

Sygn. akt: KIO/KU 53/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 lipca 2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez

Ministerstwo Rozwoju PI. Trzech Krzyży 3/5, 00-507 Warszawa

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 13 lipca 2017 r. w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „realizację branżowego programu promocji branży maszyn i urządzeń (część nr 3 zamówienia)”

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Anna Packo
Andrzej Niwicki
Marzena Ordysińska

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zamawiającego – Ministerstwa Rozwoju do informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych 13 lipca 2017 r. zakończył kontrolę uprzednią prowadzonego przez zamawiającego – Ministerstwo Rozwoju w trybie zamówienia z wolnej ręki zamówienia publicznego na „realizację branżowego programu promocji branży maszyn i urządzeń (część nr 3 zamówienia)”, numer ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej 2017/S 041-075334.

W informacji o wyniku kontroli uprzedniej Prezes UZP wskazał na naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 oraz art. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco:

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. (dalej: „PAIiH”), 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 wykonawca (PAIiH) wskazał, że „dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami”. Ponadto w części IV lit. C pkt 10 JEDZ wykonawca wskazał, iż zamierza ewentualnie zlecić podwykonawcom następującą część (procentową) zamówienia: 60%.

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

Zamawiający udzielił wyjaśnień, iż 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. W dalszych wyjaśnieniach wskazano, że brak możliwości wskazania na obecnym etapie przez wykonawcę nazw firm podwykonawców wynika z faktu, iż wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Jednocześnie wskazał wykaz prac, jakie

zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach poszczególnych części zamówienia. W przypadku „Realizacji branżowego programu promocji branży maszyn i urządzeń” (część nr 3 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.

Następnie Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego o informację, czy którekolwiek z zadań przeznaczonych do realizacji przez podwykonawców należy do tzw. zadań o charakterze głównym. W przypadku odpowiedzi twierdzącej poproszono o wskazanie, jakie to są zadania i w ramach których postępowań.

W odpowiedzi Zamawiający wskazał, że 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. Stoiska informacyjno-promocyjne PAliH zamierza powierzyć podwykonawcom część tego zadania w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, pozostała część zadania określona w opisach przedmiotów zamówienia będzie realizowana przez PAliH.

Ze względu na powyższe ustalenia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził, że zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych nie można jednak całkowicie wykluczyć w przypadku udzielenia zamówień typu *in-house*, w tym zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych przyjmując należy, że wynikająca z art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ogólna możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną wykonania części zamówienia podwykonawcom, powinna być interpretowana w sposób zawężający.

Zatem co do zasady kontrolowany przez zamawiającego podmiot, może otrzymać do realizacji na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. Zgodnie z zamieszczoną na stronie www.uzp.gov.pl opinią dotyczącą zamówień typu *in-house* przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takim, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny)

udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 Prawo zamówień publicznych. 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.

Tym samym uznać należy, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

W związku z powyższym dopuszczenie w przedmiotowym postępowaniu nieograniczonej możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia zadań, zwłaszcza co do których Zamawiający wskazał, iż 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 ustawy Prawo zamówień publicznych. 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarówno informacja zawarta w części II lit. D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia stanowiąca iż „dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami”, jak też informacja zawarta w piśmie PAIiH 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 Prawo zamówień publicznych. W tym miejscu podkreślić należy, że aż 60 % zamówienia udzielonego w ramach *in-house* zostanie zrealizowane przez podwykonawców.

Zasygnalizowany w ww. dokumentach zamiar stosowania przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego zamówienia *in-house*, przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych w celu wyboru podwykonawców, nie może przesądzać, że ww. wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w ustawie Prawo zamówień publicznych trybów konkurencyjnych. Użyte przez wykonawcę sformułowanie „powierzenie zadań podwykonawcom z zastosowaniem ustawy Prawo zamówień publicznych” oznacza jedynie, że do ich wyboru stosowana będzie ta ustawa. Nie wyklucza natomiast możliwości zastosowania jednego z tzw. trybów niekonkurencyjnych przewidzianych tą ustawą. Co więcej, zadeklarowana przez wykonawcę intencja nie oznacza, iż w praktyce dochowane zostaną wszystkie obowiązki i nakazy wynikające z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Na obecnym etapie postępowania nie można zatem wykluczyć powstania ryzyka, iż całość lub znacząca część zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach *in-house* nie zostanie udzielona podwykonawcom z zastosowaniem trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie. 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 Prawo zamówień publicznych (wyrażona w złotych równowartość kwoty 30.000 euro). 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 ustawy Prawo zamówień publicznych z pominięciem stosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie, chociażby z uwagi na możliwość zastosowania art. 4 ust 1 pkt 8 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych uzasadnił następująco:

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że Zamawiający zastosował do jego udzielenia tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i udzielił przedmiotowego zamówienia Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. (dawniej Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A., dalej: „PAIiH”). Uzasadniając zastosowanie ww. trybu Zamawiający wskazał m.in., że PAIiH 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 PAliiZ wynika, że: 1) Ministerstwo Rozwoju sprawuje nad PAliiZ kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; 2) PAliiZ ponad 90% swojej działalności, określonej na podstawie wysokości osiągniętych przychodów, ustalonych w oparciu o art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, wykonywała na rzecz Skarbu Państwa, w szczególności na rzecz Ministerstwa Rozwoju); 3) w PAliiZ nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Zdaniem Zamawiającego oznacza to spełnienie przez PAliiZ przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych w brzmieniu obowiązującym od 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*.

