

Udana restrukturyzacja (nie) może eliminować z rynku zamówień

BIZNES Przepisy z jednej strony uprościły możliwość zawierania w pandemii układów z wierzycielami, z drugiej jednak utrudniły dostęp do przetargów. **Resort rozwoju zapowiada ich analizę**

Sławomir Wikariak
slawomir.wikariak@infor.pl

Postępowania restrukturyzacyjne mogą być sposobem na wyjście firm z trudnej sytuacji, w jaką zostały wciągnięte przez pandemię. Zauważył to polski ustawodawca, który tarczą 4.0 (Dz.U. z 2020 r. poz. 1086) wprowadził uproszczone postępowanie o zatwierdzenie układu. Jest ono prowadzone przez licencjonowanych doradców restrukturyzacyjnych. Firmy bardzo chętnie korzystają z tej możliwości. Na 850 wszystkich postępowań restrukturyzacyjnych ogłoszonych w minionym roku 356 prowadzono w trybie uproszczonym. W pierwszych trzech miesiącach 2021 r. wszczęto już prawie tyle samo tych postępowań. Praktyka pokazuje, że wierzyciele są skłonni do zawierania układów i redukcji długów, woląc to od upadłości kontrahenta. Ten, po zrzuceniu balastu zadłużenia, może zaś kontynuować swą działalność.

Niestety nie zawsze jest to możliwe na rynku zamówień publicznych. Chociaż bowiem rząd wielokrotnie podkreślał, że publiczne inwestycje mogą być szansą dla firm na przetrwanie trudnych czasów, to jednocześnie z początkiem roku weszły w życie przepisy, które tę szansę części z nich odbierają. Chodzi właśnie o przedsiębiorców, którzy zawarli układ. Na mocy nowej ustawy (patrz: grafika) zamawiający mogą ich wykluczać z przetargów.

Jest to dla mnie kompletnie niezrozumiałe. Przecież zawarcie układu służy temu, żeby firma odzyskała wiarygodność

i mogła dalej działać na rynku. Rozumiem ewentualne obawy dotyczące płynności finansowej, ale jej weryfikacji służą warunki dotyczące posiadanych środków lub zdolności kredytowej. Jeśli wykonawca je spełnia, to nie widzę żadnego powodu, by dyskryminować go na rynku zamówień publicznych – przekonuje Małgorzata Sawa, doradca restrukturyzacyjny z firmy Sawa Siwka SAS Restrukturyzacje.

Ministerstwo Rozwoju, Pracy i Technologii podkreśla natomiast, że nowa przesłanka do wykluczenia ma ograniczone zastosowanie i w wielu przetargach wykonawcy, którzy zawarli układ, nadal mogą startować.

Jednakże w ramach bieżącego monitoringu rynku zamówień publicznych, szczególnie w kontekście sytuacji gospodarczej spowodowanej epidemią COVID-19, analizowany jest wpływ dokonanej zmiany na sytuację wykonawców, a także możliwe kierunki zmian w tym zakresie – odpowiedziało Biuro Komunikacji MRPiT na nasze pytania.

Może, ale nie musi

Do końca 2020 r. zamawiający mogli wykluczać z przetargów wykonawców, wobec których otwarto likwidację, ale już nie tych, którzy zawarli układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu. Zgodnie z obowiązującym od początku tego roku art. 109 ust. 1 pkt 4 ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.) zawarcie układu również może być przesłanką do eliminacji z postępowania. Przy czym, na co kładzie nacisk zarówno MRPiT, jak i Urząd Zamówień Publicznych, nie musi.

Zgodnie bowiem z art. 109 ust. 3 ustawy p.z.p. zamawiający może nie wykluczać wykonawcy, który zawarł układ z wierzycielami, jeżeli wykluczenie byłoby w sposób oczywisty nieproporcjonalne, w szczególności gdy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy jest wystarczająca do wykonania zamówienia – wyjaśnia Michał Trybusz, rzecznik prasowy UZP. W ramach realizacji zasady proporcjonalności w zakresie przesłanki wykluczenia zamawiający powinien w szczególności ocenić, czy sytuacja ekonomiczna lub finansowa wykonawcy, który zawarł układ z wierzycielami, jest wystarczająca do wykonania zamówienia.

