

Nowe wymogi przy transakcjach M&A i zamówieniach publicznych – zapobieganie subsydiom zagranicznym wywołującym zakłócenia na rynku UE

Od 12 października stosuje się nowe obowiązki dotyczące zgłaszania do Komisji Europejskiej („KE”) transakcji (koncentracji) oraz umów o udzielenie zamówienia publicznego.

Geneza

Nowe obowiązki wynikają z *rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2022/2560 z dnia 14 grudnia 2022 r. w sprawie subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny* („Rozporządzenie”), które ma ograniczyć zakłócenia w równym prowadzeniu działalności gospodarczej w UE, a spowodowane subsydiowaniem działalności przedsiębiorstw przez państwa spoza Unii Europejskiej.

Koncentracje podlegające zgłoszeniu do KE

Koncentracja podlega uprzedniemu zgłoszeniu KE, gdy w jej przypadku:

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

Ponadto, **KE może wezwać do uprzedniego zgłoszenia dowolnej koncentracji** w przypadku, gdy podejrzewa, że danym przedsiębiorstwom w okresie trzech lat poprzedzających koncentrację mogły zostać przyznane subsydia zagraniczne.

Koncentracja dotyczy sytuacji **trwałej zmiany kontroli** wynikającej z:

1. **łączenia się** 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 innym przedsiębiorstwem lub jego częścią.

Koncentrację stanowi także utworzenie spółki joint venture pełniącej w sposób trwały wszystkie funkcje samodzielnego podmiotu gospodarczego.

Postępowanie przed KE może zakończyć się wydaniem **decyzji**: zakazującej koncentracji, nakładającej zobowiązania na przedsiębiorcę albo o niezgłoszeniu sprzeciwu.

Dokonanie koncentracji bez zgody KE może skutkować nakazaniem: **rozwiązania koncentracji** lub wprowadzenia innych środków których celem będzie rozwiązanie dokonanej koncentracji. Ponadto, KE będzie mogła nałożyć **kary** za niezgłoszenie koncentracji, jej dokonanie pomimo zakazu lub obejścia wymogów dotyczących zgłoszenia w wysokości do **10% ich łącznego obrotu** osiągniętego w roku poprzedzającym dokonanie transakcji.

Komentarz: obowiązek zgłoszenia należy uwzględnić jako dodatkowy warunek zawieszający w umowach M&A. Jest to odrębna procedura od procedury zgłoszeń koncentracji do krajowych urzędów ds. konkurencji lub Komisji Europejskiej. Jakkolwiek progi standardowego zgłoszenia są dosyć wysokie na polskie warunki, należy pamiętać o możliwości wezwania do zgłoszenia przez KE.

Zgłoszenia umów o zamówienia publiczne

Umowa o zamówienie publiczne podlega zgłoszeniu, gdy:

1. szacunkowa **wartość zamówienia** lub umowy ramowej bez VAT, lub konkretnego zamówienia udzielanego w ramach dynamicznego systemu zakupów jest równa co najmniej 250 mln euro; oraz
2. **wykonawca**, w tym jego spółki zależne bez autonomii handlowej, spółki holdingowe, oraz, w stosownych przypadkach, główni podwykonawcy i dostawcy uczestniczący w tej samej ofercie w postępowaniu o udzielenie zamówienia otrzymali **w ciągu trzech lat poprzedzających zgłoszenie łączne wkłady finansowe równe 4 mln euro lub wyższe na każde państwo trzecie**.

W przypadku podzielenia danego zamówienia na części należy wziąć również pod uwagę czy wartość danej części lub łączna wartość wszystkich części, o które ubiega się oferent, jest równa co najmniej 125 mln euro.

