

Sygn. akt: KIO/KD 51/14

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 17 czerwca 2014 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 22 maja 2014 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Warmińsko-Mazurską Agencję Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie
Plac gen. Józefa Bema 3
10-516 Olsztyn

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 7 maja 2014 r.,
(znak: UZP/DKUE/KD/5/2014)

w przedmiocie postępowania na:

przeprowadzenie szkoleń oraz doradztwa po szkoleniach w ramach projektu „*Wiedza kluczem do sukcesu*”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Marek Szafraniec
Członkowie:	Ryszard Tetzlaff
	Justyna Tomkowska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych w informacji o wyniku kontroli doraźnej nie zasługują na uwzględnienie

Uzasadnienie

Zamawiający – Warmińsko-Mazurska Agencja Rozwoju Regionalnego S.A. w Olsztynie – udzieliła w ramach projektu „*Wiedza kluczem do sukcesu*” szeregu zamówień na usługi szkoleniowe bez zastosowania przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907 z późn. zm.), zwanej dalej ustawą Pzp.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych, zwany dalej Prezesem UZP lub Kontrolującym, powołując się na przepisy ustawy Pzp, przeprowadził kontrolę doraźną powołanych postępowań. W jej wyniku stwierdził, że Zamawiający zobowiązany był stosować przepisy ustawy do udzielania zamówień zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp. Zaniechanie stosowania przez Zamawiającego tego aktu prawnego spowodowało naruszenie przez niego art. 40 ust. 3 i art. 11 ust. 7 ustawy Pzp poprzez brak przekazania ogłoszeń o zamówieniach Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, co dodatkowo stanowiło naruszenie art. 7 ust. 1 i 3 ustawy Pzp, tj. naruszenie podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Podstawą do postawienia Zamawiającemu zarzutu naruszenia powołanych przepisów ustawy Pzp, były dokonane przez Prezesa UZP ustalenia faktyczne.

Prezes UZP, odwołując się do przepisu art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, uznał, iż zgodnie z treścią tegoż przepisu dla uznania podmiotu za zamawiającego zobowiązanego stosować przepisy ustawy Pzp, koniecznym jest aby podmiot ten posiadał osobowość prawną, aby utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a ponadto, aby spełniona została jeszcze jedna z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. a)-d) ustawy Pzp.

W tym kontekście, Kontrolujący uznał, iż co do dwóch z przywołanych przesłanek, oczywistym jest, że w przypadku Zamawiającego zostały spełnione. Prowadził on działalność w formie spółki akcyjnej, posiadał zatem osobowość prawną. Zgodnie zaś z listą akcjonariuszy przekazaną przez Zamawiającego 93,63 % jego akcji należało do Samorządu Województwa Warmińsko-Mazurskiego (stan na lipiec 2013 r.), czyli do jednostki sektora finansów publicznych, co odpowiadało regulacji art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp.

Mając to na uwadze, Prezes UZP przyjął, iż rozstrzygającym o przesądzeniu, że Zamawiający zobowiązany był stosować przepisy ustawy Pzp, będzie wynik badania, czy został on utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.

W ocenie Prezesa UZP także ta przesłanka w przypadku Zamawiającego została spełniona.

