

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 sierpnia 2017 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 lipca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Ministerstwo Rozwoju, dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 19 lipca 2017 r., znak sprawy: UZP/DKUE/KU/50/17, w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: *Realizacja branżowego programu promocji branży Moda Polska* (część 8 zamówienia),

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Daniel Konicz
Członkowie: Marek Koleśnikow
Piotr Kozłowski

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w całości.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (zwany dalej: „Prezesem UZP” lub „Kontrolującym”), działając na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art. 169 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U.2015.2164 j.t. ze zm.), zwanej dalej „Pzp”, w okresie od 5 kwietnia 2017 r. do 19 lipca 2017 r., dokonał kontroli uprzedniej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki, przeprowadzonego przez Zamawiającego – Skarb Państwa – Ministerstwo Rozwoju, pn.: *Realizacja branżowego programu promocji branży Moda Polska* (część 8 zamówienia), zwanego dalej „Postępowaniem”.

W „Informacji o wyniku kontroli uprzedniej” z dnia 19 lipca 2017 r. (dalej: „Informacja”) Kontrolujący stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów (1) art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp oraz (2) art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp, co stanowiło konsekwencję następujących ustaleń faktycznych i argumentacji prawnej.

1. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Kontrolujący podał, że jak wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, w części II lit. D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia („JEDZ”) – „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”, wykonawca Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. (dawniej – Polska Agencja Inwestycji i Inwestycji Zagranicznych S.A. – „PAIIZ”), zwany dalej „Wykonawcą” lub „Agencją”, wskazał części zamówienia jakie zamierza zlecić podwykonawcom w każdej z ww. części zamówienia. Należą do nich:

- 1) projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w szczegółowym opisie przedmiotu zamówienia („SOPZ”) imprezach targowych,
- 2) przygotowanie scenariusza i produkcja filmu promocyjnego w technologii 360,
- 3) przygotowanie internetowych kampanii promocyjnych,
- 4) przygotowanie projektu i druk folderu promocyjnego,
- 5) przygotowanie projektów i produkcja gadżetów,
- 6) obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ.

Jednocześnie Agencja podała, że „dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami”.

Ponadto, w część IV lit. C pkt 10 JEDZ Wykonawca oświadczył, że zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia: 60%.

W toku kontroli pismem z 25 maja 2017 r. Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego m.in. o informację, czy zakres podwykonawstwa był przedmiotem wyjaśnień (uzupełnień) przez Zamawiającego i czy Zamawiający dysponuje szczegółowym wykazem prac, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach każdej z ww. 9 części zamówienia oraz ich procentowym zakresem w ramach każdej z ww. części z osobna.

Pismem z 30 maja 2017 r. Zamawiający udzielił następujących wyjaśnień:

„[...]w toku negocjacji Strony omawiały zakres czynności powierzonych do realizacji podwykonawcom osobno dla każdej części zamówienia. Informacje te były ustalane w kontekście liczby osób bezpośrednio realizujących i koordynujących wykonanie umów w imieniu Wykonawcy, a których obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę został zawarty w § 3 ust. 6 projektu umowy.

Z uwagi na procedury dotyczące wyboru podwykonawcy obowiązujące w Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. Zamawiający odstąpił od wymogu żądania wskazania nazw podmiotów które będą działały jako podwykonawca. Obowiązek niezwłocznego informowania Zamawiającego o zakresie zleczanych podwykonawcom usług oraz wskazania firm, które będą pełnić rolę podwykonawcy został zawarty w § 3 ust. 9 projektu umowy.

Z uwagi na zbieżność niektórych działań w ramach poszczególnych części zamówienia (takich jak: projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ imprezach targowych, przygotowanie projektów i produkcja gadżetów; obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ) rozważana była kwestia wyboru jednego podwykonawcy dla wszystkich części.[...]”.

Informacja na temat szczegółowego zakresu podwykonawstwa w ramach poszczególnych części została przedstawiona w piśmie z dnia 29 maja 2017 r., w którym podniesiono: „[...]Brak możliwości wskazania na obecnym [etapie – dop. wł.] przez wykonawcę nazw firm podwykonawców wynika z faktu, iż wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych[...]”. Jednocześnie wskazano wykaz prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach poszczególnych części zamówienia. W przypadku przedmiotowego zamówienia są to:

- 1) projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ imprezach targowych,
- 2) przygotowanie scenariusza i produkcja filmu promocyjnego w technologii 360,
- 3) przygotowanie internetowych kampanii promocyjnych,

- 4) przygotowanie projektu i druk folderu promocyjnego,
- 5) przygotowanie projektów i produkcja gadżetów,
- 6) obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ,

łącznie 60% wartości zamówienia.

Na podstawie ww. informacji pismem z dnia 9 czerwca 2017 r. Kontrolujący zwrócił się ponownie do Zamawiającego o informację, czy którekolwiek z zadań przeznaczonych do realizacji przez podwykonawców należą do tzw. zadań o charakterze głównym.

W przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o wskazanie, jakie to są zadania i w ramach których postępowań.

W odpowiedzi z dnia 12 czerwca 2017 r. Zamawiający wskazał: „[...]realizacja zamówienia, tj. realizacja programów promocji ma na celu działania promujące wybrane polskie specjalności eksportowe na rynkach zagranicznych, a działania przypisane poszczególnym częściom zamówienia m.in. organizacja narodowych stoisk informacyjnych podczas wskazanych targów, organizacja misji przyjazdowych dla zagranicznych dziennikarzy i kontrahentów, realizacja kampanii w Internecie mają wpływ na efekt końcowy realizowanych programów. W związku z tym, określenie zadań objętych przedmiotem zamówienia, które miałyby charakter główny jest niezmiernie trudne. W opinii zamawiającego za takie zadanie można uznać organizację narodowych stoisk informacyjno-promocyjnych na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych, które jest przewidziane w ramach każdej części zamówienia i stanowi jego niezbędny element. Przy takiej interpretacji pozostałe zadania mają charakter pomocniczy, mający na celu wzmocnienie efektu promocyjnego. Mając na względzie powyższe w ramach zadania polegającego na organizacji narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego, zgodnie z informacją przekazaną do Państwa pismem z dn. 30 maja br., PAIH zamierza powierzyć podwykonawcom część tego zadania w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, pozostała część zadania określona w opisach przedmiotów zamówienia będzie realizowana przez PAIH[...]”.

Mając na uwadze powyższe ustalenia Prezes UZP wskazał, że zgodnie z art. 7 ust. 1 Pzp, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności i przejrzystości. Z kolei zgodnie z art 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, po łącznym spełnieniu poniższych warunków:

- a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby

- prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,
- b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań, powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,
 - c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Powyższe oznacza, że do istoty określonego powyżej zamówienia typu *in-house* należy po pierwsze, udzielenie go określonej osobie prawnej (wykonawcy) w wyniku przeprowadzonych z nią negocjacji w trybie z wolnej ręki (a więc z pominięciem trybów konkurencyjnych) i pod warunkiem łącznego spełnienia wymogów wskazanych w ww. przepisie. Po drugie, wykonywanie zadań objętych zamówieniem typu *in-house* ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego zamawiającego, albo zasobów podmiotów ściśle od danego zamawiającego uzależnionych. Tym samym, aby uzyskać zamówienie typu *in-house*, co do zasady, wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację.

Z kolei, zamawiający udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że wykonawca, tj. kontrolowany przez niego podmiot, jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Mając na uwadze treść art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, nie można jednak całkowicie wyłączyć w przypadku udzielenia zamówień typu *in-house*, w tym zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, możliwości udzielenia uzyskanego przez wykonawcę w ten sposób zamówienia kolejnym podmiotom – podwykonawcom. Z uwagi natomiast, na opisany powyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, przyjąć należy, że wynikająca z art. 36a ust. 1 Pzp ogólna możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną, wykonania części zamówienia podwykonawcom, powinna być interpretowana, w tym przypadku, w sposób zawężający.

Kontrolujący stwierdził, że co do zasady kontrolowany przez zamawiającego podmiot, może otrzymać do realizacji na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, zamówienie typu *in-house*, jeśli jest zdolny do jego samodzielnej realizacji. Jeśli danego zamówienia typu *in-house* kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom – to ze swojej istoty zamówienie typu *in-house* przestaje mieć taki charakter. Podkreślił, że zgodnie z zamieszczoną na stronie www.uzp.gov.pl opinią dotyczącą zamówień typu *in-house* „[...]Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznym podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się

zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Pzp. Dopuszczalne natomiast wydaje się podzlecenie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie Pzp[...].”

Prezes UZP dodał, że zgodnie ze wspomnianą opinią „[...]W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której instytucje zamawiające podzlecałyby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień.[...]”.