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte 24 lutego 2017 r. przekazaniem wykonawcy zaproszenia do negocjacji w zakresie części nr 3 zamówienia. Pismem z 13 kwietnia 2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących charakteru zmian dokonanych w statucie PAliiZ oraz przekazanie kopii dokumentów, w tym m.in. statutu PAliiZ oraz analiz prawnych w zakresie zasadności wyliczenia procentu działalności w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa. Zamawiający przekazał m.in. statut PAliiZ oraz oświadczenie PAliiZ o spełnianiu przez spółkę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i udzielił wyjaśnień, iż zmiana statutu PAliiZ na nadzwyczajnym walnym zgromadzeniu dnia 13 grudnia 2016 r. wprowadziła m.in. zmiany w zakresie nazwy spółki. Ponadto zmianie uległ sposób głosowania nad uchwałami spółki oraz uchwałami walnego zgromadzenia, kadencja zarządu i jego regulamin, oraz liczba członków rady nadzorczej.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o informacje: 1) jaki próg procentowy w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliiZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, stanowią zadania powierzone PAliiZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 wskazane wcześniej zadania są zadaniami powierzonymi PAliiZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67

ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 Prawo zamówień publicznych, w ramach tego przychodu, tj. wskazania, co stanowiło jego podstawę, np. czy były to sprawozdania finansowe za lata 2014-2016.

Zamawiający wskazał, iż w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliIZ 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 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. Zadania wymienione we wcześniejszym piśmie dotyczą głównie zadań powierzonych przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP. Średni przychód spółki obliczono dodając przychody według zapisów z ksiąg rachunkowych zbadanych pozytywnie przez biegłego rewidenta, z kolejnych lat, tj. roku 2014, 2015 i 2016 oraz dzieląc uzyskany wynik 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.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się o informacje: 1) czy w okresie od 01 stycznia 2014 r. do 30 czerwca 2016 r. zamawiającym sprawującym kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, nad PAliIZ był Minister Skarbu Państwa czy też Minister Gospodarki; 2) czy wskazany próg procentowy wynoszący 91,18% obejmował również zadania zlecone PAliIZ 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 PAliIZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie przedmiotowego zamówienia, zadań powierzonych PAliIZ 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 PAliIZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30

czerwca 2016 r., lecz obejmował zadania powierzone przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP – to na jakiej podstawie Zamawiający uznał, iż ww. zadania były w okresie od 01 stycznia 2014 r. do 30 czerwca 2016 r. zadaniami powierzonymi przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Zamawiający udzielił wyjaśnień oraz przekazał wyjaśnienia PAliIZ, z których wynika, że:

1) Minister Skarbu Państwa do 30 czerwca 2016 r. wykonywał uprawnienia z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w PAliIZ; 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 nadzór właścicielski w części był także sprawowany przez Ministra Gospodarki (§ 29 ust. 1 statutu PAliIZ z 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, PAliIZ (Dz. Urz. Ministra Gospodarki z 2012 r., poz. 23), nadzór nad wykonywaniem zadań przez PAliIZ sprawował jeden z podsekretarzy stanu. Tak więc uznać należy, iż podmiotem zamawiającym sprawującym kontrolę w rozumieniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych jest 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa i Ministra Gospodarki.

2) 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, tj. 91,18%, nie ma zadań finansowanych przez Ministra Skarbu, zaś zadania te były realizacją zadań statutowych powierzonych Agencji przez Ministra Skarbu.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się 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.

Zamawiający wyjaśnił, 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% jako zadania statutowe Agencji powierzone w imieniu Skarbu Państwa przez Ministra Skarbu Państwa

w chwili ustalania statutu, finansowane w imieniu Skarbu Państwa przez podmioty działające w imieniu Skarbu Państwa.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu powierzania przez Ministra Skarbu Państwa zadań w ramach umów z 16 października 2015 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych – 2,31%) oraz z 29 stycznia 2016 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji).

Zgodnie z udzielonymi wyjaśnieniami przedmiotem umowy zawartej 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 i, co potwierdza w szczególności § 3 Statutu. Zatem zadania powierzone przedmiotową umową są komplementarne z zadaniami Ministra Spraw Zagranicznych i w ramach koordynacji kompetencji na szczeblu rządowym zostały powierzone PAliH do realizacji na mocy umowy cywilnoprawnej. Umowa zawarta ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A. 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 § 3 Statutu PAIH. Udział środków pozyskanych przez PAliH na podstawie tej umowy wynosi 0,44%.

Zamawiający wskazał też, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 Prawo zamówień publicznych. Niezależnie od powyższego istnieje możliwość alternatywnego sposobu ustalenia średniego przychodu PAliH, tj. na podstawie przepisu art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. PAliH w zasadniczy sposób zmienia zakres swojego finansowania i realizacji zadań statutowych i procedowana jest ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAliH, która przewiduje otrzymywanie przez PAIH 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 PLN, dodatkowo PAliH ma uzyskać przychody od Skarbu Państwa również z innych tytułów, co potwierdza, iż struktura

przychodów PAliH ulegnie znaczącej zmianie, co uprawnia do ustalania średniego przychodu PAliH za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Oceniając powyższe wyjaśnienia Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, że przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych stanowi, że 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, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki: 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.