Kontrolujący stwierdził, iż pojęcie „*potrzeby o charakterze powszechnym niemające charakteru przemysłowego ani handlowego*” nie zostało zdefiniowane w żadnym akcie prawnym, stąd koniecznym jest odwołanie się do orzecznictwa ETS. Z tegoż zaś orzecznictwa wywiódł, że z potrzebami tego typu mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie potrzeb, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ. Podmiot prawa publicznego realizując tego typu usługi zasadniczo kieruje się względami innymi niż ekonomiczne. Zaspokajanie tych potrzeb, ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, powinno służyć społeczeństwu, jako całości i leżeć w interesie ogólnospołecznym, tzn. nie powinno być wykonywane w celu zaspokojenia pojedynczej, prywatnej potrzeby. Prezes UZP podkreślał przy tym, że rozstrzygające znaczenie ma w tym przypadku ocena pierwotnego celu utworzenia takiego podmiotu. Jeżeli bowiem instytucja utworzona w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, zaczęła następnie prowadzić również działalność gospodarczą nastawioną na zysk, utrzymuje ona status instytucji prawa publicznego, nawet jeżeli działalność prowadzona w interesie powszechnym stanowi niewielką część w porównaniu z działalnością czysto handlową. Taka ocena charakteru tegoż podmiotu pozostanie, zdaniem Prezesa UZP, aktualna tak długo, jak długo podmiot ten będzie zaspokajał potrzeby o charakterze powszechnym. Zauważył przy tym, iż sam fakt, że istnieją prywatne przedsiębiorstwa oferujące ten sam zakres usług (a zatem na rynku usług zaspokajających te szczególne potrzeby o charakterze powszechnym), nie daje podstawy do uznania, iż potrzeba ta może zostać uznana za posiadającą przymiot potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym. Wyjaśnił też, że dopiero istnienie znacznej konkurencji na rynku może sugerować, iż mamy do czynienia z potrzebami o takim właśnie charakterze.

Niezależnie od powyższych rozważań, Prezes UZP twierdził, iż dla uznania powszechności określonych działań, nie jest koniecznym, aby były one skierowane do całego społeczeństwa, wystarczającym będzie, żeby skierowane były do kręgu osób spełniających określone, generalne warunki. Powszechny będzie zatem znaczyło dostępny dla wielu lub dla tych, którzy spełniają warunki określone w odpowiednich przepisach. Wskazywał również, że przez zadania o użyteczności publicznej winny być utożsamiane z zadaniami publicznymi, których realizacja ciąży na administracji rządowej i samorządowej, zaś do zadań tych należy m.in. zaspokajanie zbiorowych potrzeb społeczeństwa.

W kontekście powyższego, Kontrolujący, odwołując się do orzecznictwa ETS, stwierdził, iż celem ustalenia czy zaspokajana potrzeba nie ma charakteru przemysłowego lub

handlowego, koniecznym jest uwzględnienie „*okoliczności, które zachodziły w momencie powoływania tej spółki oraz warunki, na jakich prowadzi ona swoją działalność, biorąc pod uwagę fakt, że nie jest jej podstawowym celem zysk, nie ponosi ona ryzyka związanego z działalnością oraz publiczne pochodzenie środków na finansowanie jej działalności*”. Zaznaczył przy tym, iż szczególnego rodzaju działalność, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp nie może być utożsamiana tylko i wyłącznie z działalnością właściwą dla gospodarki komunalnej uregulowanej w odpowiedniej ustawie.

Mając na uwadze przeprowadzony przez siebie wywód, Prezes UZP stwierdził, iż zgodnie z art. 7 statutu Zamawiającego przedmiot działania Spółki stanowią przedsięwzięcia służące rozwojowi województwa warmińsko-mazurskiego i podnoszeniu konkurencyjności jego gospodarki, przygotowywaniu przedsiębiorstw i struktur otoczenia biznesowego do współpracy międzynarodowej, Spółka może uczestniczyć w projektach dotyczących minimalizowania zagrożenia bezrobociem przez wspieranie inicjatyw gospodarczych tworzących nowe miejsca pracy, wsparcia dla samorządów zmierzających zracjonalizować zarządzanie mieniem komunalnym i wszelkich inicjatywach przynoszących pożytek regionalnej społeczności. Wskazał przy tym, iż w załączniku III do dyrektywy klasycznej, w którym zawarto wykaz podmiotów lub kategorii podmiotów prawa publicznego spełniających kryteria opisane w art. 1 ust. 9 lit a)-c) dyrektywy klasycznej, znajdują się „*agencje ustanowione w celu realizacji określonych funkcji lub zaspokajania potrzeb pojawiających się w poszczególnych sektorach publicznych działające m.in. w dziedzinie promowania rozwoju gospodarczego, w dziedzinie rozwoju technologii i przedsiębiorstw, a także w dziedzinie doradztwa w zakresie przedsiębiorczości, handlu, nauki, technologii i innowacji itp.*”. Pozwoliło to uznać Prezesowi UZP, iż Zamawiający spełnia kryteria uznania go za podmiot utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego, a tym samym, że jest on zobowiązany do stosowania przepisów ustawy zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp.