Kontrolujący skonstatował, że niczym nieograniczone dopuszczenie możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zadań powierzonych w ramach zamówienia typu *in-house* uzyskanego na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp, stanowi istotne zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania tego typu mechanizmu udzielania zamówień publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na zasadach niekonkurencyjnych, z pominięciem procedur udzielania zamówień publicznych, podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającego i zdolnemu do jego samodzielnego wykonania. Taka praktyka pozostaje w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

W związku z powyższym, dopuszczenie w Postępowaniu nieograniczonej możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia zadań, zwłaszcza co do których Zamawiający wskazał, że mają charakter główny, świadczący o istocie udzielanego zamówienia, tj. zaprojektowania i zabudowy narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego w ramach organizacji przedmiotowego stoiska, stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Prowadzi ono bowiem do udzielenia części zamówienia o charakterze głównym z pominięciem trybów podstawowych udzielenia zamówienia, oraz z pominięciem zasad ogólnych dotyczących udzielania zamówień publicznych, w tym zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości zamówień publicznych, podmiotowi nie spełniającemu warunków wynikających z treści art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Zarówno informacja zawarta w części II lit. D JEDZ, zgodnie z którą „[...]Dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami[...]”, jak również informacja zawarta w piśmie Agencji z 29 maja 2017 r., wskazująca że „[...]wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych[...]”, nie gwarantuje pełnego poszanowania

zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu podkreślić należy, że aż 60 % zamówienia udzielonego w ramach *in-house* zostanie zrealizowane przez podwykonawców.

Zdaniem Kontrolującego zasygnalizowany w ww. dokumentach zamiar stosowania przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego zamówienia *in-house* przepisów Pzp w celu wyboru podwykonawców, nie może przesądzać *a priori*, że ww. wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w Pzp trybów konkurencyjnych. Użyte przez wykonawcę sformułowanie „powierzenie zadań podwykonawcom z zastosowaniem ustawy Pzp”, oznacza jedynie, że do ich wyboru stosowane będzie Pzp, co nie wyklucza możliwości zastosowania jednego z przewidzianych w niej tzw. trybów niekonkurencyjnych. Co więcej, zadeklarowana przez wykonawcę intencja nie oznacza, że w praktyce dochowane zostaną wszystkie obowiązki i nakazy wynikające z przepisów Pzp. Na obecnym etapie Postępowania nie można zatem wykluczyć powstania ryzyka, że całość lub znacząca część zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach *in-house*, nie zostanie udzielona podwykonawcom z zastosowaniem trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie Pzp. Ponadto, tego typu zastrzeżenie nie gwarantuje, że zamówienie które ma zostać udzielone podwykonawcom, nie zostanie podzielone na części, z których każda nie będzie przekraczała progu kwotowego, od którego uzależnione jest stosowanie ustawy Pzp (wyrażona w złotych równoważność kwoty 30.000 €). Tym samym, można uznać, że mimo zastrzeżenia poczynionego w części II lit. D JEDZ, możliwa jest sytuacja, w której aż 60% zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach zamówienia *in-house* zostanie udzielone podmiotom nie spełniającym przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp z pominięciem stosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie, chociażby z uwagi na możliwość zastosowania art. 4 ust. 1 pkt 8 Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp

Prezes UZP wskazał, że z dokumentacji Postępowania wynika, że Zamawiający zastosował do jego udzielenia tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i udzielił przedmiotowego zamówienia Agencji. Uzasadniając zastosowanie ww. trybu, zamawiający wskazał m.in., że Wykonawca jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, wobec której aktualnie uprawnienia właścicielskie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów. Powyższe, zdaniem Zamawiającego, konsumuje przesłankę sprawowania kontroli, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania jej sprawami. Ponadto, z informacji przekazanych przez PAIlIZ (oświadczenie z 16 grudnia 2016 r.) wynika, że:

- 1) Ministerstwo Rozwoju sprawuje nad PAIlIZ kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na

cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej,

- 2) PAIlIZ ponad 90% swojej działalności, określonej na podstawie wysokości osiągniętych przychodów, ustalonych w oparciu o art. 67 ust. 8 Pzp, wykonywała na rzecz Skarbu Państwa,
- 3) w PAIlIZ nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Powyższe, zdaniem Zamawiającego, oznacza „[...]spełnienie przez PAIlIZ przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w brzmieniu obowiązującym od dnia 1 stycznia 2017 r., a co za tym idzie możliwość udzielenia Agencji przez Ministerstwo Rozwoju zamówienia w trybie z wolnej ręki, tzw. zamówienia *in-house*.[...]”.

Postępowanie zostało wszczęte w dniu 24 lutego 2017 r. (przekazanie Agencji zaproszenia do negocjacji w zakresie części nr 8 zamówienia).

Pismem z dnia 13 kwietnia 2017 r. Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących charakteru zmian dokonanych w statucie PAIlIZ oraz przekazania kopii dokumentów, w tym m.in. statutu PAIlIZ oraz analiz prawnych w zakresie zasadności wyliczenia procentu swojej działalności w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa.

Pismem z dnia 17 maja 2017 r. Zamawiający przekazał m.in. statut Wykonawcy oraz oświadczenie o spełnianiu przez spółkę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i udzielił poniższych wyjaśnień.

„[...]Zmiana statutu PAIlIZ na Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu dnia 13.12.2016 r. wprowadziła m.in. zmiany:

- 1) uległa zmianie nazwa spółki[...]”.

Zamawiający wskazał również na zmianę sposobu głosowania nad uchwałami spółki oraz uchwałami Walnego Zgromadzenia, kadencji Zarządu i jego regulaminu, oraz liczby członków Rady Nadzorczej.

Pismem z dnia 25 maja 2017 r. Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego o informacje:

- 1) jaki próg procentowy w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAIlIZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, stanowią zadania powierzone PAIlIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, tj. w omawianym powyżej trzyletnim okresie kolejno przez Ministra Skarbu Państwa, Ministra właściwego ds. gospodarki, a następnie przez Ministra Rozwoju i Finansów

(ministra właściwego ds. gospodarki) oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę.

- 2) czy wszystkie zadania wskazane w piśmie Wykonawcy z dnia 26.04.2017 r. – tabela nr 1 kolumna pierwsza „Tytuł realizacji”, są zadaniami powierzonymi PAliIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę.

W przypadku odpowiedzi przeczącej, poproszono o wskazanie zadań wymienionych w przedmiotowej tabeli, które do nich nie należą.

- 3) wyjaśnienie sposobu wyliczenia średniego przychodu PAliIZ w latach 2014-2016, oraz procentowego udziału zadań powierzonych PAliIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w ramach tego przychodu, tj. wskazania co stanowiło jego podstawę, np. czy były to sprawozdania finansowe za lata 2014-2016.

Pismem z dnia 30 maja 2017 r. Zamawiający udzielił poniższych wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia Agencji (pismo z dnia 29 maja 2017 r.):

„[...]”

- 1) W ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliH w odniesieniu do usług, dostaw, lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, zadania powierzone przez podmiot sprawujący kontrolę (...) oraz przez inne osoby prawne nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę procentowy udział w tym względzie wynosi 91,18%, w tym 88,16% stanowią zadania powierzone PAliH przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP, a 3,02% stanowią zadania powierzone przez inne organy administracji publicznej, które powierzając zadania sprawują kontrolę w imieniu Skarbu Państwa, który w przypadku każdego z tych podmiotów jest zamawiającym.
- 2) Zadania wymienione w piśmie z 26.04.2017 r., w Tabeli nr 1 dotyczą głównie zadań powierzonych przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP.
- 3) Średni przychód spółki obliczono dodając przychody wg zapisów z ksiąg rachunkowych zbadanych pozytywnie przez biegłego rewidenta, z kolejnych lat, tj. roku 2014, 2015 i 2016, oraz dzieląc uzyskany wynik (suma) przez 3, bez względu na fakt w ilu latach dany tytuł realizowanego zadania występował. Procentowy udział ustalono poprzez wskazanie proporcji dla danej działalności, tj. uśrednionej sumy

w pozycji «Pozostała działalność» oraz «Zadania powierzone» i przyrównanie tych kwot do średniej wartości przychodów ogółem.

[...]”.

Pismem z dnia 2 czerwca 2017 r. Kontrolujący zwrócił się do Zamawiającego o informacje:

- 1) czy w okresie od 1 stycznia 2014 r. do 30 czerwca 2016 r. zamawiającym sprawującym kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, nad PAIiZ był Minister Skarbu Państwa czy też Minister Gospodarki.
- 2) czy wskazany w piśmie z 30 maja 2017 r. próg procentowy wynoszący 91,18% obejmował również zadania zlecone PAIiZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30 czerwca 2016 r. Jeżeli tak, jaki był procentowy udział, w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAIiZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie przedmiotowego zamówienia, zadań powierzonych PAIiZ przez Ministra Skarbu Państwa oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował kontrolę w ww. trzyletnim okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia.
- 3) jeżeli wskazany próg procentowy 91,18% nie obejmuje zadań zleconych PAIiZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30 czerwca 2016 r., lecz jak wynika z ww. pisma z dnia 30.05.2017 r. obejmował „[...]zadania powierzone PAIH przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP[...]” – poproszono o wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż ww. zadania były w okresie od 1 stycznia 2014 r. do 30 czerwca 2016 r. zadaniami powierzonymi PAIiZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Pismem z 6 czerwca 2017 r. Zamawiający udzielił wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia Agencji (pismo z 6 czerwca 2017 r.), z których wynika, że Minister Skarbu Państwa do dnia 30 czerwca 2016 r. wykonywał uprawnienia z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w PAIiZ, „[...]nadając Agencji Statut wskazał w przedmiocie działania zakres zadań do realizacji i określił jej cele, a tym samym powierzył Agencji te cele i zadania do realizacji[...]”. Jednocześnie, w części nadzór właścicielski był także sprawowany przez Ministra Gospodarki (§ 29 ust. 1 statutu PAIiZ z dnia 8 sierpnia 2012 r.), który to Minister był jednocześnie podmiotem finansującym zadania powierzone Agencji przez Ministra Skarbu. Ponadto, zgodnie z Zarządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 16 listopada 2012 r. w sprawie podziału pracy w Kierownictwie Ministerstwa Gospodarki (Dz. Urz. MG z 2012 r., poz. 23) nadzór nad wykonywaniem zadań przez PAIiZ sprawował jeden z Podsekretarzy Stanu. Tak więc w

sytuacji dotyczącej Wykonawcy uznać należy, że podmiotem zamawiającym, sprawującym kontrolę w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, jest w stosunku do niego Skarb Państwa, który swoje uprawnienia wykonuje w różnych okresach i w różnym zakresie przez wskazane *statio fisci* – organy administracji. W kontekście powyższych wyjaśnień w okresie od 1 stycznia 2014 do 30 czerwca 2016 r. zamawiającym sprawującym kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa i Ministra Gospodarki.

