

Umowy pożyczki i kredytu poza reżimem zamówień publicznych?

W 2014 roku weszła w życie dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień klasycznych oraz dyrektywa 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień sektorowych. Głównym celem nowej regulacji unijnej jest uelastycznienie i przyspieszenie procesu udzielania zamówień publicznych. Transpozycja dyrektyw powinna nastąpić do 18 kwietnia 2016 r.

Nowy rząd zdecydował, że w celu wdrożenia przepisów unijnych znowelizowana zostanie ustawa Prawo zamówień publicznych. Co przyniesie nowelizacja? Wiele istotnych zmian. W tym zapewne jedną zmianę systemową o znacznej doniosłości praktycznej, głównie dla jednostek samorządu terytorialnego, spółek komunalnych, koncernów paliwowych i energetycznych, w których większościovym akcjonariuszem jest Skarb Państwa, ale również dla banków. Ta zmiana to wyłączenie stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych do procedury negocjowania oraz zawierania umów pożyczki i umów kredytu.

Stan dotychczasowy

Zgodnie z przepisami ustawy Prawo zamówień publicznych ("Pzp.") czynność bankowa, jaką jest udzielenie kredytu, świadczona zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. Prawo bankowe jest usługą w rozumieniu art. 2 pkt 10 Pzp.

W sytuacji, gdy powyższa usługa ma być świadczona na rzecz podmiotu zobowiązanego do stosowania Pzp., takiego jak np. jednostka samorządu terytorialnego, spółka komunalna, koncern paliwowy lub energetyczny, w którym większościovym akcjonariuszem jest Skarb Państwa, podmiot ten ma obowiązek zawarcia umowy pożyczki czy umowy kredytu zgodnie z Pzp. W rezultacie, **w aktualnym stanie prawnym uzyskanie pożyczki czy zaciągnięcie kredytu przez podmioty z sektora publicznego lub samorządowego, albo przez spółki zależne od tych**

podmiotów, wymaga przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Z obowiązku stosowania Pzp. wyłączone są natomiast zamówienia dotyczące usług finansowych związanych z emisją papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych, w szczególności związanych z transakcjami mającymi na celu uzyskanie dla zamawiającego środków pieniężnych lub kapitału. Ze względu na powyższe, w ostatnich latach bardzo często pozyskiwanie finansowania, np. przez spółki zależne Skarbu Państwa lub spółki komunalne odbywało się w drodze emisji obligacji.

Przy braku innych wskazań merytorycznych powyższe podmioty wybierały emisję obligacji zamiast zawierania umowy pożyczki lub kredytu ze względu na to, iż do

negocjowania umowy z organizatorem oraz gwarantem emisji mogły stosować w pełni elastyczną procedurę opartą na przepisach kodeksu cywilnego, a nie Pzp.

Nowe dyrektywy i ich implementacja

W 2014 r. weszły w życie nowe dyrektywy w sprawie udzielania zamówień publicznych klasycznych oraz sektorowych, które zgodnie przewidują, że przewidzianych w nich procedur **nie stosuje się do pożyczek** (por. np. art. 10 lit. f dyrektywy 2014/24/UE).

Przepisy dyrektyw w polskiej wersji językowej mówią ogólnie o "pożyczce", należy jednak tym terminem, obok umów pożyczki, objąć również umowy kredytu zawierane przez banki. Dlaczego? Otóż unijne prawo zamówień publicznych na poziomie językowym nie rozróżnia umów pożyczki i umów kredytu. Na gruncie przepisów dotyczących zamówień nie istnieją również żadne względy systemowe, które uzasadniałyby objęcie wyłączeniem przewidzianym przez dyrektywy tylko jednego typu umowy tj. umowy pożyczki, a już nie umowy kredytu (nawet jeżeli kredyty mogą być udzielane przez banki i spółdzielcze kasy oszczędnościowo-kredytowe, a w przypadku pożyczek brak jest tego rodzaju ograniczeń podmiotowych). Tym samym, gdy przepisy dyrektyw zamówieniowych posługują się terminem "pożyczka" należy przyjąć, że rozumieją pod nim zarówno udostępnienie finansowania na podstawie umowy pożyczki, jak i umowy kredytu.

W taki sposób, w toku dotychczasowych przygotowań do transpozycji termin "pożyczka", którym posługują się dyrektywy zamówieniowe, interpretował polski ustawodawca. Projekt nowej ustawy Prawo zamówień publicznych przyjęty przez poprzedni rząd w listopadzie 2015 r. wprost przewidywał, że przepisów nowej ustawy miało nie stosować się do zamówień publicznych, których przedmiotem są zarówno umowy pożyczki, jak i umowy kredytu.

Co przyniesie przyszłość?