Analizując część wstępną art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych należy wskazać, że powyższy przepis wyraźnie określa, jakie podmioty należy uznawać za zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 – należą do nich podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym przez zamawiających wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ustawy Prawo zamówień publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; 3) tzw. podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Prawo zamówień publicznych); 4) związki podmiotów określonych w pkt 1-3 powyżej. 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, że poprzez zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych należy rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych wskazują na następujące grupy zamawiających w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych: 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 Prawo zamówień publicznych) oraz związki tych podmiotów. Przepis art. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych (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 Prawo zamówień publicznych. Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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, a Skarb Państwa ma w spółce 100% udziałów, nie oznacza, że Skarb Państwa jest zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych i Skarb Państwa (poprzez dowolne *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 Prawo zamówień publicznych pozwalająca na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Możliwość udzielenia takiego zamówienia tej osobie prawnej przez innego reprezentanta Skarbu Państwa będzie możliwe tylko, jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycję z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Prawo zamówień publicznych.

Wskazać też należy, że brak spełnienia chociażby jednego ze wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a-c) ustawy Prawo zamówień publicznych warunków wyklucza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych. O ile, na podstawie otrzymanej dokumentacji postępowania, przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c) ustawy Prawo zamówień publicznych można uznać za spełnione, to zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 wymienione powyżej podmioty należące do jednej z grup wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych. Badając spełnianie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) ustawy Prawo zamówień publicznych rozróżnić należy dwa możliwe rozwiązania: 1) do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych 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 ustawy 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) ustawy Prawo zamówień publicznych należy ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych (art. 67 ust. 9).

Zgodnie z opinią Departamentu Prawnego UZP 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) ustawy Prawo zamówień publicznych zadań wynikających z umowy z 16 października 2015 r. zawartej ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Zagranicznych, zadań z umowy z 29 stycznia 2016 r. zawartej ze Skarbem Państwa – Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji oraz Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A., a także innych zleceń jednorazowych finansowanych przez podmioty wskazane przez ministra właściwego ds. gospodarki określonych również jako „jednorazowe

projekty realizowane przez jednostki organizacyjne Agencji”. Oznacza to, że jedynie 88,16% wskazanych przez Zamawiającego zadań, powierzonych przez Ministra Gospodarki, a następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP można uznać za działalność dotyczącą wykonywania zadań powierzonych 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) ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych. Oznacza to brak możliwości udzielenia kontrolowanego zamówienia wykonawcy PAliH w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych i stanowi naruszenie ww. przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zalecił unieważnienie przedmiotowego postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych, gdyż jest ono obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, gdyż zamawiający z naruszeniem ustawy Prawo zamówień publicznych zastosował tryb zamówienia z wolnej ręki.

Co do wskazania alternatywnej możliwości zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, zdaniem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w niniejszym postępowaniu Zamawiający, w celu obliczenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zastosował art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym rozważania na temat ewentualnej możliwości zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter teoretyczny i nie mogą prowadzić do zmiany przyjętych na etapie wszczęcia postępowania podstaw prawnych ustalenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, skutkujących zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych do udzielenia przedmiotowego zamówienia.

Zgodnie z art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych 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. 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 PAliH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych (procedowana ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAliH), nie uprawniają Zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Tym samym rozważenie zasadności zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych do ustalenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Prawo zamówień publicznych, zasadne będzie do zamówień planowanych do udzielenia w przyszłości, po doprowadzeniu do końca ww. procesu legislacyjnego i wejściu w życie procedowanej ustawy. Ponadto przedstawione przez Zamawiającego informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych reorganizacji działalności ww. wykonawcy jeszcze nie doszło. Jak wynika z porównania treści § 3 statutu z 8 sierpnia 2012 r. oraz § 3 statutu PAliH zawartego w formie aktu notarialnego, do tej pory nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji. Zgodnie z § 3 statutu z 8 sierpnia 2012 r. „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 ww. statutu PAliH 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 bowiem, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający złożył zastrzeżenia do wyniku kontroli nie zgadzając się z ustaleniem kontroli o dopuszczeniu się ww. naruszeń.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał, iż w informacji o wyniku kontroli podniesiono, że 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. W opinii Zamawiającego wnioski te

są nieuprawnione w kontekście okoliczności kontrolowanego postępowania, a także w świetle przepisów art. 36a ust. 1 i ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych. Interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być dokonywana w oderwaniu od całej regulacji objętej art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych, 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 ustawy Prawo zamówień publicznych nie jest niczym uzasadnione. Skoro bowiem ustawodawca w normie przepisu art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych dopuszcza jako zasadę powierzanie 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 zamówieniach typu *in-house*. Przepis ust. 2a art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych nakazuje wykonawcy osobiste wykonanie zamówienia typu *in-house*, jeśli przedmiotem takiego zamówienia jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane. Przedmiotowe postępowanie nie obejmuje swym zakresem żadnej z przytoczonych w tym przepisie kategorii – przedmiotem zamówienia jest realizacja programów promocji poprzez 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.

Ustawa 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 12 marca 1997 r. (sygn. akt: W 8/96), wyjaśniając, iż 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 znajduje się 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 ustawy Prawo zamówień publicznych zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych jest bezzasadny.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 15 września 2016 r. otrzymanej w odpowiedzi na zapytanie Ministerstwa Rozwoju o interpretację zapisów zawartych w art. 36a ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, zgodnie z którą nie wynika z nich, aby zadaniom, które mają zostać powierzone przez Ministra Rozwoju do wykonania PAlilZ (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. 36a ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