Tak poczynione ustalenia pozwoliły z kolei przesądzić o tym, iż Zamawiający udzielając w ramach projektu 10 zamówień na usługi szkoleniowe i doradcze (żadne z tych zamówień nie zostało udzielone na podstawie przepisów ustawy Pzp), których łączna wartość (suma wynagrodzeń należnych wykonawcom) równała się kwocie 1 670 704,82 zł brutto, naruszył przepisy ustawy Pzp. W przekonaniu Kontrolującego w odniesieniu do wszystkich tych zamówień zachodzi tożsamość przedmiotowa, podmiotowa, jak i czasowa, tym samym po stronie Zamawiającego istniał obowiązek uznania tych usług za jedno zamówienie udzielane w częściach, a tym samym zliczenia ich wartości w celu ustalenia łącznej

szacunkowej wartości zamówienia. Tytułem przykładu Prezes UZP wskazywał na to, że tematyka szkoleń prowadzonych w ramach każdego z modułów była wobec siebie komplementarna, wzajemnie się uzupełniająca i dalece do siebie podobna, stąd można w ich przypadku mówić o tożsamości przedmiotowej. Świadczyć o tym miało również to, że Zamawiający poszczególnymi postępowaniami obejmował jeden, kilka lub wszystkie moduły objęte projektem. Również w przypadku usług doradztwa, zdaniem Prezesa UZP, zachodziła tożsamość przedmiotowa – tematyka wszystkich szkoleń i usług doradczych dotyczyła bowiem zarządzania przedsiębiorstwem w celu podniesienia jego konkurencyjności na rynku. Istnienie w rozważanym przypadku tożsamości podmiotowej, potwierdzało w ocenie Kontrolującego to, że oferty na realizację poszczególnych zamówień składane były przez te same podmioty. Tożsamość czasową stwierdzić można zaś było w oparciu o ustalenie, że wszystkie zamówienia były objęte jednym projektem. Kierując się tym przekonaniem, Prezes UZP stwierdził, iż właściwym byłoby w przypadku powoływanych usług łącznie ustalenie ich wartości, a w konsekwencji zastosowanie odpowiednich przepisów ustawy Pzp.

Mając na uwadze tak poczynione ustalenia, Prezes UZP zarzucił Zamawiającemu naruszenie powołanych powyżej przepisów ustawy Pzp.

W związku ze stwierdzonymi naruszeniami, określonymi w ustaleniach kontrolnych, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał je Zamawiającemu, wskazując na możliwość zgłoszenia zastrzeżeń do wyników kontroli.

W dniu 22 maja 2014 r., pismem z dnia 21 maja 2014 r., Zamawiający zgłosił zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli doraźnej.

W ocenie Zamawiającego Prezes UZP nie dokonał w zasadzie żadnych ustaleń w zakresie stanu faktycznego dotyczącego okoliczności powstania Spółki, jej wcześniejszej oraz obecnej działalności, zasad finansowania, czy też warunków w jakich ona działa. Tymczasem Zamawiający konkuruje na rynku z innymi podmiotami, osiąga zysk, nie uzyskuje żadnego dofinansowania ze środków publicznych, w całości ponosi ryzyko swojej działalności, kieruje się interesem ekonomicznym i nie może liczyć na finansowanie działalności przez akcjonariusza, tj. płatności przekazywane bez ekwiwalentnego świadczenia ze swojej strony, płatne bez zawarcia odpowiedniego kontraktu. Zdaniem Zamawiającego prowadzona przez niego działalność ma charakter przemysłowy lub handlowy – działa on na każdy inny komercyjny podmiot, na potwierdzenie czego przywołał treść art. 27 swojego Statutu, zgodnie z którym prowadzi on samodzielną gospodarkę finansową i z godnie z zasadą samofinansowania opłaca z uzyskanych przychodów

