

Sygn. akt: KIO/KD 8/21

**UCHWAŁA**  
**KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ**

**z dnia 14 czerwca 2021 r.**

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 20 maja 2021 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

**Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie**

dotyczących informacji o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11 maja 2021 r.,  
(znak **UZP/DKZP.WKZ3.442.81.2021.EG**) dot. **KND/85/21/DKZP**

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na:

**badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (2021-2022)**

**Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:**

**Przewodniczący: Przemysław Dzierzędzki**

**Członkowie: Anna Chudzik**

**Danuta Dziubińska**

wyraża następującą opinię:

**zastrzeżenia zamawiającego z dnia 20 maja 2021 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2021 r. nie zasługują na uwzględnienie.**

## Uzasadnienie

### I.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej zwany „Prezesem UZP”, „kontrolującym”) wszczął kontrolę doraźną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na „badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (2021-2022)” prowadzonego przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. w Warszawie (zwaną dalej „zamawiającym”).

W dniu 11 maja 2021 r. Prezes UZP w informacji o wyniku kontroli wskazał, że stwierdził naruszenie przez Zamawiającego przepisów:

- 1) art. 62 ust. 1 pkt 4 w związku z art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004 poprzez zastosowanie trybu zamówienia negocjacje bez ogłoszenia bez zaistnienia ustawowych przesłanek, czym Zamawiający naruszył zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasadę prymatu trybów przetargowych,
- 2) art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004 poprzez przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego.

Prezes UZP wskazał w informacji, że ustalił, iż Zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego *na badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (2021-2022)* w trybie negocjacje bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 poprzez przekazanie w dniu 4 września 2019 r. wybranym wykonawcom zaproszenia do wzięcia udziału w negocjacjach.

Zamawiający wyjaśnił, iż bezpośrednio przyczyną wszczęcia postępowania w trybie negocjacje bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 było unieważnienie uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz pilna potrzeba udzielenia zamówienia.

Prezes UZP wskazał, że jak wynika z dokumentacji przesłanej przez zamawiającego uprzednio prowadzone postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na *badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych Spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2*

lata (lata 2021-2022), nr postępowania: ZP/PN/19/2019, zostało wszczęte poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w dniu 17 lipca 2019 r. w Dzienniku Urzędowym UE (nr ogłoszenia 2019/S 136-335468). Do upływu terminu składania ofert wpłynęły następujące oferty:

	<b>Nazwa wykonawcy</b>	<b>Cena</b>	<b>Suma punktów w ramach kryteriów oceny ofert (40% cena, 60% doświadczenie kluczowego personelu)</b>
<b>Oferta nr 1</b>	<p>Konsorcjum w składzie:</p> <p>1. Grupa G. - Audyt Sp. z o.o. Sp. k. – Lider konsorcjum, ul. Matejki Jana 4, 40-077 Katowice</p> <p>2. POL-TAX 2 sp. z o.o. ul. Bora Komorowskiego 56C lok. 91, 03-982 Warszawa</p> <p>3. ECOVIS SYSTEM REWIDENT sp. z o.o. ul. Garażowa 5A, 02-651 Warszawa</p>	2 893 452,00 zł	40 pkt
<b>Oferta nr 2</b>	<p>KPMG Audyt sp. z o.o. Sp. k.</p> <p>ul. Inflancka 4A</p> <p>00-189 Warszawa</p>	7 151 712,00 zł	76,18 pkt
<b>Oferta nr 3 (oferta odrzucona)</b>	<p>1. BDO sp. z o.o. Sp. k., ul. Postępu 12, 02-676 Warszawa – Lider konsorcjum</p> <p>2. KPW Audytor Sp. z o.o.,</p>		

	ul. Tymienieckiego 25c/410, Łódź  3. MSR Audyt sp. z o.o., ul. Szosa Chełmińska 176/11, 87-100 Toruń	2 778 000,00 zł	
--	---	-----------------	--

Prezes UZP ustalił także, że bezpośrednio przed otwarciem ofert zamawiający podał kwotę, jaką zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia, tj. 3 018 912,00 zł.

Organ kontrolujący ustalił, że pismem z dnia 30 sierpnia 2019 r. zamawiający przekazał informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego. Jako podstawę unieważnienia powyższego zamówienia zamawiający wskazał art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.

Następnie Prezes UZP wskazał, że w dniu 9 września 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa G. — Audyt sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, Pol-Tax 2 sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Ecovis System Rewident sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec:

- 1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wbrew art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 pomimo, że cena najkorzystniejszej oferty lub oferta z najniższą ceną nie przewyższa kwoty, którą zamawiający zamierza przeznaczyć na sfinansowanie zamówienia;
- 2) zaniechania odrzucenia oferty wykonawcy KPMG Audyt sp. z o. o. sp. k. wbrew art. 89 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp2004 w związku z art. 104 Kodeksu cywilnego stosowanego po myśli art. 14 ustawy Pzp2004 pomimo, że ten nie złożył wymaganych pełnomocnictw albo złożył wadliwe pełnomocnictwa;
- 3) zaniechania wezwania wykonawcy do uzupełnienia dla członków zarządu komplementariusza wykonawcy (tj. Pani S. L. i Pana M. D.) informacji z Krajowego Rejestru Karnego w zakresie określonym w art. 24 ust. 1 pkt 14 ustawy Pzp2004 – wbrew art. 26 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp2004, pomimo że wykonawca takich dokumentów nie złożył (dot. p. S. L.) lub złożony dokument nie potwierdza stanu na dzień składania ofert (dot. p. M. D.), co poprzedzi uznanie, że wykonawca nie spełnia podmiotowych warunków udziału w postępowaniu;
- 4) zaniechania ujawnienia informacji niestanowiących tajemnicy przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji wbrew art. 8 ust. 1 i ust. 3 ustawy Pzp2004 pomimo że wykonawca, nie później niż w terminie składania ofert lub wniosków

o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, nie zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane, a w szczególności pomimo że nie wykazał, iż zastrzeżone informacje stanowią tajemnicę przedsiębiorstwa.

Organ kontrolujący ustalił także, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 24 września 2019 r. (sygn. akt. KIO/1761/19) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania oraz powtórzenie czynności badania i oceny ofert.

Następnie Prezes UZP ustalił, że pismem z dnia 30 września 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców uczestniczących w postępowaniu, że *w związku z wyrokiem Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 24 września 2019 r., sygn. akt KIO 1761/19 unieważnia czynność unieważnienia przedmiotowego postępowania*. Jednocześnie wskazał, iż *powtórzy czynność badania i oceny ofert*.

Kolejno Prezes UZP ustalił, że w dniu 21 października 2019 r. zamawiający poinformował wykonawców o powtórnym unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wskazując jako podstawę przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004. Zamawiający dokonując ponownej oceny złożonych ofert stwierdził, że *w przedmiotowym postępowaniu istnieje kolizja pomiędzy dyspozycją art. 26 ust. 3a ustawy Pzp2004, a przyjętymi w SIWZ zapisami, które mogłyby zostać usunięte w drodze zmiany postanowień SIWZ, jednak nie po upływie terminu składania ofert, co wynika z brzmienia art. 38 ust. 4 ustawy Pzp2004*. Według zamawiającego przygotowana przez niego SIWZ zawiera błąd, którego nie można usunąć na obecnym etapie. Zamawiający dodał też, że *opisane w SIWZ kryteria są niezgodne z art. 91 ust. 3 oraz 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp2004*. W informacji o unieważnieniu postępowania zamawiający wprost wskazał, że *stworzenie przez zamawiającego błędnie opisanego kryterium, może zatem prowadzić do złożenia (zgodnie z postanowieniami SIWZ) oferty utrudniającej innym przedsiębiorcom dostępu do rynku (zamówienia), a więc oferty, której złożenie może stanowić czyn nieuczciwej konkurencji zgodnie z art. 15 ust. 1 ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*. Zamawiający zwrócił uwagę, że *zaburzenie uczciwej konkurencji wynikało nie tylko z samego opisu kryterium, ale także innych postanowień SIWZ, tj. braku skutecznych mechanizmów (w SIWZ i wzorze IPU) dyscyplinujących nieuczciwego wykonawcę lub sankcjonujących nieracjonalne deklaracje w ofercie, (...) brak kar umownych za nieskierowanie do realizacji zamówienia liczby osób wynikającej z oferty, brak postanowień umożliwiających weryfikację faktycznego uczestnictwa w realizacji zamówienia (...)*. Zamawiający przyznał, że *takie sformułowanie kryteriów i warunków zamówienia jest sprzeczne z zasadą uczciwej*

*konkurencji. Zamawiający podkreślił, że powyższe okoliczności nie tylko świadczą o naruszeniu zasady uczciwej konkurencji w postępowaniu, ale przede wszystkim wskazują na naruszenie literalnego brzmienia art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp2004. Zamawiający uznał zatem, iż dokumentacja postępowania zawiera nieusuwalną wadę, która uniemożliwia zawarcie ważnej umowy i skutkuje koniecznością unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004.*

Prezes UZP wskazał także, że jako dodatkowe argumenty wskazujące na konieczność unieważnienia postępowania zamawiający podał brak interesu publicznego w prowadzeniu postępowania w myśl przesłanek zawartych w art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004 i zasady równego traktowania wykonawców oraz wątpliwości co do możliwości zastosowania trybu przetargu nieograniczonego.

Prezes UZP ustalił także, że w dniu 31 października 2019 r. wykonawcy wspólnie ubiegający się o udzielenie zamówienia: Grupa G. — Audyt sp. z o. o. sp. k. z siedzibą w Katowicach, Pol-Tax 2 sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie, Ecovis System Rewident sp. z o. o. z siedzibą w Warszawie wnieśli odwołanie wobec:

- 1) czynności unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia wbrew art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 – pomimo, że postępowanie nie jest obarczone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego,
- 2) zaniechania przeprowadzenia czynności badania i oceny wbrew art. 91 ust. 1 ustawy Pzp2004.

Kolejno Prezes UZP ustalił, że Krajowa Izba Odwoławcza wyrokiem z dnia 14 listopada 2019 r. (sygn. akt. KIO/2212/19) uwzględniła odwołanie i nakazała zamawiającemu dokonanie: unieważnienia czynności unieważnienia postępowania i dokonanie czynności badania i oceny ofert. Zamawiający złożył skargę do Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy na powyższy wyrok.