W odniesieniu do usług, dostaw, lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia od podmiotów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, tj. 91,18%, nie ma zadań finansowanych przez Ministra Skarbu, zaś zadania te były realizacją zadań statutowych powierzonych Agencji przez Ministra Skarbu.

Pismem z 9 czerwca 2017 r. Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego o dalsze wyjaśnienia i wskazanie, jaki jest procent ww. zadań powierzonych przez Ministra Skarbu Państwa w ramach pozostałych 3,02% zadań składających się na ogólną wartość 91,18% w omawianym 3 letnim okresie.

Pismem z 12 czerwca 2017 r. Zamawiający przekazał pismo Wykonawcy, w którym wyjaśniono, że „[...]pozostałe 3,02% zadań stanowią:

- zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych na podstawie umowy z dnia 16 października 2015 r. – 2,31%,
- zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na podstawie umowy z dnia 29 stycznia 2016 r. – 0,44%,
- inne zlecenia jednorazowe finansowane przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki – 0,29%.

Reasumując, powyższe zadania określaliśmy w poprzednich pismach jako zadania statutowe Agencji, powierzone w imieniu Skarbu Państwa przez Ministra Skarbu Państwa w chwili ustalania statutu, zaś finansowanie tych zadań było dokonywane w imieniu Skarbu Państwa w sposób opisany powyżej, to jest przez podmioty działające w imieniu Skarbu Państwa.[...]”.

Pismem z 23 czerwca 2017 r. Kontrolujący, mając na uwadze udzieloną odpowiedź, zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu powierzania przez Ministra Skarbu Państwa zadań w ramach poniższych umów:

- 1) umowa z dnia 16 października 2015 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych – 2,31%),
- 2) umowa z dnia 29 stycznia 2016 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji).

Pismem z 26 czerwca 2017 r. Zamawiający przekazał w załączeniu wyjaśnienia Agencji w zakresie sposobu powierzania zadań w ramach ww. umów zawartych z Ministrem Spraw Zagranicznych oraz Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji, zgodnie z którymi:

„[...]”

- 1) Przedmiotem umowy zawartej przez PAIH S.A. ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Zagranicznych jest organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, mających na celu prezentację gościom z zagranicy, tj. przedstawicielom świata polityki, gospodarki, środowisk naukowych, organizacji pozarządowych, administracji publicznej oraz dziennikarzom, dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Powyższe zadania stanowią jednocześnie zadania statutowe PAIH SA, co potwierdza w szczególności zapis par. 3 Statutu PAIH S.A. nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów, który stanowi: «Celem działania Spółki jest prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce.» Tak więc zadania powierzone PAIH S.A. przedmiotową umową przez Ministra Spraw Zagranicznych są komplementarne z zadaniami Ministra Spraw Zagranicznych i w ramach koordynacji kompetencji na szczeblu rządowym, zostały powierzone PAIH S.A. do realizacji na mocy umowy cywilnoprawnej (umowy ramowej zawartej na okres 3 lat, w ramach której MSZ zleca PAIH szczegółowe działania na mocy tzw. umów wykonawczych).
- 2) Umowa zawarta przez PAIH S.A. (Partnera) ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji (Liderem Partnerstwa) i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A. (Partnerem) stanowi umowę o partnerstwie na rzecz wspólnej realizacji projektu „Standardy obsługi inwestora w samorządzie”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego. Przedmiotem umowy jest przygotowanie standardów obsługi inwestora w jednostkach samorządu terytorialnego wykorzystywanych w procesie pozyskiwania inwestorów, co stanowi zadanie statutowe Agencji, zawarte w par. 3 Statutu PAIH S.A. Jednocześnie podkreślam, iż PAIH S.A. w piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r. wskazała, iż udział środków pozyskanych przez PAIH S.A. na podstawie tej umowy wynosi 0,44%.

(...)

Ponadto wyjaśniamy, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, w żaden sposób nie reglamentuje formy powierzenia zadań przez zamawiającego sprawującego kontrolę,

o której mowa w przepisie zawartym pod lit. a) pkt 12 ust. 1 art. 67 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższego, jeśli Prezes UZP zakwestionowałby zaliczenie powyżej wymienionych zadań do ustalenia średniego przychodu osiągniętego przez PAIH za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia – zgodnie z przepisem art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, to wskazuję na możliwość alternatywnego sposobu ustalenia średniego przychodu PAIH S.A., tj. na podstawie przepisu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Wyjaśniam, iż PAIH S.A. w zasadniczy sposób zmienia zakres swojego finansowania i realizacji zadań statutowych. Obecnie procedowana jest w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAIH SA, która przewiduje otrzymywanie przez PAIH S.A. środków pochodzących z budżetu państwa, m.in. w formie dotacji podmiotowej, dotacji celowych oraz środków unijnych. Prognozowana skala przychodów z powyższych tytułów, przewidywana na lata 2017/2018 to kwota ok. 46 000 000,00 PLN, dodatkowo PAIH S.A. ma uzyskać przychody od Skarbu Państwa również z innych tytułów, co potwierdza, iż struktura przychodów PAIH S.A. ulegnie znaczącej zmianie, co uprawnia do ustalania średniego przychodu PAIH za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

[...].”

W konsekwencji powyższych ustaleń Prezes UZP ponownie przytoczył przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i wyjaśnił, że analizując jego część wstępną należy zauważyć, że wyraźnie określa on, jakie podmioty należy uznawać za zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Należą do nich podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp. Tym samym, przez zamawiających wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, rozumieć należy następujące grupy podmiotów:

- 1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych,
- 2) inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
- 3) tzw. podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp),
- 4) związki podmiotów określonych w pkt 1-3 powyżej.

Tym samym, zamawiającymi, którzy mają prawo udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, są wyłącznie podmioty, które należą do jednej ze wskazanych powyżej grup.

Powyższe twierdzenie jest spójne z wydaną, na potrzeby przedmiotowej kontroli uprzedniej, opinią Departamentu Prawnego z 23 maja 2017 r., zgodnie z którą: „[...]Przepis ten rozstrzyga zatem, że poprzez zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp wskazują na następujące grupy

zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp – jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, tzw. podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów.(...)Przepis art. 3 ustawy Pzp (wraz z odesłaniem do ustawy o finansach publicznych) nie wskazuje, że zamawiającym może być bezpośrednio Skarb Państwa. Skarb Państwa jest szczególną osobą prawną, mającą szczególne właściwości.(...)Posiadanie przez Skarb Państwa osobowości prawnej nie oznacza jeszcze, że jest on samodzielnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.(...)Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z wszystkimi konsekwencjami w zakresie odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.(...)Z okoliczności, że osoba prawna, której planowane jest powierzenie realizacji zamówienia wewnętrznego, jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa (Skarb Państwa ma w spółce 100% udziałów) – nie oznacza, że Skarb Państwa jest zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i Skarb Państwa (poprzez dowolnego *stationes fisci*) może udzielić zamówienia. Reprezentantem Skarbu Państwa w tym przypadku jest właściwy minister. Jeżeli zakres kontroli Ministra Rozwoju i Finansów nad osobą prawną, odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, i polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, oznacza to, że spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp pozwalająca na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Możliwość udzielenia takiego zamówienia tej osobie prawnej przez innego reprezentanta Skarbu Państwa (*stationes fisci*) będzie możliwe tylko jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycję z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp.[...].”

Kontrolujący stwierdził ponadto, że brak spełnienia chociażby jednego ze wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a-c) Pzp warunków, wyklucza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na jego podstawie. O ile, w oparciu o dokumentację Postępowania można uznać, że przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c) Pzp zostały spełnione, to przechodząc do analizy przesłanki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp wskazać należy co następuje.

Zgodnie ze wspomnianym przepisem ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a). Przepis ten nie określa zamawiającego odmiennie niż jest to wskazane w lit. a) ww. przepisu. Tak więc za zamawiającego, o którym w nim mowa uznać należy

(omówione powyżej) podmioty należące do jednej z grup wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp.

Jednocześnie, badając spełnianie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) Pzp, rozróżnić należy dwa możliwe rozwiązania:

- 1) do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, należy uwzględnić średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 67 ust. 8 Pzp).
- 2) w przypadku podmiotów, w stosunku do których, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, należy ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych (art. 67 ust. 9 Pzp).

