



Minister Spraw Zagranicznych

Warszawa, 24 listopada 2010 r.

DPUE - 920 - 1471 - 10/pk/h
SM - 2617

dot.: FPB-015-324-2010 z 23.11.2010 r.

Pan
Paweł Arndt
Przewodniczący Komisji Finansów Publicznych
Sejm RP

Opinia o zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3479), ujętego w sprawozdaniu Komisji Finansów Publicznych (druk nr 3594), wyrażona na podstawie art. 13 ust. 3 pkt 3 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej (Dz. U. z 2007 r. Nr 65, poz. 437 z późn. zm.) w związku z art. 42 ust. 4 i art. 54 ust. 1 Regulaminu Sejmu przez ministra właściwego do spraw członkostwa Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej

Szanowny Panie Przewodniczący,

W związku z przedłożonym sprawozdaniem Komisji Finansów Publicznych (druk nr 3594), zawierającym projekt ustawy o zmianie ustawy o Banku Gospodarstwa Krajowego oraz niektórych innych ustaw (druk nr 3479), pozwalam sobie zgłosić następujące uwagi.

A) Zmiany w ustawie o BGK (projektowany art. 3 ust. 2 i 4 ustawy o BGK)

- I. Wątpliwości budzi propozycja wyłączenia w stosunku do BGK możliwości ogłoszenia upadłości tego banku poprzez zastosowanie do niego art. 6 pkt 4 ustawy – *Prawo upadłościowe i naprawcze* (projektowany art. 3 ust. 2 ustawy o BGK). Możliwe zatem będzie jedynie przeprowadzenie likwidacji BGK, przy czym zobowiązania tego banku przejmie Skarb Państwa (projektowany art. 3 ust. 4 ustawy o BGK). Pragnę zaznaczyć, iż kwestia ustawowego wyłączenia możliwości ogłoszenia upadłości przedsiębiorstw publicznych jest uznawana przez Komisję Europejską za udzielenie przedsiębiorstwu przez Skarb Państwa nieograniczonej gwarancji i jest rozpatrywana w kategoriach udzielania pomocy publicznej w rozumieniu art. 107 ust. 1 TFUE (zob. pkt 1.2 *Obwieszczenia Komisji w sprawie zastosowania art. 87 i 88 Traktatu WE do pomocy państwa w formie gwarancji*, Dz. Urz. UE z 20.06.2008 r., C 155, str. 10). Przykładowo na gruncie prawa polskiego wątpliwości co do takiego wyłączenia zgłosiła Komisja Europejska w odniesieniu do Poczty Polskiej. Zgodnie ze stanowiskiem KE wyłączenie

ogłoszenia upadłości oznaczało bowiem, że Poczta Polska może w swojej działalności doprowadzić do powstania strat, a wówczas to państwo musiałoby podjąć odpowiednie działania w kierunku opracowania programu pomocy na restrukturyzację i uruchomienie tej pomocy ze środków budżetowych. Innymi słowy, niemożność postawienia Poczty Polskiej w stan upadłości ze względu na jej status prawny zapewnia przedsiębiorstwu nieodpłatną gwarancję Skarbu Państwa na czas nieokreślony i bez limitów w odniesieniu do jej kwoty i zakresu. Uregulowanie takie wzbudziło poważne zastrzeżenia KE, która w decyzji nr E 12/2005 z dnia 24 kwietnia 2007 r. uznała ten stan prawny za niezgodny z postanowieniami art. 107 TFUE. Stąd też polski ustawodawca zmuszony był zawrzeć w przepisach odpowiednie wyłączenie zastosowania art. 6 pkt 4 ustawy – *Prawo upadłościowe i naprawcze* w stosunku do Poczty Polskiej (zob. art. 5 ustawy z dnia 5 września 2008 r. o komercjalizacji państwowego przedsiębiorstwa użyteczności publicznej Poczta Polska). Na marginesie pragnę wskazać, że udzielanie przez państwo nieograniczonej gwarancji na rzecz przedsiębiorstw (podmiotów) publicznych prowadzących działalność komercyjną zostało uznane przez Komisję Europejską również w przypadku niemieckich banków publicznych (zob. opracowanie służb Komisji Europejskiej pt. *State guarantees to German public banks: a new step in the enforcement of State aid discipline to financial services in the Community*, Competition Policy Newsletter Nr 2002/2) oraz francuskiej spółki EdF (zob. decyzję Komisji nr C(2003) 4637 z dn. 16 grudnia 2003 r.).