Prezes UZP wskazał także, że pismem z dnia 5 marca 2020 r. zamawiający poinformował o kolejnym unieważnieniu postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego wskazując jako podstawę prawną przesłanki wynikające z art. 93 ust. 1 pkt 6 i 7 ustawy Pzp2004 wskazując, iż wystąpiła istotna zmiana okoliczności powodująca, że prowadzenie postępowania lub wykonanie zamówienia nie leży w interesie publicznym, czego nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający argumentując unieważnienie postępowania

poinformował, że na rynku zamówień publicznych, zdarzają się przypadki tzw. zamówień zawieszonych, czyli formalnoprawnie nie zakończonych, ale też bez możliwości zawarcia umowy. Brak możliwości zawarcia umowy może wynikać przykładowo z braku środków lub ze zmiany potrzeb, które leżały u podstaw wszczęcia danego postępowania. Wówczas, gdy interes zamawiającego jest tożsamy z interesem publicznym, a udzielenie zamówienia godziłoby w ten interes publiczny, należy dane postępowanie unieważnić. Dodał, że terminy wykonania zamówienia wskazane w Rozdziale V SIWZ upłynęły, zanim zamawiający zawarł umowę. Zamawiający wskazał, że w przypadku postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego ani termin początkowy, ani też termin końcowy wykonania zamówienia określony przez zamawiającego w SIWZ z przyczyn związanych z trwającą procedurą odwoławczą nie został dotrzymany, co oznacza w istocie, że nie ma możliwości zawarcia i wykonania umowy o zamówienie publiczne, a dalsze procedowanie w tym zakresie nie leży w interesie publicznym. Dodał, że w przedmiotowym postępowaniu, ze względu na jego specyfikę, a mianowicie podleganie rygorom i wymaganiom innych przepisów, nastąpiła istotna zmiana okoliczności (uchybiecie terminom ustawowym do przeprowadzenia badania), której nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający uznał, iż w obecnym stanie rzeczy, bezsprzecznie zdezaktualizowała się potrzeba zawarcia umowy, a zatem realizacja przedmiotu zamówienia poczytywana byłaby jako niecelowa forma redystrybucji środków publicznych.

Prezes UZP wskazał także, że Zamawiający dodał, iż terminy wykonania zamówienia determinują także sytuację, w której unieważnienie postępowania powinno nastąpić również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004, gdyż postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego polegającą na tym, że zakres świadczenia wykonawcy wynikający z umowy nie byłby tożsamy z jego zobowiązaniem zawartym w ofercie (art. 140 ust. 1 ustawy Pzp2004).

Prezes UZP ustalił ponadto, że zamawiający wszczął postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na *badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (2021-2022)* w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.

Organ kontrolujący ustalił również, że w punkcie 4 protokołu postępowania (druk ZP-NBO) zamawiający w uzasadnieniu zastosowania trybu negocjacje bez ogłoszenia wskazał, że zamierza udzielić zamówienia na usługi biegłego rewidenta w celu przygotowania sprawozdania finansowego za rok 2019 i 2020. Zakres przedmiotu zamówienia wyznacza treść art. 66 ust. 5

*ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym kierownik jednostki zawiera z firmą audytorską umowę na badanie sprawozdania finansowego w terminie umożliwiającym firmie audytorskiej udział w inwentaryzacji znaczących składników majątkowych. Inwentaryzacja składników majątku powinna rozpocząć się zgodnie z przepisami 3 miesiące przed końcem roku obrotowego. Zaznaczył, iż w przypadku ARP i spółek objętych zamówieniem biegły rewident powinien rozpocząć prace w październiku 2019 r. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta do końca września 2019 r.*

*Zamawiający nadmieniał, że zakres badania obejmuje 13 spółek podległych ARP S.A., a więc liczba pozycji podlegających zinwentaryzowaniu i dalszemu badaniu wyklucza możliwość jakiegokolwiek skrócenia terminu 3 miesięcznego.*

*Zamawiający poinformował, że w lipcu 2019 roku wszczął postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego w przedmiotowym zakresie. W postępowaniu złożone zostały 3 oferty. Z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego postępowanie będzie unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. W przedmiotowym przypadku ARP S.A. nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych do wysokości ceny najkorzystniejszej.*

*Zamawiający uznał, iż w takim stanie faktycznym i prawnym w celu zadośćuczynienia przepisom ustawy o rachunkowości oraz ustawie Pzp2004, ale także w celu ustalenia warunków realizacji zamówienia w sposób możliwy do wykonania (przede wszystkim w zakresie terminu), należy udzielić zamówienia tak, aby umowę zawrzeć jeszcze we wrześniu 2019 r. W przeciwnym wypadku należy spodziewać się, iż żaden wykonawca nie złoży oferty, ponieważ realizacja sprawozdania wraz z inwentaryzacją za rok 2019 stanie się niemożliwa do wykonania w terminach wynikających z ustawy o rachunkowości.*

*Zamawiający zaznaczył, iż spółka musi otrzymać sprawozdanie z odpowiednim wyprzedzeniem, aby możliwe było jego zatwierdzenie przez zwyczajne zgromadzenie akcjonariuszy. Dlatego też uznał, iż udzielenie zamówienia we wrześniu jest możliwe realnie tylko wtedy, gdy zamawiający zastosuje jeden z trybów niekonkurencyjnych, ponieważ nawet zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego ze skróconym terminem składania ofert (15 dni) uniemożliwi udzielenie zamówienia w zakładanym terminie.*

*Zamawiający poinformował, iż w odniesieniu do usługi świadczonej przez biegłego rewidenta w zakresie 2019 roku (...) już w 2018 roku wszczął postępowanie w celu zawarcia*



*umowy z wykonawcą, jednak w wyniku orzeczenia KIO został zobowiązany do powtórzenia niektórych czynności. Co w konsekwencji spowodowało opóźnienie w rozstrzygnięciu postępowania i jego unieważnienie w maju 2019 roku.*

W uzasadnieniu zastosowania trybu negocjacje bez ogłoszenia zamawiający wskazał, iż podstawą wszczęcia kolejnego postępowania była uchwała Rady Nadzorczej ARP S.A. z dnia 14 maja 2019 r. (nr 42/VI/2019), która została zmieniona uchwałą z dnia 18 czerwca 2019 r. (nr 52/OB/2019). Jak zaznaczył zamawiający wskazana uchwała *określiła warunki udziału w postępowaniu oraz założenia kryteriów oceny ofert dla przedmiotowego postępowania. Jednocześnie Rada Nadzorcza ARP S.A. zobowiązała Zarząd Spółki do objęcia zamówieniem wspólnym wybrane spółki z Grupy Kapitałowej.*

W zawiązku z powyższym jak wskazał zamawiający *konieczne było wystąpienie do Rad Nadzorczych tych spółek o podjęcie stosownych uchwał oraz uzyskanie od zarządów tych spółek upoważnień do działania w ich imieniu i na ich rzecz.*

Zamawiający poinformował, iż *równoległe do pozyskiwania zgód korporacyjnych spółek z Grupy Kapitałowej ARP SA. rozpoczęła przygotowania do wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne.*

Zamawiający w lipcu 2019 r. podjął ponowną próbę udzielenia zamówienia — w trybie przetargu nieograniczonego. Jak wskazał zamawiający złożone oferty przekraczały jego możliwości finansowe. Nadmienił, że *z przyczyn niezależnych od siebie dwukrotnie nie był w stanie udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym. Obecnie z uwagi na przepisy ustawy o rachunkowości nie ma możliwości wszczynania postępowania w trybie przetargu po raz trzeci.*

Zamawiający podkreślił, iż *podjął próbę udzielenia zamówienia na usługi biegłego rewidenta w zakresie sprawozdania za rok 2019 z odpowiednim wyprzedzeniem (około rok czasu), a okoliczności opóźniające udzielenie zamówienia, które wystąpiły w obu postępowaniach (interpretowane łącznie) wykroczyły poza standardowe terminy wynikające z ustawy Pzp2004.*

Zamawiający zaznaczył, iż *należycie oszacował wartość zamówienia a koszty realizacji zamówienia zostały ustalone zgodnie z ustawą Pzp2004. Jednak jak wskazał w uzasadnieniu wyboru trybu zamówienia wartość najkorzystniejszej oferty była sześciokrotnie wyższa od wartości oszacowanej, a to już trudno przewidzieć. Jak wskazał zamawiający wykonawca, którego oferta była najkorzystniejsza skorzystał zwyczajnie na tym, iż zamawiający zgodnie z*

*ustawą Pzp2004 ustalił pozacenowe kryteria wyboru wykonawcy, co jest nie tylko obowiązkiem wynikającym z przepisów, ale również jest zgodne z obecnym na rynku zamówień trendem. W takim przypadku wykonawca mając pewność, iż uzyska maksymalną liczbę punktów w pozostałych kryteriach (głównie chodzi o doświadczenie personelu wykonawcy) może podać wyższą cenę i liczyć, iż uzyska i tak wysoką punktację łączną. Zdaniem zamawiającego decyzja wykonawców składających niewspółmiernie drogie oferty do zakresu zamówienia, była okolicznością nieprzewidzianą, która normalnie nie występuje, a jednocześnie jest wymuszona przez przepisy ustawy Pzp2004 (kryteria pozacenowe) i zamawiający nie ponosi za nie odpowiedzialności. Zamawiający uznał, iż powyższe okoliczności potwierdzają, że upływ czasu, który wystąpił od podjęcia decyzji o wszczęciu pierwszego postępowania do obecnej chwili wyniknął z okoliczności, za które zamawiający nie ponosi odpowiedzialności i które wystąpiły pomimo zachowania należytej staranności przy planowaniu udzielania zamówień. Zamawiający podkreślił również, że przepisy ustawy o rachunkowości wymagają rozpoczęcia prac przez biegłego rewidenta na początku października br. (2019 r.), a zatem występuje konieczność pilnego udzielenia zamówienia. Według zamawiającego przytoczone powyżej argumenty potwierdzają wystąpienie przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.*

Prezes UZP ustalił także, że Zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia poprzez przekazanie w dniu 4 września 2019 r. wykonawcom zaproszeń do negocjacji. Zaproszenia do negocjacji zostały przekazane poniższym wykonawcom:

1. BDO Polska sp. z o. o. sp.k.
2. Grant Thornton Polska sp. z o.o. sp. k.
3. PricewaterhouseCoopers Polska sp. z o. o. Audyt sp. k.
4. Ernst & Young Audyt Polska sp. z o.o. sp. k.
5. Deloitte Audyt sp. z o.o. sp. k.