Poza tym, pomimo że 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”. Ustawa nie definiuje 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 wskazuje się, iż kluczowa część zamówienia nie powinna być też rozumiana jako część główna z punktu widzenia skali zamówienia czy wartości wykonywanych prac, jeżeli weźmiemy pod uwagę nakaz zachowania uczciwej konkurencji i obowiązek wykreowania takiej sytuacji, która pozwala ubiegać się o zamówienie (a następnie je realizować) niezależnie od sposobu prowadzenia działalności, tj. bez różnicy, czy wykonawca przyjął strategię własnego gromadzenia zasobów i osobistego wykonywania zamówienia, czy też korzystania w dość szerokim stopniu z *outsourcingu* (a jego przewagą konkurencyjną jest umiejętność odpowiedniego doboru zasobów dysponujących nimi). Zachowanie uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia. W tym kontekście przedmiotem analizy winien być rodzaj

czynności wykonywanych osobiście przez wykonawcę oraz sposób organizacji jego wykonania, a nie ich wartość. PAlIH 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, iż PAlIH wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy i oparte na kluczowym *know-how* Agencji. 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. PAlIH będzie też sam 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 PAlIH, 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 PAlIH prowadzi do wniosku, że PAlIH wykona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości.

Prezes UZP bezpodstawnie antycypuje też, iż wykonawca, pomimo złożonej jednoznacznej i wyraźnej deklaracji co do sposobu wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur ustawy Prawo zamówień publicznych, może dopuścić się naruszenia jej przepisów. Powyższe rozważania w tym zakresie nie znajdują żadnej podstawy faktycznej i prawnej. Wręcz przeciwnie – doświadczenie wskazuje, iż PAlIH wydatkując środki publiczne nie naruszała przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych. Liczne kontrole nie wskazały na takie naruszenia, zaś Prezes UZP nie zgromadził w toku prowadzonej kontroli i nie przywołał w uzasadnieniu informacji o wynikach kontroli żadnego dowodu potwierdzającego przyjęte założenie, iż PAlIH dokona wyboru podwykonawców w sposób niekonkurencyjny.

Powyższe argumenty, w ocenie Zamawiającego, przeczą zarzutom Prezesa UZP o naruszeniu przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych. Nie sposób przy tym z uzasadnienia postawionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzutów pokontrolnych wywieść, dlaczego Prezes UZP w zupełności pominął ocenę faktyczną i prawną dyspozycji normy prawnej przepisu art. 36a ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych, która zdaniem Zamawiającego determinowała właśnie, w okolicznościach niniejszego postępowania, możliwość zlecenia w ramach podwykonawstwa przez PAlIH części zamówienia o charakterze technicznym, nie kluczowym

z punktu widzenia podstawowego celu zamówienia. Pominął także 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.

W zakresie zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazał:

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wskazał, iż PAliH nie spełniała warunku określającego, że 90% działalności, o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, dotyczącego zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę. W opinii Prezesa UZP do przedmiotowych 90% działalności PAliH 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.

Z powyższym poglądem nie sposób się zgodzić. Dokonując wykładni językowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych 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, iż jej realizacja jest działaniem w sposób oczywisty komplementarnym z działaniami statutowymi PAliH powierzanymi przez ministra sprawującego kontrolę nad Agencją. Organizowane przez PAliH 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 PAliH, co potwierdza w szczególności zapis § 3 statutu Agencji nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów. Zgodnie z nim 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. Minister sprawujący kontrolę nad Agencją nadaje jej statut, a tym samym określa cele i przez to pośrednio powierza Agencji zadania. Uznać należy, poprzez 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, lecz 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. Jak bowiem stwierdził TSUE w wyroku z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, *Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA* nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu.

Przy zastosowaniu powyżej wskazanej konstrukcji, to jest 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, bowiem przychody z wykonywania umowy dla MSZ dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego nadzór nad PALiH.

Powyższe rozważania oparte są na założeniu, że zamawiającym sprawującym kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych 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 PALiH 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 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zatem, zdaniem Zamawiającego Agencja w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych w związku z ust. 8 tego artykułu. Ponadto w dniu wszczęcia postępowania PALiH spełniała także przesłankę określoną w art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Przepis ten wskazuje, 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 dotyczy

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” ustawa nie zawiera definicji legalnej, co oznacza konieczność posłużenia się na cele określenia pojęcia „reorganizacja” definicjami powszechnymi i wypracowanymi przez doktrynę i orzecznictwo. Zgodnie z definicją zawartą w „Słowniku języka polskiego” PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016) pojęcie 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 ustawy Prawo zamówień publicznych uwzględnienie skutków, jakie ustawodawca unijny 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 ww. słowniku 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 ustawy Prawo zamówień publicznych, 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, jak i przez samych zainteresowanych. Bogate orzecznictwo sądów cywilnych i administracyjnych wskazuje, iż pod pojęciem „reorganizacji” kryje 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 PAliH 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 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” PAlIH 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 PAlIH, 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 PAlIH w „Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030)” przyjętej uchwałą Rady Ministrów z 14 lutego 2017 r., w której wskazano PAlIH jako podmiot wiodący w zakresie promocji polskiej gospodarki. W konsekwencji powyższych ustaleń trwa proces reorganizacji następujący poprzez: 1) powierzenie Spółce 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 mowa w przepisie art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zadanie to było realizowane w dniu wszczęcia kontrolowanego 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 PAlIH polegające na wspieraniu eksportu, które w dotychczasowej działalności Agencja realizowała w znikomym zakresie, co potwierdzają kwoty środków przyznawanych PAlIH 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 z „Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A.” na „Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A.”, co nastąpiło z dniem 2 lutego 2017 r., tj. 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 SA (druk 1603); 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.