Oznacza to, że zamawiający nie powinien wykluczać z postępowania takiego wykonawcy, jeśli okaże się, że w zdefiniowanych okolicznościach posiada on finansową możliwość realizacji zamówienia, warunki układu umożliwiają mu wykazanie się istnieniem stosownej bazy ekonomicznej i finansowej wystarczającej do jego wykonania, jak również środki restrukturyzacyjne przewidziane w układzie nie stanowią zagrożenia dla realizacji zamówienia – tłumaczy Michał Trybusz.

Resort rozwoju dodaje, że wykonawca ma też możliwość skorzystania z instytucji self-cleaningu (samooczyszczenia). Jego zdaniem w wielu przypadkach już samo prawomocne zawarcie układu z wierzycielami będzie świadczyć o zobowiązaniu się wykonawcy do naprawienia szkody wyrządzonej stanem niewypłacalności lub zagrożeniem

CO MÓWIĄ PRZEPISY

Art. 109 ust. 1 pkt 4 nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2019 ze zm.)

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, ogłoszono upadłość, którego aktywami zarządza likwidator lub sąd, zawarł układ z wierzycielami, którego działalność gospodarcza jest zawieszona albo znajduje się on w innej tego rodzaju sytuacji wynikającej z podobnej procedury przewidzianej w przepisach miejsca wszczęcia tej procedury.

Art. 24 ust. 5 pkt 1 starej ustawy – Prawo zamówień publicznych

Z postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może wykluczyć wykonawcę, w stosunku do którego otwarto likwidację, w zatwierdzonym przez sąd układzie w postępowaniu restrukturyzacyjnym jest przewidziane zaspokojenie wierzycieli przez likwidację jego majątku lub sąd zarządził likwidację jego majątku (...) lub którego upadłość ogłoszono, z wyjątkiem wykonawcy, który po ogłoszeniu upadłości zawarł układ zatwierdzony prawomocnym postanowieniem sądu, jeżeli układ nie przewiduje zaspokojenia wierzycieli przez likwidację majątku upadłego (...).

Dane: raporty Coface

850 POSTĘPOWAŃ RESTRUKTURYZACYJNYCH
OTWARTO W 2020 R. (W TYM 356 W NOWYM TRYBIE UPROSZCZONYM O ZATWIERDZENIE UKŁADU)

422 POSTĘPOWAŃ RESTRUKTURYZACYJNYCH
OTWARTO W I KWARTALE 2021 R. (W TYM 354 W NOWYM TRYBIE UPROSZCZONYM O ZATWIERDZENIE UKŁADU)

niewypłacalnością jego wierzycielom.

Druga szansa

Mimo wszystkich tych zastrzeżeń nowa przesłanka przewiduje możliwość wykluczenia firm, które zawarły układy, a więc może być wykorzystywana przez zamawiających. Pytanie, po co ją w ogóle wprowadzono? Zarówno MRPiT, jak i UZP tłumaczą to przede wszystkim potrzebą dostosowania polskiego prawa do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych.

O ile literalnie rzeczywiście mowa w niej o możliwości wykluczenia wykonawcy, który zawarł układ, o tyle zmieniło się samo otoczenie prawne dotyczące restrukturyzacji. A to za sprawą dyrektywy 2019/1023 zwanej „dyrektywą drugiej szansy”, która kładzie duży nacisk na restrukturyzację zapobiegawczą.

Aktualnie zawarcie układu z wierzycielami jest konsekwencją wdrożenia i przeprowadzenia

całego postępowania zmierzającego do uniknięcia niewypłacalności, a więc znakiem sukcesu – uważa Małgorzata Sawa.

Tym bardziej że zawarcie układu nie musi świadczyć o gorszej sytuacji wykonawcy. Z jednej strony są firmy, które przez układ mogą niejako czyścić swą sytuację, pozbywając się stosunkowo niewielkich zobowiązań, z drugiej zaś układ nie musi polegać na redukcji długu przez wierzyciela, ale także na konwersji na udziały czy akcje. W żaden sposób nie pogarsza to sytuacji firmy, zwłaszcza że często taki układ jest zawierany, gdy nie ma konieczności wszczęcia postępowania restrukturyzacyjnego – zwraca uwagę Małgorzata Sawa.

Na rynku przebąkuje się, że konwersja na udziały czy akcje może być sposobem na repolonizację, czyli w praktyce przejmowanie firm prywatnych przez spółki Skarbu Państwa. Nowe przepisy mogłyby utrudnić także ich start w przetargach.