Zgodnie z cytowaną powyżej opinią Departamentu Prawnego UZP z 23 maja 2016 r. „[...]w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a) – bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu, zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z podstawową działalnością spółki, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (realizowanie zadania na rzecz innego ministra niż kontrolującego, dotyczy działalności spółki, ale pozostaje neutralne względem zadań zleconych przez kontrolującego ministra) to taka działalność dodatkowa zasadniczo nie powinna wchodzić w zakres wymaganych 90% działalności.[...]”.

W związku z powyższym, brak jest możliwości zaliczenia do zadań powierzonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, zadań wynikających ze wspomnianych powyżej umów zawartych ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Zagranicznych i Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz innych zleceń jednorazowych finansowanych przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki. Oznacza to, że jedynie 88,16 % wskazanych przez zamawiającego zadań powierzonych Agencji przez Ministra Gospodarki, a następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP można uznać za działalność dotyczącą wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp. Nie została zatem spełniona przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp. Powyższe oznacza brak możliwości udzielenia kontrolowanego zamówienia Wykonawcy w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp i stanowi naruszenie ww. przepisów mające wpływ na wynik Postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 Pzp, Prezes UZP zalecił unieważnienie Postępowania, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, jako że Zamawiający z naruszeniem Pzp zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Na marginesie, w nawiązaniu do pism Zamawiającego z 26 czerwca i 7 lipca 2017 r. wskazujących na alternatywną możliwość zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 9 Pzp, Kontrolujący wyjaśnił, że Zamawiający w celu obliczenia procentu działalności Agencji, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, zastosował art. 67 ust. 8 Pzp. W związku z tym Prezes UZP podkreślił, że poniższe rozważania na temat ewentualnej możliwości zastosowania art. 67 ust. 9 Pzp, mają charakter czysto teoretyczny i nie mogą prowadzić do zmiany przyjętych na etapie wszczęcia niniejszego postępowania podstaw prawnych ustalenia procentu działalności Wykonawcy, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp skutkujących zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia typu *in-house*.

Zgodnie z art. 67 ust. 9 ustawy Pzp w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Prezes UZP stwierdził, że z uwagi na fakt, że spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia danego postępowania, uznać należy, że wskazane w ww. pismach planowane przekształcenia Agencji w zakresie jej finansowania i realizacji zadań statutowych (procedowana w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Agencję), nie uprawniają Zamawiającego na obecnym etapie Postępowania do ustalania procentu działalności Wykonawcy, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp. Tym samym, rozważenie zasadności zastosowania art. 67 ust. 9 Pzp zasadne będzie do zamówień *in-house* planowanych do udzielenia w przyszłości, po doprowadzeniu do końca ww. procesu legislacyjnego i wejściu w życie procedowanej ustawy. Ponadto Kontrolujący podał, że przedstawione przez Zamawiającego informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 Pzp reorganizacji działalności ww. wykonawcy jeszcze nie doszło. Jak wynika z porównania treści § 3 Statutu PAIilZ z 8 sierpnia 2012 r. oraz § 3 Statutu PAIH zawartego w formie Aktu Notarialnego (repertorium A nr 38614/2016), do tej pory nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji. Zgodnie z § 3 Statutu PAIilZ „[...]Celem działania spółki jest promocja Polski i regionów Polski w świecie, ze szczególnym uwzględnieniem promocji polskiej gospodarki, towarów, firm i marek oraz napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych do Polski.[...]”. Natomiast § 3 statutu Agencji stanowi: „[...]Celem działania Spółki jest prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce[...]”. Powyższe wskazuje, że wprowadzona w 2016 r. zmiana statutu Agencji uszczegóławia jej dotychczasowy cel działalności, ale nie uzasadnia twierdzenia, że zmienia go w zasadniczy sposób, który można by określić mianem „reorganizacji” w rozumieniu art. 67 ust. 9 Pzp.

Pismem z 19 lipca 2017 r. Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli (dalej „Zastrzeżenia”), w których stwierdził, co następuje.

1. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Zamawiający stwierdził, że nie może zgodzić się z zawartym na str. 5 Informacji stwierdzeniem, jakoby „[...]wykonanie zadań objętych zamówieniem typu *in-house* ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego Zamawiającego albo zasobów podmiotów ściśle od danego Zamawiającego uzależnionych. Tym samym aby uzyskać zamówienie typu *in-house*, co do zasady wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację.[...]”.

Po pierwsze, w ocenie Zamawiającego, interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 Pzp nie może być dokonywana w oderwaniu od całej regulacji objętej art. 36a Pzp, w tym od normy przepisu ust. 2a tego artykułu, którego dyspozycja jednoznacznie określa zakres i kategorie usług, które wykonawca zamówienia typu *in-house* jest obowiązany wykonać osobiście. Pominięcie dyspozycji art. 36a ust. 2a Pzp nie jest niczym uzasadnione, ponieważ skoro ustawodawca w normie przepisu art. 36a ust. 1 Pzp dopuszcza jako zasadę powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, w ust. 2 tego artykułu wskazuje w jakich przypadkach Zamawiający jest uprawniony do postawienia wymogu osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia, a w normie ust. 2a reguluje podwykonawstwo w przypadku zamówień typu *in-house*, to właśnie ta regulacja określa granice dopuszczalnego podwykonawstwa w takich zamówieniach. Przepis art. 36a ust. 2a Pzp nakazuje wykonawcy osobiste wykonanie zamówienia typu *in-house* jeśli przedmiotem takiego zamówienia jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane. Przedmiot zamówienia w Postępowaniu nie obejmuje swym zakresem żadnej z przytoczonych w przepisie kategorii. Zamawiający w toku kontroli wyjaśnił, że jest nim realizacja programów promocji przez odpowiednie działania promujące wybrane polskie specjalności eksportowe na rynkach zagranicznych. Zakres tych działań obejmuje różnorakie czynności, takie jak: organizacja misji przyjazdowych do Polski zagranicznych dziennikarzy i kontrahentów, organizacja stoisk narodowych na targach, realizacja kampanii w Internecie. Żadne z tych rodzajów działań nie mieści się w pojęciu usług użyteczności publicznej, funkcjonującym w polskim porządku prawnym.

Zamawiający stwierdził, że Pzp nie definiuje pojęcia usług użyteczności publicznej, zatem należy odwołać się w tym zakresie do definicji funkcjonujących w innych ustawach i aktach prawnych. Pojęcie użyteczności publicznej występuje m.in. w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce komunalnej, który stanowi, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych. Zdefiniowaniem pojęcia użyteczności publicznej zajmował się też Trybunał Konstytucyjny, czemu dał wyraz w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt W8/96), wyjaśniając, że do zadań o charakterze użyteczności publicznej należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa i wskazując przykładowy katalog takich zadań, tj. zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizację różnego rodzaju potrzeb kulturalnych. Podobne definiowanie działań o charakterze użyteczności publicznej odnajdujemy w ustawach o samorządzie terytorialnym. Porównanie zakresu przywołanych definicji pojęcia działań o charakterze użyteczności publicznej z zakresem działań objętych przedmiotem kontrolowanego zamówienia

jednoznacznie wskazuje, iż przedmiot zamówienia objęty kontrolowanym postępowaniem nie mieści się w katalogu działań użyteczności publicznej, nie jest bowiem ukierunkowany na zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych, a przeciwnie obejmuje promocje wybranych branż – specjalności eksportowych i już z tej przyczyny nie służy zaspokajaniu potrzeb zbiorowych. Z tych powodów uwzględniając dyspozycję przepisu art. 36a ust. 2a Pzp zarzut naruszenia art. 67 ust.1 pkt.12 w zw. art. 7 ust.1 Pzp jest bezzasadny.

W ocenie Zamawiającego powyższe stanowisko zostało potwierdzone w opinii Prezesa UZP z 15 września 2016 r., otrzymanej w odpowiedzi na zapytanie Zamawiającego o interpretację zapisów zawartych w art. 36a ust. 2a Pzp, zgodnie z którą „[...]nie wynika, aby zadaniom które mają zostać powierzone przez Ministra Rozwoju do wykonania PAlliZ (obecnie PAlIH) w ramach realizacji projektu pn. *Promocja gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe – Marka Polskiej Gospodarki – Brand* można było przypisać ww. cechy usług o charakterze użyteczności publicznej. Istotnie zatem wydaje się, iż do realizacji ww. zadań nie znajdzie zastosowanie ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36 a ust 2a ustawy[...]”.