Negocjacje z zaproszonymi wykonawcami odbyły się w dniach 10 – 11 września 2019 r. Do negocjacji nie przystąpił wykonawca PricewaterhouseCoopers Polska sp. z o. o. Audyt sp. k.

Prezes UZP ustalił ponadto, że pismami z dnia 16 września 2019 r. zamawiający przekazał wykonawcom zaproszenia do składania ofert. Wraz z zaproszeniami do składania ofert zamawiający przekazał wykonawcom SIWZ, wyznaczając termin składania ofert na dzień 23 września 2019 r.

Do upływu terminu składania ofert wpłynęły dwie oferty złożone przez ww. wykonawców:

L.p.	Wykonawca	Cena brutto	Liczba punktów
------	-----------	-------------	----------------

		oferty	przyznanych w ramach kryteriów oceny ofert (40% cena, 60% doświadczenie kluczowego personelu)
Oferta 1	BDO Polska sp. z o. o. sp.k.	4 426 032,00 zł	55,17 pkt
Oferta 2	Wykonawcy występujący wspólnie: 1. Grant Thornton F. sp. z o.o. sp. k. 2. Grant Thornton Polska sp. z o.o. sp. k.	3 337 924,80 zł	70 pkt

Prezes UZP ustalił również, że w dniu 29 października 2019 r. zamawiający dokonał wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej przez wykonawców występujących wspólnie: Grand Thornton F. sp. z o.o. sp. k. i Grand Thornton Polska sp. z o.o. sp. k. Umowa z ww. wykonawcą została zawarta w dniu 29 listopada 2019 r.

W tak ustalonym stanie faktycznym Prezes UZP podniósł, że jak wynika z art. 10 ust. 1 ustawy Pzp2004 podstawowymi trybami udzielenia zamówienia publicznego są przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony. Odstąpienie od przeprowadzenia postępowania w trybach podstawowych regulują przepisy ustawy Pzp2004, które muszą być zawsze interpretowane ściśle z uwagi na fakt, iż skorzystanie z innych trybów jest wyjątkiem od ogólnej zasady stosowania trybów podstawowych, a podmiot, który się na nie powołuje musi być w stanie udowodnić wystąpienie tych przesłanek. Również w świetle orzecznictwa ETS, przesłanki zastosowania trybu negocjacje bez ogłoszenia muszą podlegać wykładni ścisłej, zaś ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności uzasadniających zastosowanie wyjątku spoczywa na tym, kto z tego faktu wywodzi skutki prawne (w przedmiotowym stanie faktycznym – na zamawiających) (tak m. in. wyrok ETS z dnia 18 listopada 2004 r. w sprawie Komisja przeciw Republice Federalnej Niemiec C-126/03).

Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacje bez ogłoszenia, jeżeli ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia

niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Przepis art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 dopuszcza zatem zastosowanie trybu negocjacje bez ogłoszenia, w sytuacji, gdy zostaną spełnione kumulatywnie następujące przesłanki:

1. występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
2. pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego;
3. wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia;
4. nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

W ocenie Prezesa Urzędu, zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacje bez ogłoszenia na badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych spółek z GK ARP na lata 2019 – 2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (2021 – 2022).

W pierwszej kolejności Prezes UZP podniósł, iż zamawiający nie wykazał, że w niniejszym stanie faktycznym mieliśmy do czynienia z sytuacją, której nie można było wcześniej przewidzieć. Zamawiający jako sytuację, której nie mógł wcześniej przewidzieć wskazał konieczność unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego na badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych Spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (lata 2021-2022), nr postępowania: ZP/PN/19/2019. Prezes UZP wywiódł, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, cechę okoliczności, których nie można przewidzieć można przypisać wyłącznie zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego i społecznego, w szczególności zdarzeniom losowym, awariom, klęskom żywiołowym (powodzie, lawiny, sezonowe pożary itp.), które wymagają podjęcia natychmiastowych działań zabezpieczających lub podjęcia innych niestandardowych działań w następstwie zaistniałej sytuacji. Mając powyższe na uwadze Prezes UZP odmówił okoliczności unieważnienia postępowania charakteru zdarzenia, którego nie

można przewidzieć. Unieważnienie postępowania jest przewidziane w procedurach dotyczących udzielania zamówień. Zamawiający musi więc brać pod uwagę konieczność unieważnienia postępowania bądź jego części w razie wystąpienia jednej z przesłanek wskazanych w art. 93 ust. 1 ustawy Pzp2004. Określenie w ustawie Pzp2004 przesłanek obligatoryjnego unieważnienia postępowania o zamówienie publiczne, wyklucza uznanie unieważnienia postępowania za okoliczność niemożliwą do przewidzenia. Pismem z dnia 22 listopada 2019 r. zamawiający wskazał, iż *prowadzone uprzednio postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego zostało unieważnione na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 Pzp2004 z uwagi na fakt, iż cena najkorzystniejszej oferty przekracza możliwości finansowe zamawiającego a ARP S.A. nie ma możliwości zwiększenia środków finansowych do wysokości ceny najkorzystniejszej.* W związku z powyższym Prezes UZP wskazał na wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 2 stycznia 2020 r. (sygn. akt. KIO/2568/19). W wyroku tym Izba stwierdziła, że *odnosząc się do przesłanki braku możliwości przewidzenia pilności udzielenia zamówienia, należy zauważyć, że konieczność unieważnienia postępowania z powodu tego, że cena najkorzystniejszej oferty przewyższa kwotę przeznaczoną na sfinansowanie zamówienia, nie jest okolicznością wyjątkową, o czym świadczy choćby fakt, że została wprost przewidziana w art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Zdaniem Prezesa UZP nie można uznać, że zaistniało zdarzenie, którego nie dało się wcześniej przewidzieć przy dołożeniu należytej staranności. Zgodnie z opinią Rzecznika Generalnego z dnia 24 lutego 2005 r. w sprawie C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji, władze publiczne zamierzające udzielić zamówienia są zobowiązane do dochowania należytej staranności, w związku z czym muszą być świadome konieczności dopełnienia wszelkich obowiązków związanych z zamówieniem i wynikających z prawa krajowego, takich jak konieczność dochowania terminów (...).* Podobnie skorzystanie przez wykonawcę z przewidzianych prawem środków odwoławczych nie jest powodem do odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie zapewniającym warunki konkurencyjne (wyrok NSA z dnia 28 lutego 2003 r. sygn. akt II SA 2064/01). Niezależnie od powyższego Prezes UZP zwracał uwagę, iż ww. czynność unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 została następnie zakwestionowana w wyroku KIO z dnia 24 września 2019 r. (sygn. akt. KIO/1761/19) w związku ze złożonym w niniejszej sprawie odwołaniem.

Prezes UZP zwracał też uwagę, iż zamawiający poinformował wykonawców o czynności unieważnienia postępowania w trybie przetargu nieograniczonego w dniu 30 sierpnia 2019 r. zaś zaproszenie do negocjacji w trybie negocjacje bez ogłoszenia zostało przesłane wykonawcom w dniu 4 września 2019 r. Oznacza to, że zamawiający wszczął postępowanie w trybie negocjacje bez ogłoszenia przed upływem terminu na złożenie odwołania. Zgodnie z ww.

wyrokiem KIO z dnia 2 stycznia 2020 r. (sygn. akt. KIO/2568/19) w takiej sytuacji *zamawiający przyczynił się do tego, że prawidłowość wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia jest kwestionowana w czasie, gdy nie została ostatecznie rozstrzygnięta prawidłowość unieważnienia postępowania prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego.*

Zdaniem Prezesa UZP Zamawiający nie wykazał również przesłanki pilności udzielenia zamówienia. Pilność udzielenia zamówienia musi stanowić konsekwencję zaistnienia okoliczności, których wcześniej nie dało się przewidzieć. Na ogół pilność jest podyktowana koniecznością uniknięcia negatywnych konsekwencji, które spowodowane byłyby niepodjęciem w określonym czasie stosownych działań. W tym przypadku należy jednak przestrzegać zasady proporcjonalności, a zatem *zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno jedynie dotyczyć zakresu, który jest absolutnie konieczny i niezbędny do usunięcia skutków nieprzewidzianego zdarzenia, zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego w czasie niezbędnym do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach uczciwej konkurencji* (orzeczenie Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości C-107/92 Komisja przeciwko Republice Włoch oraz C-394/02 Komisja przeciwko Republice Grecji).

Prezes UZP podniósł, że zgodnie z dokumentacją przekazaną przez zamawiającego badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych Spółek z GK ARP dotyczyło lat 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (lata 2021-2022). W wyroku z dnia 27 stycznia 2011 r. (sygn. akt. KIO/88/11) KIO wskazała, iż *zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia powinno być udzielane jedynie w zakresie koniecznym do ograniczenia lub zapobieżenia skutkom nieprzewidywalnego zdarzenia, wystarczającym na przeprowadzenie postępowania w trybie konkurencyjnym, (...) umowa, zawarta w wyniku niekonkurencyjnego trybu, powinna być umową zawartą jedynie na okres wystarczający na przeprowadzenia postępowania o zamówienie publiczne w trybie konkurencyjnym.* W wyroku z dnia 7 stycznia 2016 r. (sygn. akt. KIO/73/15) KIO wprost stwierdziła, że *udzielenie zamówienia w tym trybie co do zasady powinno ograniczyć się tylko do zakresu koniecznego do zapobieżenia negatywnym skutkom nieprzewidzianego zdarzenia.* Zamawiający wskazał, iż *termin obowiązywania umowy upływa w dniu 31.12.2021 r., z zastrzeżeniem możliwości skorzystania przez zamawiającego z prawa opcji.* Udzielone przez zamawiającego zamówienie obejmuje badania ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych za rok obrotowy kończący się 31 grudnia 2019 r., za rok obrotowy kończący się 31 grudnia 2020 r. oraz opcjonalnie: za rok obrotowy kończący się

31 grudnia 2021 r. oraz za rok obrotowy kończący się 31 grudnia 2022 r. Zdaniem Prezesa UZP nie można zatem uznać, iż określony przez zamawiającego okres realizacji zamówienia obejmujący badanie sprawozdań w okresie od dwóch do czterech lat był niezbędny do przeprowadzenia procedury udzielania zamówień publicznych w warunkach nieograniczonej konkurencji w jednym z trybów podstawowych. Zdaniem Prezesa UZP, możliwość udzielenia zamówienia na podstawie ww. przepisu, musi być ograniczona do zabezpieczenia najpilniejszych, bieżących potrzeb zamawiającego. W konsekwencji, zamówienie, które ma być realizowane przez kilka lat, co do zasady, nie może być udzielone na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Tym samym, błędnym było założenie zamawiającego, iż w przypadku niniejszego zamówienia ustawowa przesłanka konieczności pilnego udzielenia zamówienia mogła mieć miejsce przez okres co najmniej dwóch lat.