Powyżej opisane zmiany organizacyjne w działalności PALiH (trwające w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania) skutkują zasadniczą zmianą struktury przyszłych przychodów PALiH. Z przyjętej 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 środki z dotacji celowych i podmiotowej. Wiarygodność tych danych podkreśla fakt, iż na 2017 rok Minister Rozwoju i Finansów zabezpieczył środki w kwocie 45,5 mln PLN, a w projekcie ustawy budżetowej na 2018 rok środki w wysokości 70,5 mln PLN, natomiast z oceny skutków regulacji z 14 lutego 2017 r., dokonanej przez Ministerstwo Rozwoju, można również wnioskować, iż w kolejnych latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednich środków, w tym 71,7 mln PLN w 2019 r. Zamawiający wskazał też zestawienie proporcji przychodów za lata 2017-2019 według źródeł ich pozyskania, które jego zdaniem dowodzą zachodzącego w PALiH, także w dacie wszczęcia postępowania, procesu reorganizacji działalności oraz wykazują zasadność przyjętych założeń co do prognozowanych wartości przychodów.

Zdaniem Zamawiającego nieuprawnione jest wywodzenie przez Prezesa UZP, iż nowe zapisy statutu PALiH jedynie uszczegóławiają dotychczas wykonywane zadania, co nie oznacza, iż PALiH pozostaje w procesie reorganizacji. Owszem, w części PALiH realizuje dotychczasowe zadania, jednak powyżej wskazane okoliczności niezaprzeczalnie wskazują, na wielokrotne zwiększenie ich skali, skutkujące koniecznością stworzenia nowych struktur organizacyjnych i nowych zasobów. Jak wynika z wyroku Krajowej Izby Odwoławczej, sygn. KIO 96/17, reorganizacja to proces ze swej istoty, z założenia raczej długofalowy, a w przypadku reorganizacji działalności decydujące znaczenie ma wpływ dokonanych zmian na dane finansowe podmiotu, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych.

Powyższe potwierdza, iż PALiH w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zamawiający wskazał też, iż 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”. Decyzją Rządu Rzeczypospolitej Polskiej

zadania te zostały przeniesione z obecnie podlegających likwidacji Wydziałów Promocji Handlu i Inwestycji i przekazane ustawą do Agencji wraz z przeznaczeniem dotychczasowych środków finansowych przeznaczonych na realizację tych zadań. Takie ukształtowanie pozycji prawnej Agencji, oraz fakt, iż w istocie zadania Państwa w tym zakresie zostały powierzone Agencji, implikuje wniosek, iż przedmiotowe zamówienie jest klasycznym zamówieniem *in-house* w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, implementujących przepisy dyrektywy w tym zakresie.

Tym samym, zdaniem Zamawiającego, zostały spełnione wszystkie przesłanki udzielenia Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Powyższa argumentacja nie przekonała Prezesa UZP, który podtrzymał swoje dotychczasowe stanowisko, a zgłoszone zastrzeżenia przekazał do zaopiniowania Krajowej Izbie Odwoławczej.

Po zapoznaniu się ze stanem faktycznym wynikającym z przekazanej jej dokumentacji kontroli oraz z uzasadnieniem stanowisk Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych i Zamawiającego, Izba stwierdziła, że zastrzeżenia Zamawiającego zasługują na uwzględnienie.

Jak wynika z przytoczonych powyżej stanowisk Prezesa UZP i zamawiającego – Ministerstwa Rozwoju przedmiotem sporu jest ocena prawidłowości zastosowania przez Zamawiającego w kontrolowanym postępowaniu trybu zamówienia z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Zgodnie z naczelną zasadą udzielania zamówień publicznych wyrażoną w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego należy przygotować i przeprowadzić w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowanie wykonawców, a także jego przejrzystość (transparentność). Obowiązek przeprowadzenia postępowania w sposób wskazany w art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych realizowany jest m.in. poprzez zastosowanie trybów udzielania zamówień zapewniających jak największą konkurencyjność tego postępowania o udzielenie zamówienia. Dlatego też w art. 10 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazano na prymat trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych, w szczególności przetargu ograniczonego i nieograniczonego nad innymi trybami, które zastosować można wyłącznie w przypadkach określonych w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 10 ust. 2).

Tryb zamówienia z wolnej ręki jest najmniej konkurencyjnym z przewidzianych trybów, dlatego przesłanki jego zastosowania zostały określone najbardziej dokładnie i szczegółowo,

a ich zastosowanie należy traktować jako wyjątek od zasady prymatu postępowań konkurencyjnych i w związku z tym, nie mogą być one odczytywane i interpretowane niedokładnie lub w sposób rozszerzający.

Zakaz interpretowania normy prawnej w sposób rozszerzający nie oznacza jednak równocześnie konieczności stosowania wykładni zawężającej, czyli przypisania przepisowi znaczenia węższego, niż wskazywałaby na to jego wykładnia (zwłaszcza gramatyczna), czy też wyciągania wniosków nie wynikających z przepisów.

Jak wynika z treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

- 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.

Stawiając Zamawiającemu zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zdaje się jednak wprowadzać jeszcze jedną, dodatkową i nie wynikającą z przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych przesłankę, zgodnie z którą wykonawca, któremu udzielane jest zamówienie, musi wykonać to zamówienie wyłącznie lub w dużej mierze samodzielnie.

W ocenie Izby z taką interpretacją tego przepisu nie można się zgodzić, a analizowany przepis jest na tyle czytelny i zrozumiały, że jego interpretacja powinna podlegać głównie regułom wykładni językowej (gramatycznej). Izba uznała zatem, że uzależnianie zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych od zaistnienia innych jeszcze przesłanek niż wskazane w omawianym przepisie, jest nieuzasadnione.