Jeśli powyższe warunki są spełnione, wykonawcy uczestniczący w postępowaniu o udzielenie zamówienia powinni **powiadomić zamawiającego o wszystkich ww. zagranicznych wkładach finansowych określonych w pkt 2)**. W innych przypadkach powinni wymienić wszystkie otrzymane zagraniczne wkłady finansowe i potwierdzić, że nie podlegają one zgłoszeniu. Następnie zamawiający niezwłocznie przekazuje te informacje KE.

Ponadto w przypadku gdy podczas analizowania ofert zamawiający podejrzewa istnienie subsydiów zagranicznych, niezwłocznie informuje o takich podejrzaniach KE.

Podobnie jak w przypadku transakcji M&A w przypadku, gdy KE podejrzewa, że dany wykonawca mógł skorzystać z subsydiów zagranicznych w ciągu trzech lat poprzedzających złożenie oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, może ona przed udzieleniem zamówienia **zażądać zgłoszenia zamówienia, które co do zasady nie podlega uprzedniemu zgłoszeniu**.

Postępowanie KE może zakończyć się decyzjami: nakładającą odpowiednie zobowiązania, zakazującą udzielenia zamówienia danemu przedsiębiorcy albo o niezglaszaniu sprzeciwu.

Komentarz: w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia należy dodać obowiązek zgłoszenia przez uczestników postępowania informacji o uzyskanych subsydiach zagranicznych i wskazania czy podlegają one zgłoszeniu. W przypadku przetargu nieograniczonego, oświadczenie należy złożyć wraz z ofertą. W postępowaniu wieloetapowym – składa się je dwukrotnie.

Jakkolwiek tak duże postępowania nie są zbyt częste, należy uwzględnić konieczność złożenia oświadczeń oraz ewentualnego zgłoszenia również w przypadku mniejszych postępowań, zwłaszcza w sektorach w których wpływ tych subsydiów jest już dostrzegalny i które mogą być zbadane przez KE z urzędu. Należy liczyć się, że europejscy konkurenci będą zwracali uwagę KE na takie postępowania. Wykonawcy i Zamawiający powinni też uwzględnić ryzyko późniejszego podpisania umowy i rozpoczęcia realizacji zamówienia.

Przegląd subsydiów zagranicznych

Na mocy Rozporządzenia Komisja może również **z własnej inicjatywy badać informacje dotyczące domniemanych subsydiów zagranicznych zakłócających rynek wewnętrzny**. W przypadku gdy Komisja ustali, że dane subsydium zagraniczne zakłóca rynek wewnętrzny może podjąć decyzję nakładającą środki kompensacyjne (np. zaproponowanie dostępu do infrastruktury nabytej za pomocą subsydiów, zaniechanie inwestycji, zmniejszenie mocy produkcyjnych, publikacja wyników prac B+R). Może również potwierdzić decyzją zobowiązania proponowane przez przedsiębiorcę lub zaakceptować zwrot subsydium.

Czym są subsydia zagraniczne?

Subsydium zagraniczne występuje, gdy **państwo spoza Unii Europejskiej wnosi**, bezpośrednio lub pośrednio, **wkład finansowy, który przynosi korzyść przedsiębiorstwu prowadzącemu działalność w UE** i który jest ograniczony do co najmniej jednego przedsiębiorstwa lub co najmniej jednej branży. Może mieć ono charakter m.in.: przeniesienia funduszy lub zobowiązań (np. zastrzyki kapitałowe, dotacje, pożyczki), zrzeczenia się dochodów (np. zwolnienia podatkowe) czy zakupu towarów lub usług.

Wkład finansowy jest wniesiony przez państwo jeśli dokonuje go centralne instytucje rządowe, organy publiczne na wszelkich pozostałych szczeblach, zagraniczny podmiot publiczny czy podmiot prywatny, którego działania można przypisać państwu trzeciemu.



Agata Szeliga
Partner, radca prawny
☎ +48 698 660 648
✉ agata.szeliga@skslegal.pl



Jordan Sikorski
Starszy Prawnik, radca prawny
☎ +48 604 413 324
✉ jordan.sikorski@skslegal.pl