Po drugie, pomimo że – jak wyżej wykazano – wykonawca przedmiotowego zamówienia typu *in-house*, z uwagi na jego charakter, nie jest zobowiązany do jego osobistego wykonania w całości, to dodatkowo powyższy zarzut jest nieuprawniony także w kontekście definiowania pojęcia „kluczowe części tych usług”. Przepisy Pzp nie definiują tego pojęcia. Posłużenie się pojęciem niedookreślonym wymaga dostosowania zakresu tego zastrzeżenia do konkretnych okoliczności udzielanego zamówienia. Zgodnie z definicją słownikową „kluczowy” to „istotny, podstawowy, główny, najważniejszy”. W doktrynie zamówień publicznych wskazuje się, że kluczowa część zamówienia nie powinna być też rozumiana jako część główna z punktu widzenia skali zamówienia czy wartości wykonywanych prac. W tym kontekście przedmiotem analizy winien być rodzaj czynności wykonywanych osobiście przez wykonawcę oraz sposób organizacji jego wykonania, a nie ich wartość. Zamawiający podkreślił, że Agencja posiada własne zasoby kadrowe przy pomocy których wykona zasadnicze prace koncepcyjno-organizacyjne polegające na opracowaniu koncepcji głównych działań takich jak: koncepcja stoiska narodowego i standardy jego wykonania, koncepcja folderu promocyjnego, koncepcja filmu promocyjnego (pomysł, długość, wymogi techniczne), koncepcja działań kreatywnych, strategia działań promocyjnych w Internecie (plany kampanii), pomysł gadżetów, scenariusze wizyt studyjnych. Powyższy charakter działań wskazuje, że Wykonawca wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy i oparte na jego kluczowym *know-how*. W działaniach promocyjnych/reklamowych, z uwagi na brak mierzalnych parametrów, najistotniejsze są pomysły i koncepcje oraz umiejętności organizacji

całego procesu. Wykonawstwo zaś tych działań sprowadza się do czynności pomocniczych, technicznych i ma charakter uboczny. Agencja będzie też sama dokonywała zakupu/wynajmu powierzchni wystawienniczych na targach. Czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych, takich jak np.: wykonanie projektów technicznych stoisk targowych na podstawie koncepcji opracowanych przez Wykonawcę, wykonanie zabudowy, udostępnienie czasu emisyjnego przez portale, produkcja gadżetów, rezerwacja hoteli, zakup biletów na środki transportu, produkcja filmowa, druk folderów. Ocena istotności działań osobiście wykonywanych przez Agencję prowadzi do wniosku, że wykona ona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości.

Po trzecie, Zamawiający stwierdził, że Prezes UZP zupełnie bezpodstawnie antycypuje, że Wykonawca pomimo złożonej jednoznacznej i wyraźnej deklaracji co do sposobu wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur Pzp, może dopuścić się naruszenia jej przepisów. Powyższe rozważania w tym zakresie nie znajdują żadnej podstawy faktycznej i prawnej. Wręcz przeciwnie doświadczenie wskazuje, że Agencja, wydając środki publiczne, w tym środki unijne nie naruszała przepisów Pzp. Liczne kontrole nie wskazały na takie naruszenia, zaś Prezes UZP nie zgromadził w toku prowadzonej kontroli oraz nie przywołał w uzasadnieniu informacji o wynikach kontroli żadnego dowodu potwierdzającego przyjęte założenie.

Powyższe argumenty, w ocenie Zamawiającego, przeczą zarzutom Kontrolującego o naruszeniu przepisu art. 67 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust.1 Pzp. Nie sposób przy tym z uzasadnienia postawionych zarzutów pokontrolnych wywieść, dlaczego Prezes UZP w zupełności pominął ocenę faktyczną i prawną dyspozycji normy prawnej przepisu art. 36a ust. 2a Pzp, która determinowała możliwość zlecenia w ramach podwykonawstwa przez Agencję części zamówienia o charakterze technicznym, nie kluczowym z punktu widzenia podstawowego celu zamówienia. Co więcej Kontrolujący w zupełności pominął – a w każdym razie nie odniósł się do tego w uzasadnieniu – argumentację prawną Zamawiającego wskazującą na odmienny charakter usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia, nie mieszczących się w pojęciu usług użyteczności publicznej, funkcjonującym w polskim porządku prawnym.

2. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp

Zamawiający zakwestionował stanowisko Prezesa UZP, jakoby do 90% działalności Wykonawcy nie można zaliczyć przychodów uzyskanych od Ministra Spraw Zagranicznych, gdyż jest to inny zamawiający niż kontrolujący Agencję, a zadania realizowane na rzecz Ministra Spraw Zagranicznych są neutralne względem zadań zleconych przez ministra kontrolującego.

Podkreślił, że dokonując wykładni językowej przepisu art 67 ust. 1 pkt 12 Pzp stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Tak więc skoro ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem, że „w 90% działalność obejmuje wykonywanie zadań powierzonych”, lecz sformułowaniem, że „90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych” uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”. Tak więc, biorąc po uwagę wykładnię językową tego przepisu, 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych. W tym kontekście uwzględniając przedmiot umowy zawartej przez Agencję z Ministrem Spraw Zagranicznych, tj. organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, że jej realizacja jest działaniem w sposób oczywisty komplementarnym z działaniami statutowymi Wykonawcy powierzonymi przez Ministra sprawującego kontrolę nad Agencją. Organizowane przez Agencję na rzecz MSZ wizyty studyjne mają na celu prezentację gościom z zagranicy, tj. przedstawicielom świata polityki, gospodarki, środowisk naukowych, organizacji pozarządowych, administracji publicznej oraz dziennikarzom dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Powyższe zadania stanowią jednocześnie zadania statutowe Agencji, co potwierdza w szczególności zapis § 3 jej statutu nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów. Biorąc pod uwagę fakt, że minister sprawujący kontrolę nad Agencją nadaje jej statut, tym samym określa cele, a przez to pośrednio powierza Agencji zadania. Uznać należy, przez analizę m.in. przepisów uchwalonej w dniach 7 lipca 2017 r. ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna i statutu Agencji, że ma ona za zadanie promocję Polski i polskiej gospodarki, a jej zadania nastawione są na realizację tego celu. Tak więc nie ma tu znaczenia jaki podmiot finansuje konkretne czynności wykonywane przez Agencję – znaczenie ma tu fakt, że czynności te dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez kontrolującego, jakim jest właściwy minister. Co więcej, zgodnie z orzecznictwem europejskim przy ocenie możliwości zastosowania trybu *in-house* należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez przedsiębiorstwo.

Przy zastosowaniu powyżej wskazanej konstrukcji, tj. uznaniu, że Zamawiającym jest minister właściwy do spraw gospodarki, a pojęcie zadań powierzonych odnosi się do zadań wykonywanych przez Agencję, niezależnie od jakiego podmiotu pochodzi wynagrodzenie, Agencja spełnia wymóg skali działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp,

bowiem przychody z wykonywania umowy dla MSZ dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego sprawującego nadzór nad PAliH.

Zamawiający stwierdził, że powyższe rozważania oparte są na założeniu, że zamawiającym sprawującym kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp jest minister właściwy do spraw gospodarki. Jednakże zastosowanie językowej wykładni norm prawnych, powinno być poddane weryfikacji przy zastosowaniu wykładni systemowej. Prowadzi ona do wniosku, że podmiotem Zamawiającym, sprawującym kontrolę, jest Skarb Państwa. Zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej Wykonawcy w imieniu Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów o których mowa w art. 67 ust.1 pkt.12 lit. b Pzp.

Uwzględniając powyższe argumenty i wyjaśnienia, zdaniem Zamawiającego, Agencja w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b w zw. z ust. 8 Pzp.

Zamawiający stwierdził następnie, że w dniu wszczęcia Postępowania Agencja spełniała także przesłankę określoną w art. 67 ust. 9 Pzp. Wskazuje on, że w celu wyliczenia procentu działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz Zamawiającego, w przypadku reorganizacji podmiotu należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie, wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego zamawiającego.

Także odnośnie pojęcia „reorganizacja” Pzp nie zawiera definicji legalnej, co oznacza konieczność posłużenia się na cele określenia tego pojęcia definicjami powszechnymi i wypracowanymi przez doktrynę i orzecznictwo. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016) reorganizacja oznacza „zmianę organizacji czegoś”. Natomiast w definicji ekonomicznej reorganizacji działalności przedsiębiorcy znajdują się zarówno zmiany w zakresie reorganizacji wewnętrznej, jak i zmiany związane z przejęciem podmiotu, połączeniem lub nawet jego upadłością, w związku z czym konieczne jest przy dokonywaniu procesu wykładni językowej normy zawartej w art. 67 ust. 9 Pzp uwzględnienie skutków, jakie ustawodawca unijny, jak i polski, wiążą z wpływem reorganizacji na możliwość pozyskania danych o działalności gospodarczej. Tak więc ustawodawca unijny przyjmuje, że wskazane dane wskutek reorganizacji kontrolowanego podmiotu są nieprzydatne lub niedostępne, natomiast ustawodawca polski operuje pojęciami „niedostępne” lub „nieadekwatne”, co w przypadku drugiego pojęcia, zgodnie z definicją językową zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016) oznacza „niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający”. Tym samym proces reorganizacji

podmiotu kontrolowanego powinien istotnie wpływać na możliwość pozyskania odpowiednich danych o jego działalności gospodarczej potwierdzających występowanie w danej sytuacji przesłanki zależności ekonomicznej. Jednocześnie należy przyjąć, że brak możliwości ustalania wskazanych danych lub ich nieadekwatność musi wynikać z okoliczności „obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych. Terminu tego w ustawie nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia, *etc.*, zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty.

Zamawiający podkreślił, że bogate orzecznictwo sądów cywilnych i administracyjnych wskazuje, że pod pojęciem „reorganizacji” uznaje się szereg sytuacji w tym: zmiana/rozszerzenie przedmiotu działalności, zmiana struktury właścicielskiej, zmiany struktury organizacyjnej, likwidacja lub tworzenie nowych komórek, przekazanie części wykonywanych usług podmiotom zewnętrznym, likwidacja lub tworzenie nowych komórek.

W tym kontekście, Agencja niewątpliwie w zasadniczy sposób zmienia zakres swoich zadań oraz zakres i sposób finansowania, co oznacza iż podlega procesowi reorganizacji.

