączące się przedsiębiorstwa lub przedsiębiorstwa tworzące spółkę joint-venture oraz ta spółka joint-venture otrzymały razem od państw trzecich łączny **wkład finansowy w wysokości ponad 50 mln EURO** w ciągu 3 lat poprzedzających zawarcie umowy, ogłoszenie publicznej oferty lub nabycie pakietu kontrolnego.

W przypadku połączenia lub przejęcia wspólnej kontroli, zgłoszenia koncentracji dokonują wspólnie strony uczestniczące w połączeniu lub przejmujące wspólną kontrolę. We wszystkich pozostałych przypadkach zgłoszenia dokonuje podmiot przejmujący kontrolę nad całością lub częścią co najmniej jednego przedsiębiorstwa.

Wezwanie do uprzedniego zgłoszenia



W przypadku, gdy KE podejrzewa, że dane przedsiębiorstwo w okresie 3 lat poprzedzających koncentrację mogło otrzymać subsydyum zagraniczne, KE może z własnej inicjatywy wezwać takie przedsiębiorstwo do uprzedniego zgłoszenia koncentracji, chociażby nie podlegała ona zgłoszeniu na podstawie Rozporządzenia.

Postępowanie przed KE

Postępowanie przed KE może zakończyć się jedną z następujących decyzji:

- nakładającą zobowiązania na podmiot;
- wyrażającą zgodę na dokonanie koncentracji; albo
- zakazującą dokonania koncentracji.

Koncentracja nie może zostać sfinalizowana do czasu wydania zgody przez KE.

Koncentracja bez uzyskania zgody KE

Dokonanie koncentracji bez uzyskania zgody KE może skutkować żądaniem rozwiązania koncentracji (np. rozwiązanie łączenia lub zbycie przejętych udziałów / aktywów) lub wprowadzenia innych środków w celu przywrócenia rozwiązania dokonanej koncentracji.

Ponadto, KE będzie mogła nałożyć kary finansowe za niezgłoszenie koncentracji, dokonanie jej pomimo zakazu lub obejście (w tym próbę obejścia) wymogów dotyczących zgłoszenia, w wysokości do 10% łącznego obrotu przedsiębiorstwa (przedsiębiorstw) w roku poprzedzającym dokonanie koncentracji

CO NOWE REGULACJE OZNACZAJĄ DLA ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH? —————

Podmioty zobowiązane

Przepisy Rozporządzenia mają zastosowanie zarówno do wykonawcy ubiegającego się o zamówienie publiczne, jak i zamawiającego publicznego. Obowiązek zgłaszania zagranicznych wkładów finansowych dotyczy również głównych podwykonawców i głównych dostawców, którzy są znani na etapie składania oferty, np. podmiot trzeci udostępniający zasoby wykonawcy.

Odpowiednio wykonawcy/zamawiający mają obowiązek dokonania zgłoszenia subsydiów zagranicznych w momencie przystąpienia przez wykonawcę do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Postępowania, których dotyczy regulacja

Obowiązek zgłoszenia subsydiów zagranicznych w kontekście postępowań o udzielenie zamówienia publicznego **wchodzi w życie 12 października 2023 r.**, przy czym **dotyczy już postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po 12 lipca 2023 r.**, i w których **termin składania ofert przypada na 12 października 2023 r. lub później.**

Zgłoszenie subsydium zagranicznego

Obowiązek dokonania zgłoszenia otrzymanego subsydium zagranicznego materializuje się w sytuacji, kiedy łącznie:

- szacunkowa wartość zamówienia publicznego lub umowy ramowej bez VAT **jest równa 250 mln EUR lub wyższa**; oraz
- wykonawca, w tym jego spółki zależne oraz, w stosownych przypadkach, jego główni podwykonawcy i dostawcy otrzymali w ciągu 3 lat poprzedzających zgłoszenie łącznie wkłady finansowe równe **4 mln EUR lub wyższe na każde państwo trzecie.**

Weryfikacja uzyskanych subsydiów zagranicznych

Wykonawca ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego (o wskazanej wcześniej szacunkowej wartości i wartości wkładu) zobowiązani są powiadomić zamawiającego o wszystkich subsydiach zagranicznych uzyskanych w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających zgłoszenie. Na podstawie informacji przekazanej przez wykonawców, zamawiający przekazuje dalej te informacje KE.

Zamawiający publiczni zobowiązani są z kolei poinformować w ogłoszeniu o zamówieniu oraz w specyfikacji warunków zamówienia o objęciu wykonawców obowiązkiem zgłoszenia wszystkich subsydiów zagranicznych uzyskanych od państw trzecich.

Po uzyskaniu informacji od wykonawcy, wskazujących uzyskane subsydia zagraniczne, zamawiający niezwłocznie przekazuje je KE. Jeśli w toku badania i oceny ofert zamawiający poweźmie podejrzenie o korzystaniu przez wykonawcę z subsydiów zagranicznych, podejrzenie takie również notyfikuje KE.