działalność oraz zobowiązania wobec Skarbu Państwa, a także wydatki na rozwój i inne potrzeby. Jak twierdził, prowadzi on zwykle usługi finansowe, osiąga zysk, a bieżącą działalność oraz potrzeby inwestycyjne finansuje przy pomocy kredytów komercyjnych. Wyjaśnił, iż działa w formie spółki akcyjnej, która powstała w roku 1993, a jej założycielami były jednostki samorządu terytorialnego (gminy – województwo warmińsko-mazurskie wówczas nie istniało) i prywatne przedsiębiorstwa. Celem Spółki była restrukturyzacja istniejących podmiotów gospodarczych, inicjowanie i popieranie tworzenia nowych podmiotów gospodarczych oraz inspirowanie związków między podmiotami krajowymi i zagranicznymi w zakresie działalności gospodarczej. Przedmiot działalności obejmował działalność wydawniczą, udzielanie pożyczek, obsługę nieruchomości, badanie rynku, doradztwo gospodarcze, zarządzanie przedsiębiorstwami, rekrutację pracowników i działalność szkoleniową. Oświadczył przy tym, iż Spółka prowadziła działalność zgodną z celami wskazanymi w Statucie, a także, co istotne, jego zdaniem, iż na żadnym z akcjonariuszy nie spoczywał w tym czasie obowiązek realizacji zadań o charakterze określonym w Statucie. Przyznał, iż w świetle orzecznictwa ETS za podmiot prawa publicznego można uznać też taki, który nie został co prawda utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, ale takie zadania zaczął realizować dopiero po jego utworzeniu, przy czym stwierdził, iż jego obecna sytuacja faktyczna i prawna również nie pozwala uznać, że przepis art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp znajdzie w jego przypadku zastosowanie. Wyjaśnił, że Województwo Warmińsko-Mazurskie uzyskało pakiet kontrolny na podstawie art. 69 ustawy z dnia 13 października 1998 r. – Przepisy wprowadzające ustawy reformujące administrację publiczną (Dz. U. Nr 133 poz. 872 z późn. zm.), nie wykazało jednak chęci do wykorzystania Spółki do realizacji swoich zadań, wręcz przeciwnie prowadziło w tym zakresie własną politykę, czasami równoległe do działań Spółki. Istotnym, w ocenie Zamawiającego, jest to, że województwo w najmniejszym nawet zakresie nie finansuje działalności Spółki, zaś sama Spółka konkuruje o udzielanie zleceń województwa na równi z innymi podmiotami, stając do przetargów przez nie organizowanych (tak chociażby w przypadku powierzenia Spółce wdrażania części osi priorytetowej „Przedsiębiorczość” RPO Warmia i Mazury na lata 2007-2013). Wszystko to pozwoliło stwierdzić Zamawiającemu, iż Prezes UZP zaniechał przeanalizowania sytuacji prawnej i faktycznej Spółki.

Konsekwencją tegoż zaniechania miało być błędne postawienie Zamawiającemu zarzutów zaniechania ustalenia łącznej wartości zlecanych przez niego usług szkoleniowych.

W ocenie Zamawiającego, w przypadku usług przywoływanych przez Prezesa UZP nie zachodziła ani tożsamość przedmiotowa, ani czasowa.

