

Stały kontakt
z doradcą?

Alerty prawne i podatkowe DZP

Subsydia zagraniczne a transakcje M&A i zamówienia publiczne

Dlaczego jest to istotne?

Nowe rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny („**Rozporządzenie 2022/2560**”) będzie miało istotny wpływ na działalność przedsiębiorców, którzy uzyskują pozaunijne subsydia. Szczególny nacisk położono przy tym na transakcje M&A oraz zamówienia publiczne o określonych wartościach. Jego celem jest przeciwdziałanie sytuacjom, w których przedsiębiorcy korzystający z subsydiów zagranicznych uzyskują nieuprawnioną przewagę na rynku unijnym.

Wejście w życie rozporządzenia o subsydiach zagranicznych

Rozporządzenie 2022/2560 stosuje się od dnia 12 lipca 2023 r. Weszło natomiast w życie 12 stycznia 2023 r. i będzie miało bezpośrednie zastosowanie w każdym państwie członkowskim Unii Europejskiej oraz będzie dotyczyło wszystkich przedsiębiorców działających na rynku wewnętrznym UE.

Pojęcie subsydiów zagranicznych

Rozporządzenie 2022/2560 ma zastosowanie do wszystkich aktywności gospodarczych na rynku wewnętrznym, które są podejmowane przez przedsiębiorców wykorzystujących subsydia zagraniczne. Nie ma przy tym znaczenia, czy takie subsydia są udzielane przedsiębiorcom z siedzibą poza UE, czy też z siedzibą na terenie jednego z państw członkowskich.

Pojęcie subsydiów zagranicznych zostało zdefiniowane w sposób szeroki, jako wnoszone przez państwo trzecie (spoza UE) **wkłady finansowe**, które mogą działać na korzyść danego przedsiębiorcy lub branży, zakłócając równocześnie konkurencję na rynku wewnętrznym. Wskazano jedynie przykładowo, że wkładem tym mogą być **zastrzyki kapitałowe, dotacje, pożyczki, gwarancje kredytowe, umorzenia długów, zwolnienia z podatków, czy też dostawy lub zakupy towarów i usług**.

Przez **państwo trzecie** Rozporządzenie 2022/2560 rozumie **instytucje rządowe** na szczeblu centralnym oraz **organy publiczne** na wszystkich pozostałych szczeblach, jak również **podmiot publiczny** lub **podmiot prywatny**, których **działania można przypisać państwu spoza UE**.

Szczególny nacisk Rozporządzenie 2022/2560 kładzie na transakcje z zakresu koncentracji oraz postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

Komisja powinna być uprawniona do zbadania z własnej inicjatywy każdego subsydium zagranicznego w stopniu, w jakim wchodzi ono w zakres stosowania niniejszego rozporządzenia, w dowolnym sektorze gospodarki, opierając się na informacjach ze wszystkich dostępnych źródeł. W celu zapewnienia skutecznej kontroli, w szczególnym przypadku dużych koncentracji (połączenia i przejęcia) oraz postępowania o udzielenie zamówienia przekraczających określone progi, Komisja powinna być uprawniona do przeprowadzania przeglądu subsydiów zagranicznych na podstawie wcześniejszego zgłoszenia przedłożonego jej przez dane przedsiębiorstwo.

(preambuła do Rozporządzenia 2022/2560)

Subsydia zagraniczne a transakcje M&A

Na potrzeby Rozporządzenia 2022/2560 uznaje się, że **koncentracja** występuje w przypadku, gdy **trwała zmiana kontroli** wynika z jednego z poniższych działań:

- 1) **łączenia się** co najmniej dwóch wcześniej samodzielnych **przedsiębiorstw** lub ich części;
- 2) **przejęcia**, przez co najmniej jedną osobę już kontrolującą co najmniej jedno przedsiębiorstwo albo przez co najmniej jedno przedsiębiorstwo, bezpośredniej lub pośredniej **kontroli** nad całym co najmniej jednym innym przedsiębiorstwem lub jego częścią, czy to w drodze zakupu papierów wartościowych lub aktywów czy w drodze umowy lub w jakikolwiek inny sposób.