W postępowaniach jednoetapowych (np. przetarg nieograniczony) odpowiednie oświadczenie o przyznanych subsydiach składa się wraz z ofertą, a w postępowaniach wieloetapowych dwukrotnie.

Uprawnienia KE

KE jest wyłącznym organem umocowanym do rozstrzygnięcia czy udzielone wykonawcy subsydia zagraniczne zaburzają konkurencyjność w postępowaniu przetargowym i wpływają na rynek wewnętrzny.

KE, badając wpływ uzyskanych subsydiów, może wydać następujące decyzje (jeśli stwierdzi, że wykonawca korzysta z subsydium, które zakłóca rynek wewnętrzny):

- nałożyć na wykonawcę odpowiednie zobowiązania (gdy wykonawca proponuje zobowiązanie, która likwiduje zakłócenie);
- zakazać udzielenia zamówienia publicznego danemu wykonawcy;
- nie zgłosić sprzeciwu (kiedy KE stwierdzi, że subsydium danego wykonawcy nie zakłóca rynku wewnętrznego).

KE może jednocześnie nałożyć grzywny oraz kary okresowe na wykonawców, którzy nie zgłosili zagranicznych wkładów finansowych lub obeszli (próbowali obejść) wymogi dotyczące zgłaszania.

RAMY CZASOWE STOSOWANIA NOWYCH REGULACJI

W kontekście koncentracji oraz zamówień publicznych Rozporządzenie stosuje się do subsydiów zagranicznych przyznanych w ciągu 3 lat przed dniem 12 lipca 2023 r.

Jednocześnie Rozporządzenia nie stosuje się do:



koncentracji, w których przed 12 lipca 2023 r. została zawarta umowa, została ogłoszona oferta publiczna lub został przejęty pakiet kontrolny;



postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych przed 12 lipca 2023 r.

WNIOSKI DLA PRAKTYKI

Transakcje M&A:

1. W ramach planowania transakcji należy szczegółowo zweryfikować, czy podmioty biorące udział w koncentracji otrzymywały subsydia zagraniczne w terminach i kwotach podlegających wymogom Rozporządzenia.
2. W harmonogramie transakcji oraz dokumentacji transakcyjnej należy uwzględnić konieczność zgłoszenia koncentracji oraz ewentualnej możliwości wezwania przedsiębiorstwa przez KE do dokonania uprzedniego zgłoszenia.

PZP:

1. Przed wzięciem udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego należy dokładnie zweryfikować pochodzenie otrzymanych środków zagranicznych w zakresie ich klasyfikacji zgodnie z treścią Rozporządzenia.
2. Rozporządzenie przewiduje surowe środki kompensacyjne i sankcje w przypadku niespełnienia wymogów określonych w Rozporządzeniu. Dodatkowo z aktualnego katalogu przesłanek obligatoryjnego / fakultatywnego wykluczenia wykonawcy z przetargu nie wynika, na podstawie którego przepisu zamawiający wykluczy wykonawcę z przetargu, a w konsekwencji odrzuci jego ofertę. Obowiązujące przepisy nie wskazują podstawy prawnej, z której powinien skorzystać zamawiający w przypadku uznania przez KE, że w przetargu bierze udział wykonawca, którego wkłady finansowe naruszają przepisy Rozporządzenia (tj. zakłócają rynek wewnętrzny). Pierwszy taki przypadek w Polsce zostanie zapewne poddany analizie przez uczestników rynku i zainicjuje nową praktykę zamawiających.

Autorzy

Marcin Lewiński – adwokat, Counsel w Zespole Transakcyjnym i Doradztwa Kontraktowego

Aleksandra Blukacz – adwokat, Associate w Zespole Zamówień Publicznych

Wiktor Kulig – aplikant adwokacki, Associate w Zespole Zamówień Publicznych

Kontakt



dr Marcin Chomiuk
Radca Prawny, Partner
M&A i Corporate
marcin.chomiuk@jdp-law.pl



Marcin Lewiński
Adwokat, Counsel
M&A i Corporate
marcin.lewinski@jdp-law.pl



Wojciech Merkwa
Radca prawny, Partner
Zamówienia Publiczne
wojciech.merkwa@jdp-law.pl



Aleksandra Blukacz
Adwokat, Associate
Zamówienia Publiczne
aleksandra.blukacz@jdp-law.pl

Wszelkie informacje zawarte w niniejszym newsletterze są dostępne nieodpłatnie. Publikacja nie ma charakteru reklamowego i służy wyłącznie celom informacyjnym. Żadnej z informacji zawartych w niniejszym materiale nie należy traktować jako porady prawnej ani ofert handlowej, w tym w rozumieniu art. 66 § 1 Kodeksu cywilnego. JDP DRAPAŁA & PARTNERS Sp. j. niniejszym wyłącza swoją odpowiedzialność tytułem jakichkolwiek roszczeń, strat, żądań lub szkód wynikających lub związanych z korzystaniem z informacji, treści lub materiałów zawartych w newsletterze.