- II. Powyższa uwaga odnosi się do tego zakresu działalności BGK, która polega na prowadzeniu komercyjnej działalności bankowej, przez co bank ten pozostaje w stosunku konkurencji z innymi bankami prywatnymi. Nieograniczona gwarancja ze strony Skarbu Państwa może zatem doprowadzić do zakłócenia konkurencji na rynku, albowiem gwarancja ta (wynikająca z faktu wyłączenia możliwości ogłoszenia upadłości) nie ogranicza się do obszaru usług zastrzeżonych dla BGK (np. obsługa funduszy), ale obejmuje także działalność prowadzoną na zasadach konkurencyjnych.
- III. Pragnę jednak wskazać, że proponowany w projekcie poselskim art. 3 ust. 2 ustawy o BGK nie stanowi zmiany istniejącego stanu prawnego, albowiem i tak BGK – zgodnie z uzyskaną opinią Ministerstwa Sprawiedliwości – nie posiada obecnie zdolności upadłościowej na podstawie art. 6 pkt 4 ustawy – *Prawo upadłościowe i naprawcze*. Pragnę wskazać, że przepis ten wszedł w życie w dniu 24 kwietnia 2003 r., a zatem jeszcze przed akcesją Polski do UE. Jednocześnie wydaje się, że przepis ten stanowi kontynuację art. 3 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. - *Prawo upadłościowe*, który również zawierał wyłączenie zdolności upadłościowej w stosunku do instytucji i organizacji utworzonych w drodze ustawy. Należy wskazać przy tym, że na mocy tych przepisów decydującym kryterium zastosowania możliwości ogłoszenia upadłości jest fakt utworzenia danego podmiotu przez ustawę. Przyjmując takie stanowisko, uzasadniony byłby wniosek, że BGK, utworzony na mocy rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 30 maja 1924 r. o połączeniu (fuzji) Państwowych Instytucji Kredytowych w Bank Gospodarstwa Krajowego, który to akt prawny miał moc ustawy, co najmniej od dnia wejście w życie rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. - *Prawo upadłościowe* do dnia dzisiejszego korzysta z ww. wyłączenia od upadłości.
- IV. W takiej sytuacji możliwe byłoby powołanie się, dla uzasadnienia utrzymania wyłączenia upadłości BGK, ale w postaci wyraźnego przepisu ustawowego proponowanego w poselskim projekcie ustawy, na pkt 1 załącznika IV część 3 do Traktatu Akcesyjnego, zgodnie z którym pomoc publiczna wprowadzona w życie przez państwo członkowskie przed dniem 10 grudnia 1994 r. i mająca nadal zastosowanie po

dniu przystąpienia zostanie uznana w dacie przystąpienia za istniejącą pomoc w rozumieniu art. 108 ust. 1 TFUE. Pomoc ta podlega jedynie następcej kontroli przez Komisję Europejską, tzn. pomoc ta nie musi być notyfikowana Komisji, a instytucja ta może dokonać przeglądu środka pomocowego i nakazać dokonanie jego zmiany. Przepisy te stanowiły podstawę dla uznania przez Komisję Europejską w decyzji nr E 12/2005 z dnia 24 kwietnia 2007 r., że niemożność postawienia Poczty Polskiej w stan upadłości, wynikająca *expressis verbis* z przepisów art. 3 par. 2 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe, zakwalifikować można jako pomoc publiczną udzieloną przed dniem 10 grudnia 1994 r. i w konsekwencji za pomoc istniejącą w dniu akcesji Polski do UE.

- V. Pragnę jednak wskazać, że istnieją na gruncie prawa polskiego pewne wątpliwości co do zasadności ww. argumentacji. Dotyczą one kwestii, czy wyłączenie możliwości ogłoszenia upadłości na mocy art. 3 rozporządzenia Prezydenta RP z dnia 24 października 1934 r. - Prawo upadłościowe miało zastosowanie do BGK, tj. czy bank ten stanowił *instytucję* lub *organizację* w rozumieniu tego przepisu. Należy również wskazać, że nie bez znaczenia może być również zakres działalności BGK, który ulegał zmianie, przez co pośrednio ulegał zmianie zakres pomocy publicznej udzielanej temu bankowi w formie wyłączenia możliwości ogłoszenia jego upadłości. Na gruncie prawa UE jakakolwiek istotna zmiany istniejącej pomocy traktowana jest jako udzielenie nowej pomocy podlegającej notyfikacji i zatwierdzeniu przez Komisję Europejską.
- VI. Przed podjęciem ostatecznej decyzji co do zawarcia w poselskim projekcie proponowanych art. 3 ust. 2 i 4 ustawy o BGK – w zakresie w jakim przepisy te miałyby dotyczyć komercyjnej działalności BGK – powyższe wątpliwości, w mojej opinii, powinny zostać rozstrzygnięte przez projektodawcę w konsultacji z Prezesem Urzędu Ochrony Konkurencji i Konsumentów, który – zgodnie z ustawą z dnia 30 kwietnia 2004 r. o postępowaniu w sprawach dotyczących pomocy publicznej – posiada kompetencję do opiniowania projektów udzielania takiej pomocy.