Zgodnie z uchwałą Nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” Agencji powierza się nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, w szczególności poprzez wspieranie polskich przedsiębiorstw za granicą za pomocą utworzonych nowych struktur, stanowiących zasadniczą zmianę struktury organizacyjnej Agencji, co wynikało m.in. z negatywnej oceny działalności Wydziałów Promocji Handlu i Inwestycji, które były tworzone w stolicach państw przy ambasadach RP, a nie w centrach prowadzenia działalności gospodarczej.

W takich okolicznościach zdecydowano o potrzebie skupienia zadań realizowanych dotychczas przez Wydziały Promocji Handlu i inwestycji w jednej instytucji, która stanie się punktem pierwszego kontaktu dla eksportera i inwestora i stanowić będzie centrum wiedzy dla przedsiębiorcy planującego rozwój działalności inwestycyjnej bądź eksportowej. Potwierdzeniem powyższych założeń jest usytuowanie zadań i roli Wykonawcy w „Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030)” przyjętej uchwałą

Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., w której wskazano Agencję jako podmiot wiodący w zakresie promocji polskiej gospodarki.

W konsekwencji powyższych ustaleń trwa proces reorganizacji następujący poprzez:

- 1) powierzenie Wykonawcy z dniem 2 września 2016 r. do realizacji zadania pn. „Wspieranie polskich przedsiębiorców w ekspansji eksportowej na wybranych rynkach”, polegającego na sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji pn. Zagraniczne Biura Handlowe, co odpowiada reorganizacji o której w przepisie art. 67 ust. 9 Pzp. Zadanie to było realizowane w dniu wszczęcia Postępowania i jest nieprzerwanie realizowane do chwili obecnej. Dodatkowo, w lutym 2017 r. Agencja utworzyła w Kenii spółkę zależną, której celem jest także realizowanie zadań przewidzianych dla zagranicznych Biur Handlowych. Jest to nowe zadanie Wykonawcy, polegające na wspieraniu eksportu, które w dotychczasowej działalności realizował w znikomym zakresie, co potwierdzają kwoty środków przyznawanych mu na ten cel w umowach dotacyjnych, wskazujące na zasadniczy, znaczący wzrost tych środków począwszy od 2016 r.,
- 2) dokonanie przez Skarb Państwa zmiany nazwy Agencji, co nastąpiło z dniem 02.02.2017 r. (data wpisu w rejestrze przedsiębiorców KRS),
- 3) wszczęcie procedury legislacyjnej przez Ministra Rozwoju i Finansów w zakresie uchwalenia Ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu S.A.; projektowanie rozwiązań ustawowych trwało od końca 2016 r., a formę skonkretyzowaną przybrało w dniu 23 lutego 2017 r., jako projekt kierowany pod obrady Stałego Komitetu Rady Ministrów, obecnie ustawa została przyjęta przez Sejm i Senat, oczekuje na podpis Prezydenta,
- 4) zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji (likwidacja komórek organizacyjnych, reorganizacja innych komórek) implikujące też zmiany kadrowe.

Opisane powyżej zmiany organizacyjne (trwające na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań) skutkują zasadniczą zmianą struktury przyszłych przychodów Agencji. Z przyjętej w dniu 7 lipca 2017 r. przez Senat RP ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna wynika, że Agencja będzie pozyskiwać w kolejnych latach na realizację powierzonych zadań (w statucie i na mocy przedmiotowej ustawy) środki z dotacji celowych i podmiotowej. Wiarygodność tych danych podkreśla fakt, że na 2017 r. Minister Rozwoju i Finansów zabezpieczył środki w kwocie 45,5 mln zł, a w projekcie ustawy budżetowej na 2018 r. środki w wysokości 70,5 mln zł, natomiast z Oceny Skutków Regulacji (z dnia 14 lutego 2017 r.)

dokonanej przez Ministerstwo Rozwoju można również wnioskować, że w kolejnych latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednich środków, w tym 71,7 mln zł w 2019 r.

Zamawiający przedstawił zestawienie proporcji przychodów za lata 2017-2019 według źródeł ich pozyskania, co w ocenie Agencji uzasadni wiarygodność ich pozyskania (tabela nr 1):

Lp.	Tytuł realizacji	KWOTA			Średni przychód za trzy lata (art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp)
		2017	2018	2019	
I	Pozostała działalność	5.108.288,00	5.108.000,00	2.830.000,00	4.348.762,70
	Przychody związane z wynajmem pomieszczeń biurowych oraz pozostałe przychody	2.830.000,00	2.830.000,00	2.830.000,00	2.830.000,00
	Pozostała działalność, w tym zlecana przez inne podmioty reprezentowane przez Skarb Państwa	2.278.288,00	2.278.000,00	0,00	1.518.762,70
II	Zadania powierzone	46.955.477,00	70.500.000,00	71.700.000,00	63.051.825,70
	Umowy zawierane z Ministerstwem Rozwoju i Finansów, w tym umowa dotacyjna oraz w zakresie Polskiej Pomocy Rozwojowej i inne	46.955.477,00	70.500.000,00	71.700.000,00	63.051.825,70
III	RAZEM	52.063.765,00	75.608.000,00	74.630.000,00	67.400.588,30

Następnie Zamawiający przedstawił przychody Agencji według źródeł w 2017 r. w udziale procentowym (tabela nr 2):

Wartość przychodów Agencji w 2017 r.	Podmiot zamawiający	Udział procentowy
46.955.477,00	Zadania powierzone przez MR w 2017 r.	90,19
5.108.288,00	Pozostała działalność w 2017 r.	9,81
52.063.765,00	RAZEM	100

Zamawiający w tabeli nr 3 przedstawił również przychody Wykonawcy według źródeł w latach 2017-2019 w udziale procentowym.

Średnia wartość przychodów Agencji na lata 2017-2019	Podmiot zamawiający	Udział procentowy
63.051.825,67	Zadania powierzone przez MR	93,55
4.348.762,67	Pozostała działalność	6,45
67.400.588,30	RAZEM	100

Ponadto Zamawiający przedstawił następujące wyjaśnienie do przyjętych założeń odnośnie wyliczeń wartości prognozowanych przychodów:

- 1) w tabeli nr 3 w pozycji „Zadania powierzone przez MR” na lata 2017-2019 uwzględniono wyłącznie zadania powierzone przez MR, zaś kwestionowane przez Prezesa UZP przychody wynikające z umowy zawartej z MSZ lub MSWiA wykazano w pozostałej działalności,
- 2) w pozycjach „pozostała działalność” wskazane wartości wynikają z kwot przyjętych w planie finansowym na 2017 r., zaakceptowanym przez Radę Nadzorczą, skorygowanych o faktyczne wykonanie za I półrocze 2017 r. i zdarzenia przyszłe takie jak np. zakończenie realizacji umowy z MSZ.

Powyższe okoliczności dowodzą niewątpliwie zachodzącego w Agencji, także w dacie wszczęcia Postępowania, procesu reorganizacji działalności oraz wykazują zasadność przyjętych założeń co do prognozowanych wartości przychodów.

Podkreślić należy, że nieuprawnione jest wywodzenie przez Prezesa UZP, jakoby nowe postanowienia statutu Agencji jedynie uszczegóławiały dotychczas wykonywane zadania, co nie oznacza, że pozostaje on w procesie reorganizacji. Nie zaprzeczając, że w części Wykonawca realizuje dotychczasowe zadania, to powyżej wskazane okoliczności niezaprzeczalnie wskazują, na wielokrotne zwiększeni ich skali, skutkujące koniecznością stworzenia nowych struktur organizacyjnych i nowych zasobów. Powyższe potwierdza, że Agencja w dniu wszczęcia Postępowania spełniała przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp.

Niezależnie od powyższej argumentacji Zamawiający wskazał, że zadania dotyczące promocji gospodarki, w tym wspierania rozwoju eksportu i inwestycji polskich za granicą oraz wspierania napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych, są niewątpliwie zadaniami znajdującymi się w domenie Państwa, co wynika z przepisu art. 9 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej. Zgodnie z motywem 5 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. „[...]żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy[...]”.

Zamawiający podkreślił, że decyzją Rządu Rzeczypospolitej Polskiej zadania te zostały przeniesione z obecnie podlegających likwidacji Wydziałów Promocji Handlu i Inwestycji i przekazane uchwaloną przez Parlament RP ustawą do Agencji, wraz z przeznaczeniem dotychczasowych środków przeznaczonych na realizację tych zadań (*vide* Ocena Skutków Regulacji do projektu ustawy) do Agencji. Takie ukształtowanie pozycji prawnej Agencji,

oraz fakt, iż w istocie zadania Państwa w tym zakresie zostały powierzone Agencji implikuje oczywisty, zdaniem zamawiającego, wniosek że mamy w tym przypadku do czynienia z klasycznym zamówieniem *in-house* w rozumieniu przepisów Pzp, implementujących przepisy Dyrektywy w tym zakresie.

W odpowiedzi na Zastrzeżenia Prezes UZP podtrzymał stanowisko wyrażone w Informacji.

Izba zważyła, co następuje.

Po dokonaniu analizy przepisów obowiązujących w dacie wszczęcia Postępowania oraz akt kontroli, w szczególności ustaleń dokonanych w jej toku przez Prezesa UZP i stanowiska Zamawiającego, Izba uznała, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie w całości.

1. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp

Skład orzekający nie podziela argumentacji Kontrolującego uzasadniającej naruszenie ww. przepisów Pzp, a dokonaną wykładnię uznaje za oderwaną od przewidzianych w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp warunków udzielenia zamówienia *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki.

