

Kredyt bez przetargu

W 2014 roku weszły w życie nowe unijne dyrektywy regulujące zamówienia klasyczne i sektorowe. Głównym celem ich uchwalenia było uelastycznienie i przyspieszenie procesu udzielania zamówień publicznych w państwach członkowskich. Termin transpozycji dyrektyw upływa 18 kwietnia 2016 r.

W celu wdrożenia dyrektyw Ministerstwo Rozwoju pracuje obecnie nad nowelizacją ustawy Prawo zamówień publicznych (Pzp.). Projekt nowelizacji przynosi wiele zmian, z których jedna powinna mieć zauważalny wpływ na rynek bankowych produktów dłużnych. Chodzi o wyłączenie stosowania Pzp. do wyboru kredytodawcy.

Stan obecny

Zgodnie z art. 2 pkt 10 Pzp. czynność bankowa w postaci udzielenia kredytu jest usługą. W obecnym stanie prawnym zaciągnięcie kredytu przez jednostkę samorządu terytorialnego, spółkę komunalną, koncern paliwowy lub energetyczny kontrolowany przez Skarb Państwa (zamawiający w rozumieniu Pzp.), **wymaga zatem 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. Z tego względu, w ostatnich latach, przy braku innych wskazań merytorycznych, wielu zamawiających poszukujących finansowania wybierało emisję obligacji zamiast zawierania umowy kredytu. Do negocjowania umowy z organizatorem oraz gwarantem emisji mogli bowiem stosować elastyczną procedurę wyboru regulowaną przepisami Kodeksu cywilnego, a nie Pzp.

Nowe dyrektywy

W 2014 r. weszły w życie nowe dyrektywy w sprawie udzielania zamówień publicznych klasycznych oraz sektorowych, które przewidują, że przewidzianych w nich procedur **nie stosuje się do pożyczek.**

Choć przepisy dyrektyw w polskiej wersji językowej mówią o wyłączeniu dotyczącym "pożyczki", należy przyjąć, że termin ten na gruncie prawa zamówień publicznych obejmuje również umowy kredytu zawierane przez banki. Dlaczego? Otóż unijne prawo zamówień publicznych na poziomie językowym nie różnicuje umowy pożyczki i umowy kredytu, przyjmując po prostu perspektywę umowy dotyczącej usługi udostępnienia finansowania.

Na gruncie przepisów dotyczących zamówień nie istnieją również względy systemowe, które uzasadniałyby inne traktowanie umowy pożyczki i 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 dyrektywy zamówieniowe, w kontekście wyłączenia stosowania ich przepisów, posługują się terminem "pożyczka" - należy przyjąć, że rozumieją pod

nim zarówno udostępnienie finansowania na podstawie umowy pożyczki, jak i umowy kredytu.

W taki sposób termin "pożyczka" interpretuje w tej chwili polski ustawodawca. Projekt przygotowywanej przez Ministerstwo Rozwoju ustawy nowelizującej Pzp., służącej transpozycji dyrektyw, wyraźnie przewiduje, że **Pzp. nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są "pożyczki i kredyty"**.

Co przyniesie przyszłość?

Prawodawca rządowy w toku obecnie toczących się prac legislacyjnych dotyczących nowelizacji Pzp. potwierdził, iż w jego ocenie, na gruncie prawa zamówień publicznych, nie ma powodów do rozróżniania pożyczek i kredytów.

Nie wydaje się prawdopodobne, aby w marcu, w toku dalszych prac legislacyjnych parlament przyjął inne podejście. Teoretycznie krajowy ustawodawca mógłby zająć stanowisko bardziej rygorystyczne niż przewiduje w tym zakresie prawo unijne i nakazać stosowanie Pzp. do wyboru kredytodawcy (wybór pożyczkodawcy pozostawiając poza reżimem Pzp. – zgodnie z literalnym

brzmieniem dyrektywy). Jednak takie rozwiązanie bezzasadnie różnicowałoby kredyt i pożyczkę.

Konsekwencje

Zmiana w Pzp. dotycząca wyłączenia kredytów z reżimu zamówień publicznych spowoduje, że po 18 kwietnia 2016 r. (taki termin wejścia w życie nowelizacji Pzp. przewiduje obecnie Ministerstwo Rozwoju) zamawiający zainteresowani pozyskaniem finansowania nie będą musieli, przed zawarciem umowy kredytu, prowadzić postępowań przewidzianych w Pzp.

Spowoduje to, że wielu zamawiających, którzy dotychczas decydowali 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 Skarbu Państwa), będzie mieć łatwiejszą drogę do zawierania umów kredytu. Zmniejszy to zapewne w przyszłości liczbę programów emisji obligacji organizowanych na polskim rynku.

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.