Organ kontrolujący dodał, iż zamawiający uzasadniając pilną potrzebę udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia wskazał, iż *w przypadku ARP i spółek objętych zamówieniem biegły rewident powinien rozpocząć prace w październiku 2019 r. Zatem umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta do końca września 2019 r.* W związku z powyższym Prezes UZP zauważył, iż umowa z wybranym wykonawcą została podpisana w dniu 29 listopada 2019 r.

Zdaniem Prezesa UZP kolejną przesłanką, która musi zostać spełniona aby można było udzielić zamówienia w oparciu o art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 jest, wykazanie przez zamawiającego, że nie dające się przewidzieć okoliczności powodujące pilną potrzebę udzielenia zamówienia nie wynikają z przyczyn leżących po stronie zamawiającego. Jak wskazał w wyroku z dnia 28 lutego 2003 r. Naczelny Sąd Administracyjny (sygn. akt II SA 2064/01), okoliczności te nie mogą być spowodowane działaniem lub zaniechaniem zamawiającego, a muszą stanowić konsekwencję okoliczności, które wystąpiły pomimo, że zamawiający przygotował i przeprowadził postępowanie z należytą starannością.

Odnosząc się do przesłanki dotyczącej zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia w związku z pilną potrzebą udzielenia zamówienia nie wynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, Prezes UZP zauważył, że w toku postępowania wyjaśniającego prowadzonego przez niego, pismem z dnia 30 kwietnia 2020 r. zamawiający wskazał, iż w związku z odwołaniem wniesionym na czynność zamawiającego dotyczącym unieważnienia uprzednio prowadzonego postępowania w trybie przetargu nieograniczonego oraz wyroku KIO nakazującym unieważnienie czynności unieważnienia oraz ponowną ocenę ofert, zamawiający kierując się dokonanyymi przez KIO ustaleniami zauważył, że wprowadzone przez

zamawiającego w SIWZ zapisy dotyczące możliwości złożenia pełnomocnictwa są nieprecyzyjne przez co wykonawcy mogą mieć uzasadnione wątpliwości co do możliwości złożenia lub uzupełnienia pełnomocnictwa. Zamawiający dodał, że analizując zapisy SIWZ zidentyfikował kolejne wady postępowania *mające wpływ na kształt złożonych ofert, a przez to wypaczających wynik postępowania, w tym w szczególności zauważył że przyjęte kryterium oceny ofert odnoszące się do doświadczenia osób skierowanych do realizacji zamówienia ze względu na dopuszczenie punktowania w ofercie nieograniczonej liczby biegłych, naruszają art. 91 ust. 2 pkt 5 ustawy Pzp2004*. Zamawiający przyznał, że wprowadzone przez niego w SIWZ zapisy dotyczące kryteriów oceny ofert stanowiły istotne ograniczenie uczciwej konkurencji i przyczyniły się do złożenia ograniczonej liczby ofert. Zamawiający podkreślił również, że po ponownym dokonaniu oceny ofert okazało się, że prowadzone postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. W związku z powyższym zamawiający podjął decyzję o ponownym unieważnieniu postępowania powołując się na przesłankę wynikającą z art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004.

Prezes UZP podniósł, że jak zauważył sam zamawiający to właśnie na nim spoczywa obowiązek przygotowania SIWZ z zachowaniem należytej staranności, z poszanowaniem konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zgodnie z zasadami proporcjonalności. Obowiązkiem zamawiającego jest nie tylko przygotowanie, ale też przeprowadzanie postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z powyższymi zasadami. Zgodnie z wyrokiem KIO z dnia 19 listopada 2009 r. (sygn. akt. KIO/1576/09) zamawiający powołując się na zastosowanie trybu negocjacje bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 musi udowodnić, że *pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po jego stronie. Chodzi tu nie tylko o winę umyślną zamawiającego, ale również o winę nieumyślną w postaci lekkomyślności i niedbalstwa. Obowiązkiem zamawiającego jest również wykazanie, iż przy zachowaniu należytej staranności nie mógł wcześniej przewidzieć określonej sytuacji*. KIO w wyroku z dnia 7 stycznia 2016 r. (sygn. akt. KIO/73/15) jasno wskazała, że *powstanie pilnej potrzeby udzielenia zamówienia nie może wynikać z niestaranności lub niedbalstwa zamawiającego*. Mając na uwadze ustalony w toku postępowania wyjaśniającego stan faktyczny Prezes UZP wskazał, że zamawiający nie tylko nie wykazał zachowania należytej staranności przy sporządzaniu SIWZ, ale wręcz przyznał, iż prowadzone uprzednio postępowanie w trybie przetargu nieograniczonego było w jego ocenie obarczone wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy. Jak wynika z argumentacji zamawiającego dotyczącej zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia wada postępowania była wynikiem



zaniedbania zamawiającego podczas przygotowywania postępowania w zakresie sporządzenia zapisów SIWZ. Prezes UZP argumentował, iż to zamawiający jest odpowiedzialny za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o zamówienie publiczne, w tym za określony w SIWZ opis przedmiotu zamówienia. Niedochowanie przez zamawiającego należytej staranności przy formułowaniu wymogów, jakie muszą spełnić wykonawcy ubiegający się o udzielenie zamówienia publicznego, nie może stanowić podstawy do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Zdaniem Prezesa UZP Zamawiający nie może zatem przytaczać argumentu pilnej potrzeby wykonania zakresu usług objętych przedmiotem zamówienia w sytuacji, gdy swoimi działaniami przyczynił się do jej powstania. Innymi słowy, błędy popełnionego przez zamawiającego w toku postępowania prowadzonego w jednym z trybów podstawowych, nie mogą stanowić podstawy do następczego udzielenia zamówienia w trybie o ograniczonej konkurencji, jakim niewątpliwie jest tryb negocjacji bez ogłoszenia. Organ kontrolujący wskazał także, iż zamawiający poprzez swoje działania zarówno w trakcie przygotowania jak i przeprowadzenia postępowania ponosi pełną odpowiedzialność za sytuację, która doprowadziła do zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia. Unieważnienie postępowania, które zostało zakwestionowane wyrokami KIO wskazuje na brak zachowania przez zamawiającego należytej staranności podczas przygotowania i przeprowadzenia postępowania. Zgodnie z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 zamówienie w trybie negocjacji bez ogłoszenia może mieć miejsce w sytuacji gdy nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, tj. nie jest ono obarczone winą zamawiającego z czym nie mamy do czynienia w kontrolowanym postępowaniu.

Reasumując Prezes UZP uznał, iż poprzez zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia bez zaistnienia ustawowych przesłanek, Zamawiający naruszył art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Zamawiający poprzez naruszenie zasady uczciwej konkurencji oraz zasady prymatu trybów przetargowych naruszył tym samym art. 7 ust. 1 oraz art. 10 ustawy Pzp2004. Powyższe naruszenie miało wpływ na wynik postępowania.

Prezes UZP podniósł także, że analiza stanu faktycznego sprawy pozwoliła na stwierdzenie, iż zamawiający po udzieleniu zamówienia w dniu 29 listopada 2019 r., przekazał ogłoszenie o udzieleniu zamówienia (nr 2020/S 081-191660) Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w dniu 22 kwietnia 2020 r., tj. po upływie 4 miesięcy od dnia zawarcia umowy. Organ kontrolujący wywiódł, że zgodnie z treścią art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004, jeżeli wartość zamówienia albo umowy ramowej jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, zamawiający nie później niż w terminie 30 dni od dnia

zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego albo umowy ramowej, przekazuje ogłoszenie o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej. Zdaniem Prezesa UZP zaniechanie przez zamawiającego przekazania powyższego ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej w ustawowym terminie stanowi naruszenie art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004. Organ kontrolujący wskazał, że powyższe naruszenie nie miało wpływu na wynik postępowania.

## II.

W dniu 20 maja 2021 r. zamawiający wniósł zastrzeżenia do informacji o wyniku kontroli.

Zamawiający podniósł, że nie zgadza się z wynikiem przekazanej kontroli, ponieważ okoliczności niniejszej sprawy wypełniają przesłankę określoną w art. 67 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp i tym samym Zamawiający działał zgodnie przepisami prawa.

Zdaniem Zamawiającego w omawianej sprawie pilność udzielenia zamówienia wynika z okoliczności niezależnych od Zamawiającego, tj. z uwagi na przedłużającą się procedurę udzielenia zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego (o tej samej nazwie co postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia, ale oznaczonego numerem: ZP/PN/19/2019), który został aż trzykrotnie unieważniony:

1. w dniu 30 sierpnia 2019r. z uwagi na to, iż najkorzystniejsza oferta przewyższała kwotę przeznaczoną na realizację zamówienia oraz
2. w dniu 21 października 2019 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp, ze względu na nieusuwalne wady postępowania (po rozstrzygnięciu KIO w sprawie wniesionej na czynność unieważnienia z pkt 1 powyżej przez wykonawcę Grupa G. – Audyt sp. z o.o. sp. k., (dalej: „Grupa G.”)
3. w dniu 5 marca 2020 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp ze względu na to, iż w marcu 2020 r. nie było interesu publicznego w zawarciu umowy na usługę badania sprawozdań finansowych za rok 2019, dla których upłynął już termin realizacji wynikający z przepisów odrębnych (ustawa o rachunkowości), dla których Zamawiający zawarł umowę w trybie negocjacji bez ogłoszenia.