Brak tej pierwszej wywodził on z treści dokumentacji konkursowej Instytucji Organizującej Konkurs, zgodnie z którą doradztwo miało być usługą, której celem jest rozwiązanie lub przedstawienie propozycji rozwiązania konkretnego problemu. Usługę tę należało odróżnić od doradztwa (konsultacji) związanego ze szkoleniem, które miało znacznie bardziej ogólny i abstrakcyjny charakter (mogło być indywidualne lub grupowe, a jego forma i zakres były określane każdorazowo przez beneficjenta). Zamawiający twierdził, że w przypadku poszczególnych szkoleń, jak również doradztwa, nie można mówić o podobieństwie funkcjonalnym. Przyznał, że moduły poszczególnych szkoleń były z góry określone, zaznaczył jednak, że grupy docelowe i miejsce prowadzenia szkoleń było określane w miarę otrzymywania zgłoszeń. Rekrutacja trwała w sposób ciągły, a Zamawiający nie wiedział, do jakich branż kierowane będzie wsparcie, stąd też sama tematyka szkoleń nie była znana w momencie uruchamiania projektu. Okoliczność ta wpływała, zdaniem Zamawiającego, również na brak możliwości przyjęcia zaistnienia tożsamości czasowej – rozmiar udzielanych zamówień nie był możliwy do ustalenia w momencie wszczęcia pierwszego postępowania – z uwagi na podział grup docelowych na poszczególne branże nie był on w stanie przewidzieć jakich usług będzie potrzebował w następnych postępowaniach.

Mając powyższe na uwadze, Zamawiający nie zgodził się z wynikiem przeprowadzonej przez Prezesa UZP kontroli doraźnej.

W odpowiedzi na zgłoszone zastrzeżenia pismem z dnia 6 czerwca 2014 r. (znak: UZP/DKUE/W1/421/6(9)/14/PN(21626)), Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie uwzględnił zastrzeżeń wobec stawianych Zamawiającemu zarzutów, dlatego też przekazał je, na podstawie art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Krajowa Izba Odwoławcza, oceniając zastrzeżenia Zamawiającego w odniesieniu do naruszeń wykazywanych w informacji o wynikach kontroli doraźnej Prezesa UZP ustaliła i zważyła, co następuje.

Pierwszą istotną dla rozstrzygnięcia sprawy okolicznością jest ustalenie przez Izbę zakresu regulacji art. 167 ustawy Pzp. W świetle przepisu art. 167 ust. 1 ustawy Pzp, Zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa UZP umotywowanych zastrzeżeń od wyniku kontroli doraźnej. Dalej, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, Izba wyraża opinię w sprawie zastrzeżeń wniesionych przez Zamawiającego, o ile Prezes UZP nie uwzględni powołanych zastrzeżeń. Biorąc powyższe pod uwagę, Izba uznała, iż rozstrzygając o zasadności wniesionych przez Zamawiającego zastrzeżeń zobowiązana jest uwzględnić informację o stwierdzeniu naruszenia wraz z aktami kontroli

oraz umotywowane zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego, w granicach, jakich Prezes UZP nie uznał ich za zasadne.

Uwzględniając powyższe, a także analizując zakres zarzutów sformułowanych przez Kontrolującego, Izba stwierdziła, iż podziela stanowisko Prezesa UZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp. W ocenie składu orzekającego Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia.

Izba podzieliła przekonanie Prezesa UZP, iż dla uznania określonego podmiotu za zobowiązanego do stosowania przepisów ustawy Pzp zgodnie z przepisem art. 3 ust. 1 pkt 3) ustawy Pzp, koniecznym jest aby podmiot ten posiadał osobowość prawną, aby utworzony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, a ponadto, aby spełniony został jeszcze jedna z przesłanek, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. a)-d) ustawy Pzp.

W rozpoznawanej sprawie, nie było sporne to, że Zamawiający prowadzi działalność w formie spółki akcyjnej, a zatem posiada osobowość prawną, jak również to, że zgodnie z listą akcjonariuszy przekazaną przez Zamawiającego 93,63 % jego akcji należało do Samorządu Województwa Warmińsko-Mazurskiego (stan na lipiec 2013 r.), czyli do jednostki sektora finansów publicznych, co odpowiadało regulacji art. 3 ust. 1 pkt 3) lit. b) ustawy Pzp.