W ustawie Prawo zamówień publicznych nie ma też innych regulacji w zakresie dopuszczalności zlecenia przez wykonawcę podwykonania części zamówienia, które naruszyłyby Zamawiający – Prezes Urzędu Zamówień Publicznych również nie wskazał naruszenia żadnego przepisu w tym zakresie.

Należy zauważyć, że Ustawodawca jednolicie uregulował problematykę podwykonawstwa, niezależnie od zastosowanego trybu udzielenia zamówienia – w rozdziale 2. „Przygotowanie postępowania” działu II „Postępowanie o udzielenie zamówienia”.

Podwykonawstwo w ustawie Prawo zamówień publicznych regulowane jest więc głównie w przepisach art. 36a, art. 36b i art. 36ba, z których dla niniejszej sprawy znaczenie może mieć jedynie art. 36a.

W art. 36a ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych Ustawodawca wyraził generalną zasadę, zgodnie z którą wykonawca, według swojej woli, ma możliwość powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy, nie ograniczając tej możliwości, a wyjątki od tej zasady opisane zostały w ustępach 2 i 2a tego artykułu, przy czym ograniczenia ogólnej zasady możliwości korzystania z podwykonawców zależne są bądź od decyzji samego zamawiającego (art. 36a ust. 2), bądź obowiązują *ex lege* (ust. 2a).

Zgodnie z tymi przepisami zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi, 2) związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy (ust. 2). Dodatkowo wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót (ust. 2a). Przy tym nie jest sporne, że przedmiotem kontrolowanego zamówienia jest usługa, a nie roboty budowlane.

Jak wynika z treści art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych możliwość zastrzeżenia osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia na usługi jest uprawnieniem, a nie obowiązkiem zamawiającego, które dodatkowo dotyczy tylko wskazanych w tym przepisie sytuacji. W niniejszym postępowaniu Zamawiający z tego uprawnienia zastrzeżenia prac do osobistego wykonania nie skorzystał. Należy też zwrócić uwagę, że z uprawnienia zawartego w art. 36a ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych zamawiający powinien korzystać w sposób umiarkowany i wyłącznie w uzasadnionych wypadkach, co potwierdzają wnioski płynące z wyroku Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z 14 lipca 2016 r. w sprawie C-406/14 *Wrocław przeciwko Ministrowi Infrastruktury i Rozwoju*.

Dyspozycja art. 36a ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych w zakresie usług dotyczy zaś jedynie zamówień, których przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej. Przedmiotowe zamówienie nie należy do tej kategorii usług i okoliczność ta nie jest i nie była pomiędzy Prezesem UZP a Zamawiającym sporna. Jak zresztą już wskazano powyżej, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie postawił zarzutu naruszenia art. 36a ust. 2a ustawy Prawo zamówień publicznych.

I jakkolwiek z logicznego punktu widzenia stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie jest bezzasadne, to kontrola Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, zgodnie z dyspozycją art. 161 ust. 2 ustawy Prawo zamówień publicznych, obejmuje jedynie legalność działań zamawiającego, tj. poprawność jego działania z punktu widzenia przepisów prawa (ustawy Prawo zamówień publicznych), które to przepisy nie zostały naruszone poprzez akceptację stanu faktycznego, w którym wykonawca potencjalnie zamierza zlecić podwykonawcom wykonanie 60% zamawianych prac.

W związku z powyższym Izba uznała zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych za niezasadny.

Co do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba stwierdziła, co następuje.

Przede wszystkim Izba uznała, że argumentacja Zamawiającego dotycząca uznania za „zamawiającego”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, bezpośrednio Skarbu Państwa nie zasługuje na uwzględnienie.

Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych nie może być interpretowany w oderwaniu od innych przepisów prawa, w tym także motywu 32. preambuły dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE, zgodnie z którym procedury przewidziane w dyrektywie 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.

Mimo że przytoczony motyw dyrektywy 2014/24/UE stanowi o jej niestosowaniu w okolicznościach w nim wskazanych, polski ustawodawca zdecydował, że tego typu zamówienia podlegają ustawie Prawo zamówień publicznych i mogą być udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki. Jednocześnie zdecydowano o podniesieniu minimalnego zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej zleconej przez kontrolującego zamawiającego z 80% do 90%.

Wskazany motyw 32. preambuły dyrektywy 2014/24/UE stanowi, iż warunkiem niestosowania dyrektywy jest okoliczność, że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą. Interpretacja tego zapisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż chodzi tu o działalność powierzoną bezpośrednio przez danego zamawiającego. Tak też

powinien być odczytywany analogiczny warunek wskazany w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Bez znaczenia jest fakt, że dyrektywa 2014/24/UE zamówień *in-house* nie obejmuje w ogóle, natomiast przepisy ustawy Prawo zamówień publicznych stanowią, iż mogą być one udzielane w trybie zamówienia z wolnej ręki, mowa jest bowiem o zamówieniach tego samego rodzaju.

Jak już wskazano powyżej, Izba nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wykładnia systemowa art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych prowadzi do wniosku, że podmiotem zamawiającym sprawującym kontrolę, o którym mowa w tym przepisie, nie są poszczególni ministrowie, lecz Skarb Państwa, zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej PAliH w imieniu jednostek organizacyjnych wchodzących w skład Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych. Art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraźnie bowiem posługuje się terminem „zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a”.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Prawo zamówień publicznych ustawę tę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie zaś z art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1870 ze zm.), sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Tym samym uznać należy, że to Ministerstwo Rozwoju jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Prawo zamówień publicznych nie obejmuje swym zakresem bezpośrednio Skarbu Państwa. Skarb Państwa bezpośrednio nie jest więc zamawiającym w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych, w związku z czym brak jest podstaw do uznania, że zamawiającym, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, może być właśnie Skarb Państwa.