Zamawiający nadmieniał, iż w dniu 22 września 2020 r. Sąd Okręgowy w Warszawie w postanowieniu wydanym w sprawie o sygn. XXIII Ga 2255/19 prowadzonej w wyniku

wniesienia skargi przez ARP S.A., potwierdził, że Zamawiający w sposób skuteczny unieważnił postępowanie o nr ZP/PN/19/2019 z uwagi na to, że wykonawca Grupa G. - Audyt sp. z o.o. sp. k. (dalej: „Grupa G.”), nie wniósł odwołania na czynność unieważnienia dokonanego w dniu 5 marca 2020 r. Zdaniem Zamawiającego należy zatem przyjąć, iż skoro wykonawca Grupa G. nie wniósł konsekwentnie odwołania na trzecią czynność unieważnienia postępowania, to zrezygnował z możliwości pozyskania zamówienia, a tym samym uznał zasadność wszystkich wcześniej dokonanych czynności unieważnienia, w tym pierwszej czynności unieważnienia z 30 sierpnia 2019 r., która stanowi podstawę argumentacji dotyczącej pilności udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia. Prezes UZP stwierdził, zaś iż okolicznością obciążającą Zamawiającego przy wyborze trybu jest fakt, iż ten nie zczekał z uprawomocnieniem się unieważnienia z dnia 30 sierpnia 2019 r., wszczynając postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia na początku września 2019 r. Skoro ostatecznie unieważnienie postępowania zostało uznane przez Sąd Okręgowy za skuteczne to ten zarzut uzasadnienia wyników kontroli należy uznać za nieaktualny. Ponadto zamawiający zaznaczył, że konstrukcja umowy na świadczenie usług badania sprawozdań finansowych zarówno w postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu nieograniczonego jak i w trybie negocjacji bez ogłoszenia obejmowała opcję na kolejne lata świadczenia usług (2021 - 2022), a zatem nie można przyjąć, iż wykonawca nie miał obiektywnie interesu we wnoszeniu kolejnych środków ochrony prawnej (na unieważnienie z dnia 5 marca 2020 r.), gdyż w przypadku korzystnego dla wykonawcy rozstrzygnięcia, Zamawiający nie mógłby z opcji skorzystać, a wykonawca mógłby starać się o zamówienie w toku kolejnego postępowania. Wykonawca miał interes prawny w podważaniu zasadności kolejnych unieważnień, jednak z uwagi na niezasadność swojego stanowiska odstąpił od wnoszenia dalszych odwołań. Skoro zatem Sąd, w przywołanym postanowieniu, przyznał, iż skutecznie unieważniono postępowanie z uwagi na brak działania ze strony Grupy G., to de facto oznacza to, że wykonawca uznał zasadność wcześniejszych unieważnień. Tym samym należy przyjąć, że unieważnienie z 30 sierpnia 2019 r. było prawidłowe i skuteczne oraz że wystąpiła konieczność pilnego udzielenia zamówienia.

W odniesieniu do twierdzeń Prezesa UZP dotyczących tego, iż Zamawiający niezasadnie udzielił zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na okres minimum dwóch lat oraz w opcji na kolejne dwa lata, Zamawiający zwrócił uwagę, iż uzasadnienie wyników kontroli pomija istotne przepisy odrębne, które nakazują taki sposób udzielania zamówienia na badanie sprawozdań finansowych. Otóż, zgodnie z art. 66 ust. 5 ustawy o rachunkowości (t.j. 2021, poz. 217): *„Kierownik jednostki zawiera z firmą audytorską umowę o badanie sprawozdania finansowego w terminie umożliwiającym firmie audytorskiej udział w inwentaryzacji znaczących*

*składników majątkowych. W przypadku badania ustawowego w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy o biegłych rewidentach, pierwsza umowa o badanie sprawozdania finansowego jest zawierana z firmą audytorską na okres nie krótszy niż dwa lata z możliwością przedłużenia na kolejne co najmniej dwuletnie okresy*". Zdaniem Zamawiającego należy uznać, iż kontrola pominęła przy ocenie przesłanki art. 62 ust. 1 pkt 4 przepisy odrębne, które w jednoznaczny sposób nakazują udzielać zamówienia w taki sposób, jak zrobił to Zamawiający. Zamawiający zwrócił uwagę, że przytoczony przepis z ustawy o rachunkowości jest przepisem prawa bezwzględnie obowiązującym i żaden podmiot nie jest uprawniony do modyfikacji wskazanych w przepisie wymagań.

Zdaniem zamawiającego w tym kontekście niezasadna jest argumentacja Prezesa UZP ze strony 13 uzasadnienia, gdzie zarzuca się Zamawiającemu, iż nie udzielił zamówienia jedynie w zakresie niezbędnym tj. na okres dwóch lat (2019-2020), kwestionując tym samym charakter opcji, która nie zobowiązuje Zamawiającego do zlecenia realizacji usług w latach 2021-2022, a jedynie daje takie prawo. Zamawiający zauważył, że przesłanka pilności w omawianym trybie abstrahuje od wpływu zakresu zamówienia na dostępność zamówienia dla wykonawców, ze względu na to, iż oferty mogą składać tylko wytypowani wykonawcy, zatem wpisanie opcji bez jej późniejszego zrealizowania przez Zamawiającego nie może być argumentem na rzecz naruszenia przesłanki pilności udzielenia zamówienia. Zdaniem zamawiającego uwzględnienie opcji było niezbędne z punktu widzenia brzmienia ustawy o rachunkowości.

Zamawiający podniósł, że w postępowaniu oznaczonym nr ZP/PN/19/2019 (przetarg nieograniczony), zamierzał udzielić zamówienia na usługi biegłego rewidenta w celu przygotowania sprawozdania finansowego za rok 2019 i 2020. Zakres przedmiotu zamówienia wyznacza treść art. 66 ust. 5 ustawy o rachunkowości, zgodnie z którym kierownik jednostki zawiera z firmą audytorską umowę o badanie sprawozdania finansowego w terminie umożliwiającym firmie audytorskiej udział w inwentaryzacji znaczących składników majątkowych. Inwentaryzacja składników majątku powinna rozpocząć się zgodnie z przepisami tej ustawy na 3 miesiące przed końcem roku obrotowego. Zatem w przypadku ARP i spółek objętych zamówieniem biegły rewident powinien rozpocząć prace w październiku 2019 r. co oznacza, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta do końca września 2019 r. Zamawiający zwrócił uwagę, że zakres badania obejmuje 13 spółek podległych ARP S.A., a więc liczba pozycji podlegających zinwentaryzowaniu i dalszemu badaniu wyklucza możliwość jakiegokolwiek skrócenia terminu 3 miesięcznego.

Według Zamawiającego w takim stanie faktycznym i prawnym w celu zadośćuczynienia przepisom ustawy o rachunkowości oraz ustawie Pzp (po skutecznym unieważnieniu postępowania, co potwierdził później Sąd Okręgowy postanowieniem z dnia 22 września 2020 r.), należało udzielić zamówienia tak, aby umowę zawrzeć jeszcze we wrześniu 2019 r. W przeciwnym wypadku istniało ryzyko, że żaden wykonawca nie złożyłby oferty, ponieważ realizacja sprawozdania wraz z inwentaryzacją za rok 2019 stałaby się niemożliwa do wykonania w terminach wynikających z ustawy o rachunkowości. Wynika to nie tylko terminów związanych z inwentaryzacją, ale także terminów na przygotowanie całościowego sprawozdania, które bez wykonania inwentaryzacji jest niemożliwe. Jak wiadomo zawarcie umowy w trybie przetargu nieograniczonego dla wartości powyżej progów UE w ciągu jednego czy nawet dwóch miesięcy jest mało prawdopodobne lub wręcz niemożliwe. W tych okolicznościach nawet zastosowanie trybu przetargu nieograniczonego ze skróconym terminem składania ofert (15 dni), uniemożliwiłoby udzielenie zamówienia w zakładanym terminie. Trzeba bowiem pamiętać, iż choćby minimalne terminy na składanie ofert – 15 dni, termin na złożenie dokumentów po wezwaniu z art. 26 ust. 1 (10 dni) oraz termin na zawarcie umowy – 10 dni, łącznie dają okres trwania postępowania 35 dni, a to przy założeniu, że Zamawiający oceni oferty i wezwie do złożenia dokumentów w dniu otwarcia ofert oraz, że w postępowaniu nie będzie pytań do siwz, odwołań, wyjaśnień treści ofert, czy obowiązku wzywania do uzupełniania dokumentów. Doświadczenia Zamawiającego z prowadzenia dwóch kolejnych przetargów wszczętych odpowiednio w 2018 roku oraz w lipcu 2019 r. wskazywały, że procedura może ciągnąć się miesiącami.

Według zamawiającego w takiej sytuacji podjęcie ryzyka ponownego prowadzenia postępowania w trybie przetargowym w sytuacji, gdy brak dokonania badania ustawowego sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. wiąże się z naruszeniem przepisów ustawy o rachunkowości, byłoby działaniem sprzecznym z prawem. Zamawiający nie miał wyjścia i musiał wybrać jeden z trybów niekonkurencyjnych i zdecydował się na negocjacje bez ogłoszenia aby dopuścić do udziału w postępowaniu maksymalną liczbę wykonawców, a jednocześnie zakończyć postępowanie w dającym się przewidzieć okresie czasu. Argumentacja Kontrolującego, iż umowa została zawarta 29 listopada tylko potwierdza, że pomimo zastosowanego niekonkurencyjnego trybu udzielenie zamówienia trwało długo, bo 2 miesiące i w zasadzie był to ostatni moment na podpisanie umowy, tak, aby sprostać wymogom ustawy o rachunkowości. Wywodzenie, że powyższy fakt umożliwił zawarcie umowy w trybie bardziej konkurencyjnym byłoby karkołomne, a w treści uzasadnienia wyników kontroli takiego wywodu nie ma. Realna możliwość udzielenia zamówienia w odpowiednim terminie zachodziła

tylko wtedy, gdy Zamawiający zastosowałby jeden z trybów niekonkurencyjnych. Zamawiający odrzucił możliwość zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki, ponieważ okres czasu do udzielenia zamówienia pozwalał na zastosowanie trybu bardziej konkurencyjnego - negocjacji bez ogłoszenia. Zamawiający zauważył, że różnica między przesłankami określonymi w art. 67 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp polega odpowiednio na konieczności udzielenia zamówienia w trybie natychmiastowym albo pilnym. Co ważne, przesłanka dla wolnej ręki wskazuje, iż natychmiastowe udzielenie zamówienia wynika z braku możliwości dochowania terminów dla wszystkich innych trybów, w tym negocjacji bez ogłoszenia. Zatem jeśli istnieje możliwość dochowania terminów dla negocjacji bez ogłoszenia, to w pierwszej kolejności należy rozważyć zastosowanie trybu bardziej konkurencyjnego i negocjować z kilkoma wybranymi wykonawcami. Taką decyzję podjął Zamawiający.