Na wstępie zauważyć należy, że uzasadnienie prawne postawionemu Zamawiającemu zarzutu nie referuje do treści przywołanego w jego podstawie prawnej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Kontrolujący argumentując naruszenie przywołanej regulacji dokonał takiej jej wykładni, która nie tylko nie opiera się na brzmieniu wzmiankowanego przepisu, ale również nie wynika z obowiązujących w Pzp uregulowań dotyczących materii podwykonawstwa zamówienia publicznego.

Przypomnienia wymaga zatem, że co do zasady, ustawodawca jednolicie uregulował problematykę podwykonawstwa zamówienia publicznego, w szczególności niezależnie od trybu (konkurencyjnego lub niekonkurencyjnego) w jakim jest ono udzielane (zob. przepis art. 36a ust. 1 Pzp wyrażający generalną możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy). W kolejnych ustępach art. 36a Pzp przewidziano ograniczenia wspomnianej ogólnej zasady, zależne bądź to od decyzji samego zamawiającego (art. 36a ust. 2 Pzp), bądź obowiązujące *ex lege* (por. art. 36a ust. 2a Pzp). Zdaniem składu orzekającego żaden z ww. przepisów Pzp nie mógł zostać przez Zamawiającego naruszony, ponieważ – po pierwsze – Zamawiający nie zdecydował się na ograniczenie podwykonawstwa w Postępowaniu w sposób wynikający z przepisu art. 36a ust. 2 Pzp. Po drugie – jakkolwiek jest to zamówienie *in-house*, to jednak jego przedmiot nie wpisuje się w dyspozycję normy wysłowionej w art. 36a ust. 2a Pzp, wobec czego *ad casum* nie mają zastosowania ograniczenia podwykonawstwa z niego wynikające.

Należy zresztą zauważyć, że opisana w uzasadnieniu faktycznym przedmiotowego zarzutu sytuacja (planowane powierzenie przez Agencję realizacji części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom) nie świadczy, wbrew przekonaniu Kontrolującego, o udzieleniu zamówienia *in-house* z naruszeniem przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Stanowisko takie byłoby uprawnione, gdyby przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, wskazujący na warunki, pod którymi może być udzielone zamówienie *in-house*, przewidywał ograniczenia możliwości powierzenia jego realizacji podwykonawcom, a tak nie jest. W konsekwencji argumentacja Prezesa UZP przedstawiona na poparcie przedmiotowego zarzutu jest chybiona, ponieważ nie znajduje oparcia w żadnym z ustawowych warunków dopuszczalności udzielenia zamówienia *in-house*. Uprawnia to z kolei wniosek, że zarzut Kontrolującego opierał się wyłącznie na rzekomym naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Mając jednak na względzie, że wyraża on jedną z ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, doznającą konkretyzacji w przepisach Pzp regulujących szczegółowe kwestie związane z ich udzielaniem, nie może on, w opinii Izby, stanowić samodzielnej podstawy stwierdzonego w treści Informacji naruszenia.

Skład orzekający podkreśla dodatkowo, że przyjęcie odmiennego zapatrywania stanowiłoby *de facto* odejście od zasady legalizmu, wyrażające się nie tylko naruszeniem art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ale również związanej z nim zasady z art. 10 ust. 2 Pzp, zgodnie z którą zamówienia z wolnej ręki można udzielić tylko w przypadkach określonych w Pzp.

2. Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp

Skład orzekający nie podzielił argumentacji Zamawiającego o możliwości ustalenia współczynnika, o którym mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w oparciu o art. 67 ust. 8 Pzp. W ocenie Izby u podstaw błędu Zamawiającego legło nieuzasadnione przekonanie, że zamawiającym sprawującym kontrolę, o którym mowa w pierwszym z przywołanych przepisów jest, w odniesieniu do Agencji, Skarb Państwa.

Przede wszystkim podkreślić należy, że katalog zamawiających przewidziany w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp, do którego odsyła przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 *in principio* Pzp, nie obejmuje osoby prawnej, którą – z mocy art. 33 K.c. – jest Skarb Państwa. Co jednak istotne, mianem zamawiających określa m.in. jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Przechodząc na grunt wzmiankowanego aktu normatywnego (ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych, Dz.U.2016.1870 j.t. ze zm., zwana dalej „Ufp”) należy stwierdzić, że do jednostek sektora finansów publicznych tworzących sektor finansów publicznych należą m.in. organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej (argument z art. 9 pkt 1 Ufp), a zatem – *ad casum* – również ministrowie. Okoliczność, że – zgodnie z poglądem przedstawicieli

doktryny prawa cywilnego, podzielanym przez skład orzekający Izby – Skarb Państwa nie posiada organów w rozumieniu przepisu art. 38 K.c., zaś jednostki organizacyjne państwa, przez które działa – tzw. *stationes fisci* (tj. m.in. wspomniani ministrowie) są jedynie jego reprezentantami, podejmującymi czynności za Skarb Państwa, (szerzej zob.: Z. Świdorski: *Komentarz do art. 34 K.c.* [w:] P. Księżak (red.), M. Pyziak-Szafnicka (red.): *Kodeks cywilny. Komentarz. Część ogólna*, LEX/el.), nie uprawnia twierdzenia, że jest on zamawiającym w rozumieniu przepisów Pzp. *De iure et facto* z art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp w zw. z art. 9 pkt 1 Ufp wynika, że zamawiającymi na gruncie zamówień publicznych są właśnie *stationes fisci*.

Argumentów przemawiających za przedstawionym stanowiskiem Izby dostarcza również analiza przepisów Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca Dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28 marca 2014 r., str. 65 ze zm.), zwana dalej „Dyrektywą”. Zgodnie bowiem z art. 2 ust. 1 pkt 1 Dyrektywy, przez „instytucje zamawiające” należy rozumieć: państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Natomiast w świetle art. 2 ust. 1 pkt 2 „instytucje administracji centralnej” to instytucje zamawiające wymienione w załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi. Z kolei w załączniku nr I do Dyrektywy, w części dotyczącej Polski, wymienione zostało Ministerstwo Gospodarki, co – biorąc pod uwagę rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju oraz zniesienia Ministerstwa Gospodarki (Dz.U.2015.2076) – uprawnia twierdzenie, że Ministerstwo Rozwoju jest na gruncie Dyrektywy instytucją zamawiającą.

Logicznym następstwem przedstawionych zapatrywań musi być stwierdzenie, że każdy z ministrów powierzających określone zadania Agencji jest w świetle przytoczonych powyżej przepisów odrębnym podmiotem zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp, wobec czego konieczne stało się ustalenie, który spośród nich jest zamawiającym sprawującym nad Wykonawcą kontrolę w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

Rozstrzygnięcie tej kwestii, biorąc jednocześnie pod uwagę status Agencji (jednoosobowa spółka Skarbu Państwa, czyli państwowa osoba prawna), wymaga odwołania się do przepisów ustawy z 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U.2016.2259 ze zm.), zwanej dalej „Ustawą”, która w art. 7 ust. 1 stanowi m.in., że Prezes Rady Ministrów wykonuje prawa z akcji należących do Skarbu Państwa, zaś w art. 8 ust. 1 przyznaje Prezesowi Rady Ministrów kompetencję do scedowania tych uprawnień m.in. na innego członka Rady Ministrów. W takim przypadku, zgodnie z art. 8 ust. 2 Ustawy, Rada Ministrów określa, w drodze rozporządzenia, wykaz spółek, w których takie

uprawnienia wykonują m.in. inni członkowie Rady Ministrów. Na podstawie tej delegacji ustawowej wydane zostało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie wykazu spółek, w których prawa z akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezes Rady Ministrów członkowie Rady Ministrów, pełnomocnicy Rządu lub państwowe osoby prawne (Dz.U.2017.10 ze zm.). W odniesieniu do Agencji, pod poz. 306 załącznika do tego aktu wykonawczego, wskazano, że przedmiotowe uprawnienia przysługują Ministrowi Rozwoju i Finansów.

Podkreślenia wymaga w tym miejscu, że wspomniane wykonywanie praw z akcji odpowiada, w ocenie Izby, wskazanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp kontroli polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Agencji. Na wniosek taki naprowadza analiza statutu Agencji (akt notarialny z 14 kwietnia 2017 r., Rep. A 13819/17, dalej „Statut”), który w §10 ust. 1 potwierdza, że prawa z akcji Skarbu Państwa (jedynego akcjonariusza w spółce) wykonuje minister właściwy do spraw gospodarki (tj. aktualnie Minister Rozwoju i Finansów). Przysługują mu zatem wszystkie uprawnienia właściwe walnemu zgromadzeniu oraz prawo podjęcia każdej decyzji leżącej w kompetencji tego organu. Co więcej, na podstawie § 20 ust. 1 Statutu, ma on prawo powoływać członków rady nadzorczej, czyli organu wykonującego stały nadzór nad działalnością Agencji oraz dysponującego uprawnieniem do powoływania i odwoływania wszystkich członków zarządu spółki (argument z § 14 ust. 3 Statutu).

Ergo, za zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp uznać należy wspomnianego członka Rady Ministrów, nie zaś Skarb Państwa. Oznacza to również, że brak jest podstaw do wliczania do współczynnika, o którym mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp zadań powierzonych Wykonawcy przez inne podmioty.