Obowiązek zgłoszenia zamiaru oraz finalizacji przeprowadzenia koncentracji wystąpi, jeżeli:

- 1) co najmniej jedno z łączących się lub przejmowanych przedsiębiorstw albo spółek joint venture ma siedzibę w UE i generuje w UE łączny obrót w wysokości co najmniej **500 mln EUR**; oraz
- 2) nabywca i przejmowany przedsiębiorca, łączące się przedsiębiorstwa albo przedsiębiorstwa tworzące spółkę joint venture i ta spółka joint venture otrzymały z państw spoza UE łączny wkład finansowy w wysokości ponad **50 mln EUR** w ciągu trzech lat poprzedzających zawarcie umowy, ogłoszenie publicznej oferty lub nabycie pakietu kontrolnego.

Z przeprowadzeniem zgłoszonej koncentracji przedsiębiorstw należy wstrzymać się do zakończenia badania sprawy przez KE. Rozporządzenie 2022/2560 nie będzie jednak miało zastosowania do koncentracji, jeżeli zawarto umowę, ogłoszono ofertę publiczną lub przejęto pakiet kontrolny przed 12 lipca 2023 r.

Subsydia zagraniczne a zamówienia publiczne

W przypadku zamówień publicznych obowiązek zgłoszenia wkładu finansowego przez wykonawcę wystąpi w przypadku, gdy:

- 1) szacunkowa wartość zamówienia lub umowy ramowej bez VAT lub konkretnego zamówienia udzielanego w ramach dynamicznego systemu zakupów wynosi **co najmniej 250 mln EUR**; oraz
- 2) wykonawca otrzymał w ciągu 3 lat poprzedzających zgłoszenie łączne wkłady finansowe o wartości **co najmniej 4 mln EUR** na każde państwo trzecie.

W ramach wkładów finansowych należy uwzględniać wkłady otrzymane zarówno przez wykonawcę, jak i przez zależne od niego spółki bez autonomii handlowej, spółki holdingowe oraz *głównych* podwykonawców i dostawców. *Głównym* podwykonawcą i dostawcą będzie na gruncie tego rozporządzenia podmiot, który zapewnia kluczowe elementy zamówienia oraz, w każdym przypadku, gdy udział ekonomiczny jego wkładu przekracza 20% wartości złożonej oferty.

Rozporządzenie 2022/2560 będzie miało zastosowanie wyłącznie do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego wszczętych po 12 lipca 2023 r.

Wybrane wyłączenia

Zgodnie z Rozporządzeniem za koncentracje nie będzie się uznawać działalności instytucji finansujących bądź firm ubezpieczeniowych obejmującej transakcje i obrót papierami wartościowymi oraz przejmowania kontroli nad przedsiębiorstwem przez osobę upoważnioną przez organy publiczne lub przez finansowe jednostki holdingowe.

W kontekście zamówień publicznych również wprowadzono wyłączenia. Po pierwsze, wyłączone spod Rozporządzenia 2022/2560 są zamówienia, które zostają udzielone na podstawie art. 346 TfUE. Po drugie, w przypadku zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa udzielanych na podstawie Dyrektywy 2009/81/WE Komisja Europejska może wszcząć postępowanie weryfikujące kwestię zagranicznego subsydium wyłącznie z urzędu (*ex-officio*). Po trzecie, subsydium zagraniczne nie będzie zakłócało rynku wewnętrznego, jeżeli ma na celu naprawienie szkód spowodowanych klęskami żywiołowymi lub innymi zdarzeniami nadzwyczajnymi.