Zamawiający podniósł, że rozważając zasadność skorzystania z tego trybu, brał pod uwagę opinię Prezesa UZP i orzecznictwo ETS w tym zakresie. Przepis art. 62 ust. 1 pkt 4 stanowi, iż można zastosować ten tryb jeśli *ze względu na pilną potrzebę udzielenia zamówienia niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego, której wcześniej nie można było przewidzieć, nie można zachować terminów określonych dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.*

Możliwość skorzystania z tej przesłanki wymaga łącznego spełnienia następujących warunków:

- a) zaistnienie okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć
- b) wystąpiła pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- c) potrzeba pilności udzielenia nie wynikała z przyczyn leżących po stronie zamawiającego.

W opinii Prezesa UZP *„o nieprzewidywalności określonych okoliczności można natomiast mówić w sytuacji, kiedy mimo, że dane zjawisko występuje na danym obszarze regularnie, to skala tego zjawiska przekracza jego standardowy zakres w porównaniu z poprzednimi okresami”*. Jednocześnie Prezes UZP wskazuje w dalszej części opinii *„iż skorzystanie przez wykonawcę z przewidzianych prawem środków odwoławczych nie jest powodem do odstąpienia od udzielenia zamówienia w trybie zapewniającym warunki konkurencyjne. Zgodnie ze stanowiskiem Komisji Europejskiej wyrażonym w toku jednego z postępowań prowadzonych w trybie art. 226 TWE26 (obecnie art. 258 TFUE) „prawo wykonawcy do złożenia protestu, jak również odpowiednie kompetencje sądów krajowych oraz właściwych organów administracji są przewidziane w polskim ustawodawstwie. Zatem unieważnienie przetargu na skutek*

*wykonywania tych praw i kompetencji w żadnym wypadku nie może być uznane za nieprzewidywalne zdarzenie w rozumieniu art. 20 ust 2 pkt d) dyrektywy 93/38/EWG". Z powyższego wynika, że Zamawiający dochowując należytej staranności w zakresie udzielania zamówienia z odpowiednim wyprzedzeniem (aby uniknąć konieczności pilnego udzielania zamówień i zastosowanie trybu niekonkurencyjnego) powinien uwzględniać normalne terminy związane z postępowaniem odwoławczym przed KIO i wynikającą z tego ewentualną konieczność powtórzenia czynności w postępowaniu. W odniesieniu do usługi świadczonej przez biegłego rewidenta w zakresie 2019 roku, Zamawiający już w 2018 roku wszczął postępowanie (nr ogłoszenia o zamówieniu w BZP: 603464-N-2018) w celu zawarcia umowy z wykonawcą, jednak w wyniku orzeczenia KIO został zobowiązany do powtórzenia niektórych czynności. Konieczność wzywania wykonawcy do dodatkowych wyjaśnień w szczególności w zakresie rażąco niskiej ceny spowodowało ostatecznie opóźnienie w rozstrzygnięciu postępowania i jego unieważnienie w maju 2019 r.*

Podstawą wszczęcia kolejnego postępowania była uchwała Rady Nadzorczej ARP S.A. z dnia 14.05.2019 r. (nr 42A/II/2019), zmienionej uchwałą z dnia 18 czerwca 2019 r. (nr 52/OB/2019), która określiła warunki udziału w postępowaniu oraz założenia kryteriów oceny ofert dla przedmiotowego postępowania. Jednocześnie Rada Nadzorcza ARP S.A. zobowiązała Zarząd Spółki do objęcia zamówieniem wspólnym wybrane spółki z Grupy Kapitałowej. Konieczne było zatem wystąpienie do rad nadzorczych tych spółek o podjęcie stosownych uchwał oraz uzyskanie od zarządów tych spółek upoważnień do działania w ich imieniu i na ich rzecz. Proces ten zakończył się w dniu 2.07.2019 r. Równoległe do pozyskiwania zgód korporacyjnych spółek z Grupy Kapitałowej ARP S.A. rozpoczęła przygotowania do wszczęcia postępowania o zamówienie publiczne. W toku prac przygotowawczych przeanalizowano doświadczenia z poprzedniego postępowania na wybór biegłego rewidenta. W toku postępowania pozyskano dodatkowe informacje o wcześniej nieznanymi uwarunkowaniach występujących po stronie wykonawców względem tego rodzaju kontraktu. Jednym z takich uwzględnionych wniosków było objęcie zakresem zamówienia wybranych spółek z Grupy Kapitałowej. Zamawiający podniósł, że na etapie przygotowania postępowania dołożył więc należytej staranności w celu uniknięcia ryzyka niezłożenia ofert przez wykonawców.

Zamawiający wskazał, że podjął w lipcu 2019 r., ponowną próbę udzielenia zamówienia - w trybie przetargu nieograniczonego, który został skutecznie unieważniony. W efekcie Zamawiający z przyczyn niezależnych od siebie dwukrotnie nie był w stanie udzielić zamówienia w trybie konkurencyjnym, a proces udzielania zamówień trwał blisko rok czasu.

W uzasadnieniu wyników kontroli na stronie 11 Prezes UZP, podważając argumentację Zamawiającego o zaistnieniu okoliczności, których nie dało się wcześniej przewidzieć wskazał na jednokrotne prowadzenie postępowania unieważnionego w sierpniu 2019 r., pominał całkowicie fakt podnoszony przez ARP S.A., iż próba udzielenia tego zamówienia obejmowała dwa postępowania, które łącznie trwały ponad rok. To zaś zdaniem zamawiającego odpowiada przytoczonej argumentacji ETS tj. „zdarzeniom wykraczającym poza normalne warunki życia gospodarczego” rozumianym jako normalny tryb udzielania zamówień. Ciąg procedur trwający tak długi okres czasu nie jest możliwy do przewidzenia i nie odpowiada standardowym okresom prowadzenia postępowań.

Zamawiający argumentował, że podjął próbę udzielenia zamówienia na usługi biegłego rewidenta w zakresie sprawozdania za rok 2019 z odpowiednim wyprzedzeniem (około rok czasu), a okoliczności opóźniające udzielenie zamówienia, które wystąpiły w obu postępowaniach (interpretowane łącznie) wykroczyły poza standardowe terminy wynikające z ustawy Pzp. Trudno bowiem zakładać, iż postępowanie na tego typu usługi będzie toczyło się łącznie rok czasu w dwóch postępowaniach. Przesłanka skorzystania z trybu negocjacji bez ogłoszenia z litery a) powyżej, została zatem potwierdzona.

Powyższe okoliczności potwierdzają również, że upływ czasu, który wystąpił od podjęcia decyzji o wszczęciu pierwszego postępowania (2018 rok) do obecnej chwili wynikał z okoliczności, za które Zamawiający nie ponosi odpowiedzialności i które wystąpiły pomimo zachowania należytej staranności przy planowaniu udzielania zamówień, co potwierdza ziszczenie się przesłanki określonej w lit. c) powyżej.

Jednocześnie jak wskazano przepisy ustawy o rachunkowości wymagają rozpoczęcia prac przez biegłego rewidenta na początku października br., a zatem występuje konieczność pilnego udzielenia zamówienia. To potwierdza wystąpienia przesłanki określonej powyżej w lit. b).

W związku z powyższym zamawiający uznał, iż wszystkie przesłanki do udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia zostały spełnione.

II. Niezależnie od powyższego zamawiający podniósł, że stosownie do art. 3 ustawy Pzp, przepisy ustawy Pzp, stosuje się do podmiotów wymienionych w przytoczonym artykule. ARP S.A. jako spółka prawa handlowego prowadząca działalność gospodarczą na warunkach



rynkowych nie jest podmiotem prawa publicznego w rozumieniu art. 3 ustawy Pzp. ARP podniosła, że podjęła dobrowolną decyzję o przystąpieniu do stosowania ustawy Pzp, celem zwiększenia przejrzystości oraz konkurencyjności w udzielanych przez spółkę zamówień. Argumentowała, iż nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp i artykuł 165 ust. 1 Pzp, nie może mieć do niej zastosowania.

Zdaniem ARP S.A. okoliczność, iż nie jest zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp, został między innymi potwierdzony opinią kancelarii prawej „Wierzbowski i Partnerzy”, którą załączył do zastrzeżeń. W podsumowaniu na stronie 18-19 opinii wskazano, że analiza definicji „podmiotu prawa publicznego” nie pozwala jednoznacznie stwierdzić, iż ARP S.A. zaspokaja nieprzemysłowe i niehandlowe potrzeby powszechne i tym samym nie można potwierdzić, iż ARP S.A. jest Zamawiającym, który musi stosować ustawę Pzp. Zamawiający nie będąc podmiotem prawa publicznego z ostrożności wprowadził wewnętrzne procedury udzielania zamówień poprzez odwołanie do wymogów ustawy Pzp, pomimo, iż Spółka dysponuje opiniami, z których wynika, że nie jest podmiotem prawa publicznego, ani nie jest zobowiązana do stosowania ustawy Pzp.

Podobnie Departament Prawny UZP w opinii wydanej w dniu 9 lutego 2021 r. (pismo znak: DP.022.411.2020.AŚ.KW-516/2021) nie rozstrzygnął czy ARP S.A. jest podmiotem prawa publicznego i dodał, iż *„ostateczna ocena, czy Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. może zostać zakwalifikowana jako zamawiający na podstawie art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, będzie zawsze stanowić wynik analizy istniejących uwarunkowań faktycznych dotyczących Spółki, z uwzględnieniem okoliczności prowadzonej przez Spółkę działalności”*. Istotne w tej kwestii są więc argumenty podane w dalszej części uzasadnienia. Natomiast z ostatniego zdania cytowanej opinii Departamentu Prawnego UZP z 9 lutego 2021 r., wynika, że *„dokonanie zaś przez Prezesa Urzędu analizy zgodności z ustawą Pzp konkretnego stanu faktycznego może mieć miejsce jedynie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego lub kontrolnego”*. Urząd zatem uznał, iż niezbędne jest zbadanie zasadności stosowania przepisów ustawy Pzp w toku kontroli. Należy zatem tę kwestię w pierwszej kolejności rozpatrzeć i uwzględnić w uzasadnieniu wyników. Zamawiający podniósł, że protokół kontroli przesłany ARP S.A. nie zawiera analizy w tym zakresie.

ARP S.A. podniosła, że jest podmiotem ze 100-procentowym udziałem Skarbu Państwa, nad którym nadzór sprawuje Prezes Rady Ministrów. ARP S.A. oferuje przedsiębiorcom instrumenty pomocowe takie jak produkty finansowe, czy pozafinansowe wsparcie realizacji przedsięwzięć, m.in. poprzez udostępnianie terenów inwestycyjnych i obiektów produkcyjnych w

ramach zarządzanych przez ARP Specjalnych Stref Ekonomicznych. ARP S.A. pomaga także przedsiębiorcom w nawiązywaniu współpracy przy realizacji projektów innowacyjnych. Wspierając przedsiębiorstwa w prowadzeniu i rozwijaniu działalności, a także w realizacji procesów restrukturyzacji, odgrywa ważną rolę w zwiększaniu konkurencyjności polskiej gospodarki.