Dodatkowo skład orzekający wskazuje, że chybiona była również argumentacja Zamawiającego, jakoby przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp należało interpretować w ten sposób, że działalność Wykonawcy ma odnosić się do wykonywania zadań powierzonych, a nie obejmować wykonywanie zadań powierzonych.

W powyższym zakresie Izba zwraca uwagę na motyw 32 preambuły Dyrektywy, zgodnie z którym procedury w niej przewidziane nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.

Jakkolwiek polski ustawodawca uregulował udzielanie takich zamówień odmiennie niż ustawodawca europejski, ponieważ – po pierwsze – poddał je reżimowi Pzp, z zastrzeżeniem możliwości zastosowania trybu niekonkurencyjnego oraz – po drugie – podniósł minimalny próg działalności kontrolowanej osoby prawnej z 80 do 90%, to jednak wspomniany powyżej motyw 32 preambuły Dyrektywy nie pozostawia wątpliwości, że ową działalność należy utożsamiać z działalnością powierzoną bezpośrednio przez zamawiającego sprawującego kontrolę. Tak też, zdaniem składu orzekającego, powinien być odczytywany analogiczny warunek wskazany w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, ponieważ – mimo wspomnianych różnic w sposobie uregulowania zamówień *in-house* w Pzp i Dyrektywie – brak jest normatywnych podstaw do odmiennej interpretacji sformułowań odnoszących się do tego samego rodzaju zamówień.

Jednocześnie Izba wskazuje, że skoro Prezes UZP zakwestionował legalność wyboru trybu udzielenia zamówienia, czemu towarzyszyło zalecenie unieważnienia Postępowania (Zastrzeżenia, str. 17), to przesądzenie kwestii bezpodstawności wszczęcia Postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki wymagało zbadania, czy w sprawie nie zachodziła możliwość udzielenia przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 Pzp. Trzeba mieć bowiem na względzie, że istnieje różnica pomiędzy podstawą udzielenia zamówienia *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki, a metodą ustalenia jednego z elementów składających się na przesłankę udzielenia takiego zamówienia. Poza sporem jest okoliczność, że Postępowanie zostało wszczęte na podstawie przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp. Przepisy art. 67 ust. 8 i 9 Pzp mają natomiast względem niego li tylko subsydiarny charakter, jako że nie stanowią podstawy udzielenia zamówienia. Wynika z tego, że kontrola legalności wyboru trybu udzielenia zamówienia wymagała w tej sprawie odpowiedzi na pytanie, czy Zamawiający mógł co do zasady zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki, nie zaś, czy zastosował odpowiednie zasady obliczania wymaganego procentu działalności Wykonawcy. Trafność tego wniosku potwierdza okoliczność, że kwestie związane z możliwością zastosowania do udzielenia przedmiotowego zamówienia przepisu art. 67 ust. 9 Pzp były w toku kontroli przedmiotem dociekań Kontrolującego i wyjaśnień Zamawiającego (zob. pismo Zamawiającego z 26 czerwca 2017 r., pismo Prezesa UZP z 5 lipca 2017 r. i pismo Zamawiającego z 7 lipca 2017 r., w aktach sprawy), co nie znalazło jednak odzwierciedlenia w kompleksowej analizie możliwości zastosowania metody obliczeń z art. 67 ust. 9 Pzp, która w przedstawionych powyżej okolicznościach powinna, w ocenie składu orzekającego, zostać zawarta w Informacji.

Biorąc powyższe pod uwagę, Izba poddała tą kwestię ocenie uznając słuszność stanowiska Zamawiającego, zgodnie z którym był uprawniony do udzielenia Wykonawcy zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, z uwagi na spełnianie przez Agencję w chwili wszczęcia Postępowania przesłanki z art. 67 ust. 9 Pzp.

Zgodnie z przepisem art. 67 ust. 9 Pzp w przypadku reorganizacji podmiotu, któremu ma zostać udzielone zamówienie procent działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, pod warunkiem, że skutkiem wspomnianej reorganizacji jest nieadekwatność danych dotyczących średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (kwestię ich niedostępności należy raczej wiązać z utworzeniem lub rozpoczęciem działalności).

Analiza przedmiotowego zagadnienia wymaga w pierwszej kolejności udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy w obecnej sytuacji Wykonawcy można mówić o jego reorganizacji?

Przepisy Pzp nie zawierają legalnej definicji wzmiankowanego pojęcia. Ustawodawca nie zdecydował się również na chociażby przykładowe wskazanie w Pzp przejawów reorganizacji, umożliwiające określenie treści znaczeniowej wyrazu „reorganizacja”. W tej sytuacji zasadne jest posłużenie się powszechnym znaczeniem tego pojęcia i przyjęcie, za Słownikiem Języka Polskiego, że reorganizacja to inaczej „zmiana organizacji czegoś”, „zorganizowanie czegoś na nowo”, „reforma”, „restrukturyzacja” (www.sjp.pl). Rozpatrując reorganizację w kategoriach spółek prawa handlowego będzie miała ona miejsce w sytuacji łączenia, podziału, czy przekształcenia tych podmiotów, ale również w przypadkach zmian struktur właścicielskich, modyfikacji schematów organizacyjnych, wymiany kadry pracowniczej, zmian w systemie finansowania, reorganizacji profilu działalności, *etc.*

W związku z powyższym skład orzekający doszedł do przekonania, że Agencja znajduje się w procesie reorganizacji, który trwa co najmniej od kilkunastu miesięcy, a więc miał miejsce także w dacie wszczęcia Postępowania, o czym świadczy chociażby uchwała Nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” (RM-111-18-16), na mocy której Wykonawcy powierzono nowe zadania w zakresie szeroko pojętego promowania polskiej gospodarki, na które Zamawiający zwracał uwagę w Zastrzeżeniach (str. 5). W konsekwencji Izba uznała, że opisane przez Zamawiającego na str. 6 Zastrzeżeń działania podejmowane względem Agencji stanowią – wbrew twierdzeniom Prezesa UZP – przejawy reorganizacji w opisanym powyżej znaczeniu.

Spełnienie przesłanki związanej z reorganizacją nie uprawnia jeszcze do zastosowania metody obliczania wskaźnika odnoszącego się do działalności osoby prawnej na podstawie przepisu art. 67 ust. 9 Pzp. Konieczny jest jeszcze – jak wspomniano – wpływ owego procesu na adekwatność danych o średnim przychodzie.

W powyższym zakresie Izba zwróciła uwagę na argumentację Zamawiającego zawartą w piśmie z 26 czerwca 2016 r., w której zaakcentowano zasadniczą zmianę zakresu finansowania Agencji i realizacji zadań statutowych. W dniu sporządzenia pisma procedowana była w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez

PAIH S.A., która przewiduje otrzymywanie przez Wykonawcę środków pochodzących z budżetu państwa, m.in. w formie dotacji podmiotowej, dotacji celowych oraz środków unijnych. Zamawiający wskazał również, że prognozowana skala przychodów z powyższych tytułów, przewidywana na lata 2017/2018 to kwota ok. 46 mln zł, a nadto że Agencja ma dodatkowo uzyskać przychody od Skarbu Państwa również z innych tytułów, co potwierdza, że jej struktura przychodów ulegnie znaczącej zmianie, co uprawnia do ustalania średniego przychodu za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Zamawiający zwracał ponadto uwagę, że w związku z prowadzoną reorganizacją dane historyczne są nieadekwatne i zaprezentował dane, z których wynika, że w 2017 r. zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowią 90,19% działalności, zaś pozostała działalność stanowi 9,81% ogólnej działalności oraz dane, z których wynika, że w latach 2017-2018 zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowią 93,55% działalności, zaś pozostałe zadania – 6,45% działalności.

W konsekwencji skład orzekający przyjął, że skoro podane przez Zamawiającego dane ustalone na podstawie art. 67 ust. 8 Pzp różnią się od danych ustalonych na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp, przyjęć należy, że są one nieadekwatne w rozumieniu drugiego z przywołanych przepisów, co uprawniało Zamawiającego do jego zastosowania. Izba ponownie zwraca uwagę, że Kontrolujący okoliczności tych nie zbadał, w związku czym przyjęto, że wskazane przez Zamawiającego wyliczenia są rzetelne.

W konsekwencji zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp uznano za nieuzasadniony.

Ubocznie Izba wskazuje, że z przytoczonych poniżej przyczyn wydając niniejszą uchwałę nie uwzględniła dodatkowej argumentacji Zamawiającego zawartej w przesłanym do Prezesa Izby piśmie z dnia 10 sierpnia 2017 r., w którym dokonano reasumpcji zgłoszonych zastrzeżeń.

Po pierwsze – zgodnie z przepisem art. 171a Pzp zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Kontrolującego umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia informacji o wyniku kontroli. Przywołane powyżej pismo Zamawiającego, abstrahując od okoliczności, że było adresowane do Prezesa Izby, wpłynęło po upływie terminu wynikającego ze wspomnianego przepisu Pzp.

Po drugie – zgodnie z przepisem art. 171 ust. 2 Pzp – w przypadku wniesienia zastrzeżeń momentem zakończenia kontroli jest doręczenie zamawiającemu informacji o ich ostatecznym rozpatrzeniu.

Z przywołanych regulacji nie wynika możliwość prowadzenia dalszej polemiki z ustaleniami Kontrolującego poza tą, która zawarta jest w samych zastrzeżeniach.

Wobec powyższego Izba, działając na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

Członkowie:

.....