B) Zmiany w ustawie – Prawo zamówień publicznych (projektowany art. 4 pkt 2a lit. c) PZP)

- VII. Wątpliwości co do zgodności z prawem UE budzi również rozszerzenie wyłączenia działalności BGK z konieczności stosowania *ustawy – Prawo zamówień publicznych* (projektowany art. 4 pkt 2a lit. c) PZP). Należy bowiem pamiętać, że wszelkie wyłączenia podmiotów publicznych (instytucji zamawiających) z zakresu zastosowania reżimu zamówień publicznych muszą znaleźć uzasadnienie w dopuszczalnych wyłączeniach przewidzianych w *dyrektywie 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych*, której implementację stanowi właśnie PZP. Dotychczasowe wyłączenie zamówień BGK z art. 4 pkt 2a lit. a) i b) PZP uzasadniane było na podstawie motywu 27 i art. 16 lit. d) oraz art. 18 dyrektywy 2004/18/WE. Na mocy tych postanowień dyrektywa 2004/18/WE nie ma zastosowania do usług związanych z instrumentami polityki pieniężnej, kursami wymiany, długiem publicznym, zarządzaniem rezerwami ani innymi politykami obejmującymi transakcje papierami wartościowymi lub innymi instrumentami finansowymi, w szczególności transakcjami zawieranymi przez instytucje zamawiające celem uzyskania funduszy lub kapitału, a także zamówieniami związanymi z emisją, zakupem, sprzedażą lub zbyciem papierów wartościowych lub innych instrumentów finansowych. Natomiast zgodnie z art. 18 dyrektywa 2004/18/WE nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi udzielanych przez instytucję zamawiającą innej instytucji zamawiającej lub związkowi instytucji zamawiających na podstawie prawa wyłącznego przyznanego im

zgodnie z opublikowanym przepisem ustawowym, wykonawczym lub administracyjnym, zgodnym z postanowieniami TFUE, przy czym w odniesieniu do PZP za prawo wyłączne uznano ustawowe przydzielenie BGK zadań w zakresie obsługi funduszy utworzonych, powierzonych lub przekazanych mu na podstawie odrębnych ustaw oraz realizacją programów rządowych.

VIII. Natomiast proponowane w projekcie ustawy wyłącznie z PZP zamówień związanych z wykonywaniem przez BGK komercyjnej działalności bankowej wykracza poza zakres dopuszczalnych wyłączeń przewidzianych w dyrektywie 2004/18/WE. O ile bowiem projektowany art. 4 pkt 2a lit. c) tiret drugi PZP mieściłby się jeszcze w wyłączeniu z zastosowania dyrektywy 2004/18/WE jako dotyczący transakcji zawieranych w celu zapewnienia uzyskania funduszy lub kapitału, to transakcje wskazane w tirecie pierwszym tego przepisu wykraczają już poza wyłączenie na podstawie art. 16 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE, albowiem dotyczą one ogólnie otwierania i prowadzenia rachunków bankowych oraz przeprowadzania bankowych rozliczeń pieniężnych również wówczas, gdy nie mają one na celu uzyskania funduszy lub kapitału.

IX. BGK jest zobowiązany stosować przepisy o zamówieniach publicznych w takim zakresie, w jakim wynika to z pozytywnej przesłanki zastosowania PZP wskazanej w art. 3 tej ustawy, a brak jest możliwości zastosowania wyłączeń z art. 4 PZP. W przypadku spełnienia tych ogólnych przesłanek zastosowania PZP do działalności bankowej BGK wszelkie wyraźne wyłączenia tej działalności z obowiązku stosowania reżimu zamówień publicznych (takie jak np. proponowany art. 4 pkt 2a lit. c) PZP), bez wyraźnego uzasadnienia takiego wyłączenia na gruncie dyrektywy 2004/18/WE, należy uznać za niezgodne z prawem UE. Na marginesie pragnę wskazać, że wyłączenie z art. 16 lit. d) dyrektywy 2004/18/WE zostało implementowane do polskiego porządku prawnego w art. 4 pkt 3 lit. j) PZP, na który może się powołać BGK w celu wyłączenia stosowania reżimu PZP w odniesieniu do określonych zamówień. Nie ma zatem uzasadnienia dla wprowadzenia szczególnego wyłączenia jak w projektowanym art. 4 pkt 2a lit. c) PZP, które należy w konsekwencji uznać za niezgodne z dyrektywą 2004/18/WE.

Projekt ustawy, zawarty w sprawozdaniu Komisji Finansów Publicznych, jest niezgodny z prawem Unii Europejskiej w zakresie wskazanym w pkt VII-IX niniejszej opinii, zaś w pozostałym zakresie jest zgodny z prawem Unii Europejskiej z zastrzeżeniem uwag zawartych w pkt I-VI niniejszej opinii.

Z poważaniem

z up. Ministra Spraw Zagranicznych
SEKRETARZ STANU

Jan Borkowski

Do wiadomości:

Pan Aleksander Grad
Minister Skarbu Państwa