ARP S.A. argumentowała, że do jej zadań należy:

1. realizacja inwestycji kapitałowych, tj. nabywanie oraz obejmowanie przez ARP S.A. akcji i udziałów spółek prawa handlowego oraz tworzenie nowych podmiotów gospodarczych,
2. zarządzanie portfelem kapitałowym, w tym:
  - a) wykonywanie praw z akcji i udziałów ARP S.A.,
  - b) inicjowanie i monitorowanie działań restrukturyzacyjnych oraz rozwojowych w spółkach,
  - c) poszukiwanie synergii w ramach Grupy Kapitałowej ARP,
3. wykonywanie uprawnień i obowiązków Skarbu Państwa, tj.:
  - a) wykonywanie praw z akcji i udziałów Skarbu Państwa w spółkach, w których ARP S.A. jest do tego uprawniona na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów wydanego na podstawie art. 8 ust. 2 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2019 r., poz.1302 ze zm.),
  - b) wykonywanie uprawnień i obowiązków Skarbu Państwa wynikających z umów wsparcia w formie dekapitalizowania finansowanych ze zlikwidowanego Funduszu Restrukturyzacji Przedsiębiorców,
4. świadczenie usług finansowych, w tym:
  - a) udzielanie pożyczek, poręczeń i gwarancji podmiotom gospodarczym oraz obejmowanie innych instrumentów dłużnych,
  - b) udzielanie pomocy publicznej indywidualnej na ratowanie i na restrukturyzację ze środków finansowych, przekazanych ARP S.A. na podstawie art. 56 ust. 5 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji (Dz.U. 2016.981 z dnia 6 lipca 2016 r.) tzw. dużym przedsiębiorcom,

c) udzielanie pomocy publicznej na podstawie ustawy z dnia 16 lipca 2020 r. o udzielaniu pomocy publicznej w celu ratowania lub restrukturyzacji przedsiębiorców (Dz.U. 2020 poz. 1298 ze zm.),

5. zarządzanie Specjalną Strefą Ekonomiczną EURO-PARK MIELEC i Tarnobrzeską Specjalną Strefą Ekonomiczną EURO-PARK WISŁOSAN oraz obszarami przypisanymi ARP S.A. jako zarządzającemu ww. Strefami,

6. wspieranie rozwoju technologii, w tym:

- a) realizacja Programu Wsparcia Technologii Kosmicznych w Polsce,
- b) realizacja Programu Wsparcia dla Przemysłu 4.0 (Transformacji Cyfrowej),
- c) realizacja projektu „Sieć Otwartych Innowacji”,
- d) zarządzanie Platformą Transferu Technologii,

7. monitorowanie górnictwa węglowego i niewęglowego, w tym:

- a) realizacja specjalistycznego badania statystycznego w przemyśle górnictwa węgla kamiennego, ujętego w „Programie Badań Statystycznych Statystyki Publicznej”,
- b) monitorowanie realizacji zakresu rzeczowego oraz prawidłowości wykorzystania dotacji przeznaczonej dla podmiotów tzw. górnictwa niewęglowego (solnego, rud cynku i ołowiu oraz siarkowego),
- c) opracowywanie analiz, planów ekonomiczno-finansowych, sporządzanie okresowych informacji w zakresie prowadzonej działalności na rzecz instytucji finansowych, energetycznych, naukowych oraz firm prowadzących obrót węglem na terytorium RP.

Zdaniem ARP S.A. udzielenie odpowiedzi na pytanie czy ARP S.A. jest zobligowana do stosowania ustawy Pzp, wymaga analizy treści art. 3 ustawy Pzp z uwzględnieniem ww. stanu faktycznego dotyczącego Spółki oraz innych okoliczności wymienionych w dalszej części niniejszego wniosku.

W ocenie ARP S.A. można przyjąć a priori, iż nie jest zamawiającym w rozumieniu ustawy Pzp ze względu na przesłanki określone w art. 3 ust. 1 pkt 1, 2, 4 oraz 5, ponieważ odpowiednio:

1. jako spółka prawa handlowego nie należy do sektora finansów publicznych (odnośnie art. 3 ust. 1 pkt 1 Pzp),

2. posiada osobowość prawną (odnośnie art. 3 ust. 1 pkt 2 Pzp),
3. nie prowadzi działalności sektorowej w rozumieniu art. 132 ustawy Pzp (odnośnie art. 3 ust. 1 pkt 4 Pzp),
4. nie udziela zamówień na roboty budowlane wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 5 lit. c) Pzp, które byłyby finansowane ze środków publicznych (odnośnie art. 3 ust. 1 pkt 5 Pzp).

ARP S.A. wskazała, że osobnego rozpatrzenia wymaga przepis ustanowiony w art. 3 ust. 1 pkt 3 Pzp, z którego wynika, iż ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych, zwanych dalej „zamówieniami”, przez inne, niż określone w pkt 1, osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- a) finansują je w ponad 50% lub
  - b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
  - c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
  - d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego
- o ile osoba prawna nie działa w zwykłych warunkach rynkowych, jej celem nie jest wypracowanie zysku i nie ponosi strat wynikających z prowadzenia działalności.

Kategoria podmiotów spełniających ww. warunki określana jest mianem podmiotów prawa publicznego. Zgodnie z definicją zawartą w art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE, „podmiot prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- 1) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną; oraz
- 3) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

ARP S.A. zwróciła uwagę, że przepisy prawa, w tym ustawa Pzp, ani ustawa o SSE nie przesądzają, iż podmiot zarządzający specjalną strefą ekonomiczną (dalej: „SSE”) jest automatycznie uznawany za zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp. Zarządzanie specjalną strefą ekonomiczną stanowi zgodnie z art. 4d ust. 1 pkt 9 ustawy Pzp przesłankę wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp dla nabywania dostaw, usług czy robót budowlanych o wartości mniejszej od progu określonego w art. 11 ust. 8 tejsze ustawy. Przepis o brzmieniu: *„Ustawy nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 udzielanych przez zarządzającego specjalną strefą ekonomiczną, o którym mowa w ustawie z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 482), będącego podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3”* należy odczytywać w taki sposób, że wyłączenie dotyczy tylko tych podmiotów, które spełniają łącznie dwie przesłanki podmiotowe: zarządzają SSE i są Zamawiającymi w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp. Każdorazowo należy zatem w doniesieniu do konkretnego podmiotu ustalić, czy jest on zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Zdaniem ARP S.A. podobną konstrukcję ma art. 8a ustawy SSE, w którym ustawodawca stwierdza, że: *„zarządzający będący podmiotem, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r. poz. 53), udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 4d ust. 1 pkt 9 tej ustawy, którego wartość przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro, zamieszcza ogłoszenie o udzielanym zamówieniu na swojej stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej”*. Także i w tym przypadku zostały wymienione dwie cechy podmiotu, których dopiero łączne spełnienie będzie go obligować do stosowania art. 8a ustawy SSE. Należy zatem wykluczyć, iż powyższe przepisy mają charakter definiujący podmiot zarządzający SSE jako zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp. Byłoby to sprzeczne z dyrektywą 2014/24/UE, która określa w art. 2 ust. 1 pkt 4 przywołaną powyżej definicję podmiotu prawa publicznego poprzez określenie jego cech, a nie poprzez enumeratywne wyliczenie konkretnych podmiotów czy spełnianych przez nie funkcji. Dlatego, aby ustalić czy ARP S.A. jest zamawiającym w rozumieniu przepisów dyrektywy 2014/24/UE czy też ustawy Pzp, należy, posługując się definicją z art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp oraz orzecznictwem TSUE i opiniami doktryny, przeanalizować cechy Spółki, sposób prowadzenia działalności itd.

Zdaniem ARP S.A. stan faktyczny stanowiący podstawę do oceny zachodzenia przesłanki w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp przedstawia się następująco:

### Powszechny charakter usług

Na gruncie ustawy Pzp ustawodawca posługuje się pojęciem potrzeb o charakterze powszechnym, które na gruncie dyrektyw i orzecznictwa TSUE zostało określone jako potrzeby w interesie ogólnym. Zgodnie z orzecznictwem TSUE, z potrzebami w interesie ogólnym mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb i których zaspokajanie jest ściśle związane z instytucjonalną działalnością państwa, albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ (wyr. TSUE z 10.11.1998 r., Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v. BFI Holding, C- 360/96, Legalis oraz wyr. z 15.1.1998 r., Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others v. Strohal Rotationsdruck GesmbH, C-44/96, Legalis). Objęte tym pojęciem będą więc wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. W wyr. z 10.4.2008 r. (Ing. Aigner, Wasser- Wärme-Umwelt, GmbH v. Fernwärme Wien GmbH, C-393/06, Zb.Orz. 2008, s. I-2339)

Zgodnie z wykładnią językową z powszechnością jakiegoś zjawiska mamy do czynienia wtedy, gdy dotyczy ono wszystkich i wszystkiego, jest publiczne i ogólne. Wydaje się zatem, że działalnością sprowadzającą się do zaspokajania potrzeb powszechnych będzie każdy rodzaj aktywności gospodarczej nakierowanej na oferowanie dóbr i usług odpowiadających społecznemu zapotrzebowaniu.

ARP S.A. podniosła, że zgodnie z aktualną agendą ujawnioną w dokumencie pn.: Strategia Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. w perspektywie do 2020 r. do zakresu działalności spółki należą:

1. wspieranie procesów restrukturyzacji i rozwoju przedsiębiorstw w celu zwiększania ich zdolności do konkurowania na rynku oraz działania w okresach obniżonej koniunktury gospodarczej,
2. budowanie wartości portfela spółek i nieruchomości, zarządzanych przez ARP S.A. oraz wspieranie rozwoju inwestycji w specjalnych strefach ekonomicznych,
3. wspieranie budowy gospodarki innowacyjnej oraz zwiększanie konkurencyjności przemysłu i inteligentnego rozwoju.