Potwierdzeniem powyższego są również definicje „instytucji zamawiających” oraz „instytucji administracji centralnej” zawarte w ww. dyrektywie 2014/24/UE. W myśl art. 2 ust. 1 pkt 1 ww. 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. Zgodnie zaś z punktem 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. Wspomniany wyżej załącznik nr I pt.: „Instytucje administracji centralnej” w części dotyczącej Rzeczypospolitej Polskiej wymienia Ministerstwo Gospodarki, którego „następcą” jest Ministerstwo Rozwoju – zgodnie z

rozporządzeniem Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju oraz zniesienia Ministerstwa Gospodarki. Zatem to Ministerstwo Rozwoju (jak i inne ministerstwa) jest instytucją zamawiającą w rozumieniu ww. dyrektywy. Zresztą w identyczny sposób przyjmuje się rozumienie zawartej w art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych definicji „zamawiającego” w zakresie „jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej”, a poszczególne ministerstwa w żadnym wypadku nie uważają się za tego samego zamawiającego (i m.in. nie łączą swoich zamówień jako jeden i ten sam zamawiający).

Nie ma też żadnych podstaw – i jest to wbrew zasadom poprawnej legislacji oraz zasadom wykładni przepisów – aby to samo pojęcie („zamawiającego”) w różnych przepisach interpretować w odmienny sposób, a już w szczególności, by je interpretować w sposób rozszerzający w przepisach dotyczących trybu zamówienia z wolnej ręki, które, jak już wskazano powyżej, jako przepisy o charakterze wyjątkowym w stosunku do obowiązujących zasad udzielania zamówień publicznych, nie mogą podlegać wykładni rozszerzającej.

Skoro więc przywołany powyżej motyw 32. preambuły dyrektywy 2014/24/UE posługuje się terminem „instytucja zamawiająca”, a termin ten należy rozumieć tak, jak o tym stanowią wskazane wyżej definicje „instytucji zamawiających” i „instytucji administracji centralnej”, a art. 2 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych definiuje pojęcie „zamawiającego”, to właśnie wyłącznie dana instytucja zamawiająca/zamawiający (w tym przypadku Ministerstwo Rozwoju) musi sprawować kontrolę nad wskazaną osobą prawną (Polską Agencją Inwestycji i Handlu S.A.).

Nie ulega wątpliwości, że właścicielem PAlIH jest w 100% Skarb Państwa, na którego rzecz w stosunkach cywilnoprawnych działają *stationes fisci*. Należy jednak mieć na uwadze, że uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa wykonywane są nie bezpośrednio, lecz na podstawie zasad i poprzez podmioty, o których mowa w ustawie z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. poz. 2259). Ustawa ta w art. 7 ust. 1 wykonywanie praw z akcji przyznaje Prezesowi Rady Ministrów. Z kolei, zgodnie z art. 8 ust. 1 tej ustawy, Prezes Rady Ministrów może te uprawnienia przekazać innemu członkowi Rady Ministrów, pełnomocnikowi Rządu lub państwowej osobie prawnej. 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. poz. 10) w poz. 306 załącznika wskazuje, że prawa z akcji Skarbu Państwa wobec Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów.

Realizacja praw z akcji Ministra Rozwoju i Finansów wobec PAlIH odpowiada więc wskazanemu w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych warunkowi kontroli polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje

dotyczące zarządzania sprawami Agencji. Dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje w sprawach PAliH można wywieść przede wszystkim w sposób bezpośredni z generalnych uprawnień właścicielskich przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych oraz postanowień statutu spółki. I tak, zgodnie z rozdz. IV „Prawa i obowiązki akcjonariusza” § 10 ust. 1 statutu PAliH prawa z akcji Skarbu Państwa wykonuje minister właściwy do spraw gospodarki. Minister Rozwoju i Finansów wykonuje zatem wszystkie uprawnienia przysługujące walnemu zgromadzeniu i jest w stanie podjąć każdą decyzję przewidzianą w ramach kompetencji walnego zgromadzenia spółki. Dominujący wpływ Ministra Rozwoju i Finansów oznacza zdolność do samodzielnej kontroli i swobody decyzyjności we wszystkich istotnych sprawach PAliH. Na podstawie § 20 ust. 1 statutu ma on prawo powoływać członków rady nadzorczej, czyli organu wykonującego stały nadzór nad działalnością spółki, dysponującego uprawnieniem do powoływania i odwoływania wszystkich członków zarządu spółki (§ 14 ust. 3 statutu). Prawa takiego nie mają jednocześnie inni ministrowie.

Zatem Izba uznała, że zamawiającym sprawującym kontrolę nad PAliH w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. a ustawy Prawo zamówień publicznych jest Minister Rozwoju i Finansów, którego obsługę zapewnia Ministerstwo Rozwoju. Stanowisko, iż zamawiającym miałby być w tym przypadku Skarb Państwa, w świetle powyższego, nie może być uznane za zasadne.

Izba uznała natomiast za słuszne stanowisko Zamawiającego, zgodnie z którym był on uprawniony do udzielenia PAliH zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, ponieważ w dniu wszczęcia postępowania PAliH spełniała przesłankę określoną w art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych.

Art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych wskazuje, 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.

Zamawiający wskazał, że – niezależnie od wcześniejszego powołania się na przepis art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych – istnieje możliwość alternatywnego sposobu ustalenia średniego przychodu PAliH, tj. na podstawie przepisu art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Zamawiający wskazał też, iż PAliH w zasadniczy sposób zmienia zakres swojego finansowania i realizacji zadań statutowych, a w założeniach ma otrzymywać środki pochodzące z budżetu państwa.