W ocenie Izby, w odniesieniu do Zamawiającego, spełniona została również ostatnia, trzecia przesłanka uznania go za podmiot zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, tj. fakt *„utworzenia go w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego”*. Izba uwzględniła przy tym pogląd wyrażony w uchwale KIO/KD 7/09, gdzie w kontekście powołanego tu wyrażenia Izba zauważyła co następuje: *„Zakres tego pojęcia jest interpretowany szeroko. Zgodnie z wykładnią językową działalnością prowadzącą się do zaspokajania potrzeb powszechnych będzie każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej na oferowanie dóbr i usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu, jeżeli nie jest nastawiona na maksymalizację zysku (niehandlowa i nieprzemysłowa) (P.Granecki, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s.33). Przy czym maksymalizacja zysku oznacza nie tylko zamiar zachowania posiadanego kapitału. Zamiar maksymalizacji zysku jest czymś więcej niż tylko wolą unikania utraty substancji majątkowej. Dlatego nawet podmiot zorganizowany na wzór przedsiębiorcy nastawionego na maksymalizację zysku, a więc działający w formie spółki prawa handlowego, prowadzący rachunkowość*

na zasadach komercyjnych, może być uznany za podmiot, który nie posiada charakteru przemysłowego lub handlowego (G.Wicik, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s.61). Przesłanka ta jest bowiem spełniona, gdy działalność handlowa lub przemysłowa jest determinowana przez inne, zwłaszcza publiczne cele, w tym również wtedy, gdy działalność polegająca na zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego lub handlowego, stanowi jedynie niewielką część działalności danego podmiotu, zaś przeważająca jest działalność handlowa (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”). Status podmiotu prawa publicznego nie zależy więc od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego lub handlowego. Przesądza o tym charakter powierzonych zadań, o ile są one powiązane z działalnością państwa.

Istotnym jest więc, czy celem, dla którego dany podmiot został utworzony jest działalność nastawiona na zaspokajanie potrzeb powszechnych i, czy taki zapis znajduje się w akcie założycielskim. Powody utworzenia konkretnej instytucji są bowiem okolicznością przesądzającą o zakwalifikowaniu jej działalności jako działalności publicznej. Jednak ważne jest nie tylko to, co zostało zapisane w dokumentach, ale i faktyczny cel powołania osoby prawnej. (...) Jednocześnie należy podkreślić, że nawet gdyby dany podmiot nie został pierwotnie utworzony w celu zaspokajania potrzeb powszechnych, to istotne jest jaką działalność faktycznie wykonuje.

Również w sytuacji, gdy powiązania określonego podmiotu z państwem lub organem państwowym mają charakter pośredni, istnieje możliwość wpływania przez państwo na zamówienia udzielane przez zamawiającego i w takich wypadkach ETS stwierdzał zaliczenie podmiotu do zamawiającego (M.Stachowiak, Prawo Zamówień Publicznych, Komentarz, Warszawa 2007, s. 44-45).

Instytucja, aby mogła być zakwalifikowana jako instytucja prawa publicznego musi być ustanowiona w celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym. Potrzebami o charakterze powszechnym będą takie potrzeby, których zaspokajanie jest ściśle powiązane z instytucjonalnym funkcjonowaniem państwa oraz służy pożytkowi społeczeństwa jako całości (wyrok ETS z dnia 15.01.1998 r., sygn. C-44/96 w sprawie „Mannesmann”), przy czym „powszechny” nie oznacza „dostępny dla wszystkich, a w znaczeniu „dotyczący wielu, dostępny dla wielu”, czy też dla tych, którzy spełniają warunkami określone odpowiednimi przepisami (G.Wicik, Tamże, s. 60).”