Uprawnienia Komisji Europejskiej

Rozporządzenie 2022/2560 przewiduje:

- 1) w zamówieniach publicznych obowiązek przekazywania przez wykonawców informacji o subsydiach lub ich braku, co KE analizuje, a następnie wydaje decyzję, która może nakazywać zamawiającemu odrzucenie oferty danego wykonawcy;
- 2) w transakcjach M&A, możliwość odmowy wydania przez KE zgody na koncentrację.

Ponadto, KE może dokonywać analizy każdej działalności przedsiębiorcy podejmowanej na rynku unijnym, w której wystąpi podejrzenie wykorzystywania subsydiów zagranicznych.

KE wydaje w tym zakresie decyzje nakładające środki kompensacyjne lub decyzje nakładające zobowiązania. Mogą one przewidywać np. nakaz zmniejszenia mocy produkcyjnych, obowiązek udostępnienia określonej infrastruktury, udzielenie licencji lub zbycie określonych aktywów.

KE ma również uprawnienia do zakazania zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nakazania rozwiązania koncentracji.

Wybrane ryzyka wynikające z Rozporządzenia 2022/2560

- 1) Nowe przepisy, które mogą wpłynąć w istotny sposób na przebieg największych koncentracji oraz postępowań w sprawie zamówienia publicznego w UE (brak doświadczenia w stosowaniu nowych regulacji)
- 2) Kompetencje w zakresie oceny, czy wykonawca jest beneficjentem subsydiów zagranicznych zakłócających konkurencję na rynku wewnętrznym zostały przekazane podmiotowi zewnętrznemu (Komisji Europejskiej) – przedsiębiorcy, zamawiający oraz wykonawcy mają ograniczony wpływ na przebieg procedur ustanowionych Rozporządzeniem 2022/2560

- 3) Szeroki i nieprecyzyjny zakres pojęcia „subsydia zagraniczne” może powodować wątpliwości interpretacyjne w odniesieniu do zakresu zastosowania obowiązków wynikających z Rozporządzenia 2022/2560 – ryzyko obciąża przede wszystkim przedsiębiorców oraz wykonawców
- 4) Procedura badania wpływu subsydiów zagranicznych na rynek wewnętrzny może być powtarzana w stosunku do danego przedsiębiorcy lub wykonawcy wielokrotnie
- 5) Ryzyko zakazu dokonania koncentracji lub udzielenia zamówienia, nałożenia kar finansowych lub innego rodzaju zobowiązań
- 6) Ryzyka potencjalnie wykraczające poza daną koncentrację oraz postępowanie w sprawie zamówienia publicznego

Rekomendacja

W związku z powyższym rekomendujemy podmiotom zamierzającym przeprowadzić koncentrację lub działającym w obszarze zamówień publicznych na terenie UE dokonanie analizy wszelkich otrzymanych przez przedsiębiorstwo w ciągu ostatnich 3 lat wkładów finansowych pochodzących z państw trzecich. Przedsiębiorca powinien uwzględnić w swoich analizach nie tylko otrzymane przez siebie subsydia, ale również wkłady finansowe otrzymane przez spółki zależne, spółki holdingowe czy przez głównych podwykonawców i dostawców. Rekomendujemy również wypracowanie procedur, które pozwolą na przeprowadzenie koncentracji oraz udział w postępowaniach w sprawie zamówienia publicznego w UE w zgodzie z nowymi regulacjami, w tym procedur dotyczących doboru podmiotów biorących udział w koncentracji, konsorcjantów, podwykonawców i dostawców.

Kto będzie moim doradcą?



Katarzyna Kuźma

Partner | Praktyka Infrastruktury i Energetyki

E: katarzyna.kuzma@dzp.pl

T: +48 22 557 94 25 | M: +48 660 440 310



Dr Marek Świątkowski

Partner | Praktyka Prawa Spółek, Fuzji i Przejęć

E: marek.swiatkowski@dzp.pl

T: +48 22 557 76 65 | M: +48 606 757 100