Nawet więc jeśli nie można odmówić słuszności stanowisku Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, że okoliczność ta powinna być wskazana już w pierwotnym uzasadnieniu

zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, co niewątpliwie ułatwiłoby proces oceny poprawności działań Zamawiającego – to jednak nie można też odmówić Zamawiającemu prawa do późniejszego dowodzenia legalności jego poczynañ, zwłaszcza gdy wywodzone są niekorzystne dla niego skutki.

Tym samym, zdaniem Izby, póki kontrola nie została zakończona, a Zamawiający udzielał wyczerpujących wyjaśnień, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych powinien był zbadać, czy rzeczywiście zaistniały lub nie zaistniały wskazywane przez Zamawiającego okoliczności świadczące o zgodności jego działań z prawem, a zatem, czy PAiIH w istocie spełniała (i spełnia, bo postępowanie nie zostało zakończone) warunki w zakresie prowadzonej działalności, ustalone na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził zaś jedynie, iż spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia danego postępowania (choć sama ustawa Prawo zamówień publicznych skupia się jednak na udzieleniu zamówienia, a nie wszczęciu postępowania w celu jego udzielenia). W związku z tym Prezes UZP uznał też, że planowane przekształcenia PAiIH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych nie uprawniają Zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności PAiIH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Prawo zamówień publicznych, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych. Ponadto wskazał, iż przedstawione przez Zamawiającego informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych reorganizacji działalności wykonawcy jeszcze nie doszło, gdyż – jak wynika z porównania treści § 3 statutu PAiIH z 8 sierpnia 2012 r. oraz § 3 statutu PAiIH nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji.

Zdaniem Izby ze stanowiskiem Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie można się zgodzić. Reorganizacja PAiIH trwa bowiem od kilkunastu miesięcy, o czym świadczy uchwała nr 14/2016 Rady Ministrów z 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju”, gdzie PAiIH powierzono nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, oraz szereg innych podjętych czynności, na które Zamawiający zwracał uwagę w złożonych zastrzeżeniach. Bez wątplenia reorganizacja ta miała miejsce już w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia w trybie zamówienia z wolnej ręki. Brak jest podstaw do uznania, iż dopiero zmiana zasadniczego zakresu i celu działania Agencji w statucie spółki uprawnia do stwierdzenia, że doszło do reorganizacji. W skrócie – jak wskazuje sama nazwa, „reorganizacja” jest to „ponowna organizacja”, czy „zmiana organizacji”. W spółkach prawa handlowego z pewnością będą to łączenia, podziały i przekształcenia spółek, ale również zmiana schematu organizacyjnego, wymiana kadry pracowniczej, wprowadzenie zmian w systemie finansowania,

przystosowanie profilu działania spółki do innej grupy odbiorców, nowych zadań itp. W przypadku PAliH jednym z elementów tej reorganizacji jest też wprowadzenie nowych przepisów w randze ustawowej. Izba zgadza się w tym zakresie z argumentacją przedstawioną przez Zamawiającego i nie będzie jej powielać.

Jak wskazuje treść art. 67 ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych sam fakt reorganizacji nie jest wystarczający do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Warunkiem *sine qua non* jest okoliczność, że reorganizacja ta powoduje, iż dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. W ocenie Izby w rozpoznawanym przypadku nie zachodzi okoliczność niedostępności ww. danych, Zamawiający zresztą takich okoliczności nie podnosił. Zwracał natomiast uwagę na nieadekwatność danych w związku z prowadzoną reorganizacją i zaprezentował dane, z których wynika, że w roku 2017 zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 90,19% działalności, zaś pozostała działalność stanowić będzie 9,81% ogólnej działalności oraz dane, z których wynika, że w latach 2017-2018 zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 93,55% działalności, zaś pozostałe zadania – 6,45% działalności (Prezes Urzędu Zamówień Publicznych nie zakwestionował prawdziwości i prawidłowości tych danych).

W związku z tym, iż podane przez Zamawiającego dane, ustalone na podstawie art. 67 ust. 8, różnią się od danych ustalonych na podstawie ust. 9 ustawy Prawo zamówień publicznych, przyjęć należy, iż są one nieadekwatne w rozumieniu tego przepisu, co uprawniało Zamawiającego do zastosowania przepisu ust. 9.

Wskazaną podstawą udzielenia zamówienia był art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, wobec którego regulacje zawarte w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Prawo zamówień publicznych mają charakter dodatkowy i pomocniczy i same w sobie nie są podstawą udzielenia zamówienia. Aby więc Zamawiający mógł zastosować art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, muszą zaistnieć przesłanki wskazane w ust. 8 albo w ust. 9.

W ocenie Izby, jeżeli w toku kontroli okazało się, że procent działalności wyliczony na podstawie art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych, nie uprawniał Zamawiającego do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych, możliwe było wskazanie, że spełniona została przesłanka opisana w ust. 9 tego artykułu. Celem kontroli powinno być bowiem przede wszystkim ustalenie, czy Zamawiający w ogóle miał prawo zastosować tryb zamówienia z wolnej ręki, nie zaś sama okoliczność, czy powołał się od samego początku na właściwy przepis, a w tym przypadku – na właściwą metodę obliczenia wymaganego procentu działalności spółki.

Tym samym również zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Prawo zamówień publicznych Izba uznała za nieuzasadniony.

Mając powyższe na uwadze, Izba wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

Przewodniczący:

.....

.....