Podobne zapatrywanie na ocenę faktu powiązania działalności wykonywanej przez podmiot zobowiązany do stosowania ustawy z działalnością państwa wyraziła Izba w orzeczeniu

KIO 144/14, gdzie stwierdziła ona, że „Zgodnie z orzecznictwem TSUE w zakresie wykładni pojęcia podmiotu prawa publicznego, która to instytucja została transponowana z prawodawstwa unijnego (dyrektywa sektorowa 2004/17/WE oraz dyrektywa klasyczna 2004/18/WE) do prawa polskiego w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, pojęcie to powinno być interpretowane szeroko i funkcjonalnie. W wyroku z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C-44/96 Mannesmann Anlagenbau Austria AG i inni v. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECR 1998, nr 1, s. I-00073, TSUE zdecydował, że o uznaniu danego podmiotu za zamawiającego przesądza powiązanie powierzonych mu zadań z działalnością państwa. W orzecznictwie wskazano także, że podmiot faktycznie zaspokajający potrzeby o charakterze powszechnym, bez względu na określenie celu działalności w momencie jego utworzenia, będzie instytucją prawa publicznego, a zatem nawet jeśli nie był utworzony w tym celu, a zadania takie przypisano mu później (zob. C-373/00). Trybunał Sprawiedliwości UE wskazał także, że nie ma znaczenia, czy jedynym celem prowadzenia działalności przez podmiot jest zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym, czy też towarzyszy mu prowadzenie działalności o charakterze komercyjnym. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy bowiem od wielkości udziału usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego.”

Kierując się powołaną powyżej argumentacją, Izba stanęła na stanowisku, że przypisanie Zamawiającemu statusu podmiotu prawa publicznego, możliwe jest nawet wtedy, gdy odpowiednie zadania (realizację usług niemających charakteru przemysłowego ani handlowego służących zaspokajaniu potrzeb o charakterze publicznym), odpowiadające swym zakresem zadaniom realizowanym przez państwo, zostały powierzone do realizacji już po dacie utworzenia tegoż podmiotu. Status podmiotu prawa publicznego nie zależy przy tym od wielkości udziału usług niemających przemysłowego lub handlowego charakteru.

Właścicielem większości akcji Zamawiającego jest Samorząd Województwa Warmińsko-Mazurskiego. Zgodnie z art. 14 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 r. o samorządzie województwa (Dz. U. z 2013 r. poz. 596) jednym z zadań wykonywanych przez samorząd województwa jest przeciwdziałanie bezrobociu i aktywizacja lokalnego rynku pracy. Tymczasem art. 7 statutu Spółki w aktualnym brzmieniu stanowi, że: „przedmiot działania spółki wpisuje się w przedsięwzięcia służące rozwojowi województwa warmińsko-mazurskiego i podnoszeniu konkurencyjności jego gospodarki, przygotowaniu przedsiębiorstw i struktur otoczenia biznesowego do współpracy międzynarodowej, dostosowaniu ich oferty do wymagań rynku europejskiego oraz ułatwieniu im dostępu do nowoczesnych, ekologicznych technologii produkcji i nowoczesnych metod zarządzania. Zgodnie z przedmiotem działania spółka może uczestniczyć w projektach dotyczących

minimalizowania zagrożenia bezrobociem przez wspieranie inicjatyw gospodarczych tworzących nowe miejsca pracy, wsparcia dla samorządów zamierzających zracjonalizować zarządzanie mieniem komunalnym i wszelkich inicjatywach przynoszących pożytek regionalnej społeczności. Spółka w ramach przedmiotu swej działalności angażuje się również w promowanie innowacyjności wraz z pozyskaniem wsparcia finansowego i merytorycznego dla jej realizacji, popularyzowanie i wspieranie myśli naukowej, w szczególności wykorzystującej szeroko rozumiane nowe technologie.” Istnieje zatem prosta korelacja pomiędzy powołanymi tu dwoma zapisami. Oczywistym jest też to, że działalność Zamawiającego, mimo iż prowadzona w formie spółki akcyjnej, służy zaspokajaniu potrzeb o charakterze powszechnym, w tym m.in. zwalczaniu bezrobocia na rynku lokalnym. Jak wynika to z powołanego zapisu statutu Spółki, jej działalność jest determinowana przez inne, niż sama chęć osiągnięcia zysku, cele, które są tożsame z celami stawianymi przed samorządem województwa.