W ostatnich dniach grudnia 2015 r. nowy rząd zrezygnował z pomysłu uchwalenia nowej ustawy dotyczącej zamówień publicznych i zdecydował, że w celu implementacji przepisów unijnych uchwalona zostanie jedynie nowelizacja Pzp.

W toku nadchodzących prac służących implementacji dyrektyw prawodawca powinien wyłączyć "pożyczki" z reżimu Pzp. Czy utrzyma przy tym mające znaczenie na gruncie polskiego prawa i przyjęte w projekcie poprzedniej

ustawy Prawo zamówień publicznych jednoznaczne rozróżnienie na pożyczki i kredyty? Sądzymy, że tak. Na gruncie przepisów zamówieniowych nie ma bowiem żadnych argumentów systemowych lub celowościowych, które mogłyby podnosić polski ustawodawca, aby rozróżnić status prawny kredytów i "zwykłych" pożyczek. Z kolei **dosłowne przeniesienie treści dyrektyw do Pzp. (dyrektywy w polskiej wersji językowej mówią literalnie tylko o pożyczkach), bez odniesienia się do ich kontekstu (ten sam ogólny cel udzielenia pożyczki oraz zaciągnięcia kredytu), mogłoby nie tylko powodować problemy interpretacyjne, ale również narażać Polskę na zarzut nieprawidłowej transpozycji przepisów dotyczących zakresu wyłączenia dyrektyw do prawa krajowego.** Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie zwracał uwagę na to, że prawidłowa transpozycja dyrektywy w prawie krajowym nie oznacza dosłownego przejęcia jej przepisów (zob. przykładowo wyrok w sprawie C-49/00, *Komisja przeciwko Włochom*).

Warto zauważyć, że w niemieckiej wersji językowej przepisy dyrektyw zamówieniowych, uwzględniając ww. kontekst, mówią zarówno o "pożyczkach", jak i "kredytach" (*Darlehen oder Kredite*).

Należy zatem przyjąć, iż po 18 kwietnia 2016 r. zamawiający zainteresowani pozyskaniem pożyczek oraz kredytów nie będą musieli przy pozyskiwaniu finansowania w którejkolwiek z powyższych form stosować Pzp. Stałoby się inaczej tylko wtedy, jeżeli z jakichś nieznanych dzisiaj względów polski ustawodawca zdecydowałby się pójść dalej niż ustawodawca unijny i uznałby, że do udzielania "pożyczek" powinny wciąż mieć zastosowanie przepisy Pzp. Zastosowałby tym samym podejście bardziej rygorystyczne niż przewiduje w tym zakresie prawo unijne, do czego jednak ustawodawca krajowy ma zawsze prawo. Takie "konserwatywne" podejście ze strony polskiego prawodawcy nie wydaje się nam jednak prawdopodobne.

Konsekwencje

Wprowadzenie do Pzp. wyłączenia "pożyczkowego" spowoduje, iż wielu zamawiających, którzy dotychczas zdecydowali się pozyskiwać finansowanie w drodze emisji obligacji jedynie ze względu na większą elastyczność procedury prawa cywilnego wobec trybów Pzp. (były to głównie spółki komunalne oraz spółki zależne Skarbu Państwa), będzie mieć otwartą drogę do zawierania z finansującymi, w tym bankami, umów kredytu lub pożyczki.

Kontakt



Grzegorz Namiotkiewicz

Partner

+48 22 627 11 77

E: grzegorz.namiotkiewicz@cliffordchance.com



Marcin Bejm

Counsel

+48 22 627 11 77

E: marcin.bejm@cliffordchance.com



dr Piotr Bogdanowicz

Senior Associate

+48 22 627 11 77

E: piotr.bogdanowicz@cliffordchance.com

Niniejsza publikacja nie omawia wszystkich aspektów przedstawianych zagadnień i nie stanowi porady prawnej ani porady innego rodzaju

www.cliffordchance.com

Norway House, ul. Lwowska 19, 00-660 Warsaw, Poland

© Clifford Chance 2016

Clifford Chance, Janicka, Krużewski, Namiotkiewicz i wspólnicy spółka komandytowa

Abu Dhabi ■ Amsterdam ■ Bangkok ■ Barcelona ■ Beijing ■ Brussels ■ Bucharest ■ Casablanca ■ Doha ■ Dubai ■ Düsseldorf ■ Frankfurt ■ Hong Kong ■ Istanbul ■ Jakarta* ■ London ■ Luxembourg ■ Madrid ■ Milan ■ Moscow ■ Munich ■ New York ■ Paris ■ Perth ■ Prague ■ Riyadh ■ Rome ■ São Paulo ■ Seoul ■ Shanghai ■ Singapore ■ Sydney ■ Tokyo ■ Warsaw ■ Washington, D.C.

*Linda Widyati & Partners in association with Clifford Chance.

Clifford Chance has a best friends relationship with Redcliffe Partners in Ukraine.