Na marginesie jedynie Izba pragnie zauważyć, iż Zamawiający w ostatnich latach prowadził postępowania o udzielenie zamówienia publicznego opierając się na przepisach ustawy Pzp, przykładem jest znana Izbie z urzędu sprawa KIO 299/10, w której wydano orzeczenie merytoryczne – Izba wówczas nie stwierdziła, aby zaistniały podstawy do przyjęcia, że w sprawie nie mają zastosowania przepisy ustawy i nie odrzuciła odwołania.

Również za zasadne Izba uznała stawiane Zamawiającemu zarzuty zaniechania odpowiedniej publikacji właściwych ogłoszeń.

W ocenie Izby, w aktach kontroli nie znalazła potwierdzenia argumentacja Zamawiającego, zgodnie z którą brak było podstaw do uznania tożsamości przedmiotowej i czasowej zleczanych przez niego usług szkoleniowych i doradczych. Podkreślić należy, iż istnienia tożsamości podmiotowej w przypadku tych usług Zamawiający nie kwestionował. Izba nie podzieliła stanowiska Zamawiającego, iż z uwagi na różnych adresatów zleczanych przez niego szkoleń nie możliwe było łączne oszacowanie wszystkich zleczanych przez niego usług. Twierdzeniom tym przeczy treść wniosku o dofinansowanie, gdzie Zamawiający opisał i wycenił w sposób szczegółowy zakładane przez niego koszty, w tym wynagrodzenie trenerów, doradców i konsultantów, niezależnie od tego w jakiej branży działał będzie beneficjent usługi. Wskazano tam również odpowiednią dla każdego modułu zakładaną przez Zamawiającego liczbę lokalizacji szkoleń, czy też dni szkoleniowych. Zauważyć przy tym należy, iż analiza ofert składanych przez poszczególnych wykonawców znajdujących się w aktach kontroli pozwala stwierdzić, iż wykonawcy częstokroć przewidywali prowadzenie przez jednego trenera szkoleń poświęconych różnej tematyce, a zatem nie tylko jeden wykonawca mógł świadczyć usługi szkoleniowe poświęcone różnej

tematyce, ale wręcz mógł on się posługiwać do realizacji tych usług tą samą osobą. Z tych też powodów Izba nie znalazła podstaw do przyjęcia, że Zamawiający wykazał, aby nie było uzasadnionym łączne ustalenie wartości usług szkoleniowych i doradczych realizowanych w ramach kontrolowanego projektu.

Co istotne nie było przy tym sporne w rozpoznawanej sprawie, że Zamawiający w kontrolowanych postępowaniach nie publikował ogłoszeń o zamówieniu w sposób, który odpowiada przepisom wskazanym przez Prezesa UZP.

Dlatego też, podzielając stanowisko Prezesa UZP w zakresie zarzucanych Zamawiającemu naruszeń przepisów ustawy Pzp, Izba uznała, iż Zamawiający w zgłoszonych przez siebie zastrzeżeniach od wyniku kontroli doraźnej nie podważył twierdzeń zawartych w informacji o stwierdzeniu naruszenia. Nie wykazał on bowiem, że jest on zobowiązany do stosowania przepisów ustawy Pzp, a także nie wykazał, że nie istniały podstawy do publikacji odpowiednich ogłoszeń w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

Uwzględniając powyższe, Izba uznała, iż okoliczności naruszeń wskazanych przepisów ustawy ponoszone przez Prezesa UZP znalazły potwierdzenie w aktach kontroli.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza wyraża opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....