Zdaniem ARP S.A. z powyższego wynika, że działalność Spółki w sposób bezpośredni skierowana jest do ściśle określonej, dość wąskiej grupy odbiorców - przedsiębiorców oraz podmiotów gospodarczych. Jakkolwiek jest to istotna grupa (według danych GUS - ok. 2,3 mln podmiotów) to bardziej szczegółowa analiza przywołanej agendy ARP S.A. wskazuje, że tylko

niewielka część podmiotów gospodarczych może skorzystać z oferty Spółki. Wynika to z faktu, iż przykładowo wspieranie gospodarki innowacyjnej może dotyczyć w praktyce tylko wybranych dziedzin (branż) gospodarki, wspieranie inwestycji w strefach jest również ograniczone ze względu na lokalny i ograniczony obszarowo charakter działalności stref, zaś restrukturyzacja przedsiębiorstw dotyczy tylko dużych podmiotów istotnych z punktu widzenia gospodarki krajowej. Dlatego pomimo, iż działalność ARP S.A. dotyczy wsparcia przedsiębiorstw, to praktyczny wymiar tego wsparcia nie ma charakteru powszechnego i nie może być efektywnie skierowany do ogółu społeczeństwa. Warto zauważyć, że o ile inne konkurujące z ARP S.A. podmioty na rynku usług finansowych (banki itp.) posiadają w swoim portfelu ofertę dla osób fizycznych (usługi rachunku bankowego itp.) i tym samym świadczą usługi o charakterze powszechnym, to ARP S.A. nie posiada takiej oferty, a jego usługi nie mają charakteru powszechnego.

ARP S.A. zauważyła, że nie tylko w znaczeniu potocznym, ale także w przepisach prawa funkcjonuje pojęcie przedsiębiorstw użyteczności publicznej, które służą bieżącemu i nieprzerwanemu zaspokajaniu potrzeb ludności (służą ogółowi społeczeństwa) i tym samym zakres ich działalności jest pokrewny podmiotom prawa publicznego. W myśl art. 6 ust. 1 ustawy z dnia 25 września 1981 r. o przedsiębiorstwach państwowych (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 2152 ze zm.) celem przedsiębiorstwa użyteczności publicznej jest przede wszystkim bieżące i nieprzerwane zaspokajanie potrzeb ludności, a w szczególności – produkcja lub świadczenie usług w zakresie inżynierii sanitarnej, komunikacji miejskiej, zaopatrzenia ludności w energię elektryczną, gazową i ciepłą, zarządu państwowymi zasobami lokalowymi i terenami zielonymi, usług pogrzebowych i utrzymania urządzeń cmentarnych oraz usług kulturalnych. Zakres usług świadczonych przez ARP S.A. jest zupełnie odmienny, a argumentacja na rzecz tego, że ARP S.A. świadczy usługi potrzebne ogółowi społeczeństwa wydaje się karkołomna.

#### Przemysłowy i handlowy charakter usług świadczonych przez ARP S.A.

Zdaniem ARP S.A. powszechny charakter świadczonych usług nie jest jedyną przesłanką niezbędną do wykazania konieczności stosowania ustawy Pzp przez Spółkę. Potwierdził to TSUE w wyroku z 1.2.2001 r. w sprawie C-237/99 (Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Francuska, ECR 2001, Nr 2, s. 1-939), w którym stwierdził, że aby ustalić, czy podmiot jest instytucją prawa publicznego, konieczne jest nie tylko określenie, iż podmiot ten wykonuje zadania o charakterze powszechnym. Wynika to z faktu, że niektóre interesy ogólne (zadania o charakterze powszechnym) mają charakter przemysłowy i handlowy., zaś konstrukcja przesłanki opisanej w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp ma taki charakter, iż nawet jeśli podmiot świadczy

usługi o charakterze powszechnym, ale usługi te mają charakter przemysłowy lub handlowy, to nie można go uznać za podmiot prawa publicznego i nie musi on stosować ustawy Pzp.

Obecnie w ustawie Pzp wprost jest wskazane, że podmiotem prawa publicznego nie jest podmiot działający w zwykłych warunkach rynkowych, którego celem jest wypracowanie zysku i który ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności. Wprowadzenie ww. regulacji znajduje swoje źródło w motywie 10 i 11 dyrektywy 2014/24/WE, gdzie wskazano, że termin "instytucje zamawiające", a zwłaszcza termin "podmioty prawa publicznego" były wielokrotnie analizowane w ramach orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Aby doprecyzować, że zakres podmiotowy niniejszej dyrektywy powinien pozostać niezmieniony, celowe jest zachowanie definicji, na których oparł się Trybunał, oraz wprowadzenie pewnej liczby objaśnień przedstawionych w ramach tego orzecznictwa jako kluczowych dla zrozumienia samych definicji, przy czym nie jest zamiarem zmiana rozumienia pojęć wypracowanych w ramach orzecznictwa. W tym celu należy wyjaśnić, że podmiot, który działa w zwykłych warunkach rynkowych, ma na celu wypracowanie zysku i ponosi straty wynikające z prowadzenia działalności, nie powinien być uważany za „podmiot prawa publicznego”, ponieważ potrzeby interesu ogólnego, do zaspokajania których ten podmiot został założony lub zaspokajanie których powierzono mu jako zadanie, można uważać za posiadające charakter przemysłowy lub handlowy.

Ustalenie czy zachodzi przesłanka prowadzenia działalności w celu osiągnięcia zysku, wymaga zbadania czy w statucie spółki określono mechanizm pokrywania strat. Wynika to z interpretacji dokonanej przez TSUE w wyroku z 10 maja 2001 (C-223/99 i C-260/99), w którego uzasadnieniu podkreślono, że nawet jeśli osoba prawna nie została utworzona w celu zarobkowym, to działanie na podstawie kryterium efektywności, przy braku mechanizmu pokrywania strat ze środków publicznych i działanie w warunkach silnej konkurencji, powoduje, że nie może być ona uznana za podmiot prawa publicznego.

Ponadto w ww. wyroku dotyczącego podmiotu Ente Fiera wynika jeszcze inna istotna kwestia: z punktu widzenia tego czy podmiot podlega ustawie Pzp nie jest najistotniejsze to w jakim celu go powołano jeśli później działa na podstawie kryterium efektywności, przy braku mechanizmu pokrywania strat ze środków publicznych i działanie w warunkach silnej konkurencji. Trybunał stwierdził bowiem, że taki podmiot nie jest już podmiotem prawa publicznego. Nawet gdyby zatem przyjąć, że ARP S.A. został powołany do działania na zasadzie non-profit (co nie jest prawdą) to i tak obecnie jako podmiot działający w celu osiągnięcia zysku w warunkach konkurencji nie jest podmiotem prawa publicznego i nie podlega dyrektywom zamówieniowym ani ustawie Pzp.



ARP S.A. podniosła, że z jej statutu wynika, że Spółka nie posiada mechanizmów kompensacji strat ze środków publicznych. Wręcz przeciwnie z §50 Statutu spółki wynika, że „z przyczyn przewidzianych przepisami prawa spółka ulega rozwiązaniu”. Zwraca uwagę sformułowanie „ulega”, które nie pozwala na wysnucie domniemania, iż Spółka może niezależnie od ponoszonych strat funkcjonować na rynku. Potwierdza to rynkowy sposób funkcjonowania Spółki uwzględniający zasady konkurencji. Warto w tym miejscu zauważyć, iż do przepisów prawa stanowiących o rozwiązaniu spółki akcyjnej należą przepisy KSH (art. 459 i następane) oraz prawa upadłościowego, z których wynika, iż spółka akcyjna ogłasza upadłość, gdy jest niewypłacalna tj. nie wykonuje swoich wymagalnych zobowiązań lub jej zobowiązania przekroczą wartość jej majątku, nawet gdy na bieżąco te zobowiązania wykonuje. Jednym z efektów upadłości jest likwidacja spółki przez likwidatorów, o czym jest mowa w §50 ust. 2 statutu Spółki. Nie ma zatem wątpliwości, że postanowienia Statutu odpowiadają powszechnie obowiązującym przepisom prawa, którym podlegają wszelkie podmioty działające na rynku w ramach normalnej konkurencji. Statut w żadnym miejscu nie określa, iż Spółka może liczyć na jakiegokolwiek dotacje w celu uniknięcia upadłości i w konsekwencji likwidacji.

Zdaniem Arp S.A. warto uwzględnić stanowisko doktryny, z którego wynika, że „w zakresie powyższej przesłanki pomocne mogą być dane ze sprawozdań finansowych. Istotną wskazówką będzie wysoki udział dotacji w ramach finansowania prowadzonej działalności. Realizacja zadań o charakterze powszechnym nie jest bowiem w takim przypadku uzależniona od koniunktury rynkowej, spodziewanych dochodów czy rentowności przedsięwzięcia”. Jeśli więc istniałby mechanizm kompensowania strat Spółki, nie sposób uznać, że działa ona na zasadach konkurencji równej innym podmiotom. Zdaniem ARP S.A. taki mechanizm w jej przypadku nie istnieje. Oznacza to, że zgodnie z przytoczonym wyrokiem TSUE ARP S.A. nie kwalifikuje się jako podmiot prawa publicznego, a tym samym nie podlega rygorom ustawy Pzp w oparciu o art. 3 ust. 1 pkt 3 tejże ustawy.

Badanie przesłanki prowadzenia działalności w celu osiągnięcia zysku nie może abstrahować od oceny dokumentów księgowych Spółki, nie tylko ze względu na powyższą uwagę doktryny, ale także ze względu na zapis §45 Statutu, który stanowi o obowiązku prowadzeniu przez ARP S.A. księgowości Spółki zgodnie z ustawą o rachunkowości, czyli na zasadach właściwych dla ogółu podmiotów działających na rynku. Jeśli dokumenty księgowe lub inne potwierdzają, iż udział dotacji jest nieistotny z punktu widzenia utrzymywania działalności ARP S.A. będzie to oznaczało, iż (niezależnie od braku mechanizmu kompensacji strat w Statucie czy innym dokumencie bądź akcie prawnym) ARP S.A. jako spółka prawa handlowego

musi działać w celu osiągnięcia zysku, aby utrzymywać swoją działalność. Dokumentem, który może potwierdzać udział dotacji w ramach przychodów spółki jest „Sprawozdanie Zarządu z działalności ARP S.A. w 2019 roku”) zawierające dane także z roku 2018 r. Zdaniem ARP S.A. z tego dokumentu wynika, że wartość dotacji w obu rocznych okresach (2018 i 2019) wynosił niecałe 9 mln zł podczas gdy wszelkie inne przychody ze sprzedaży wyniosły odpowiednio: ok. 120 mln zł w 2018 roku oraz ok. 130 mln zł w 2019 r. Oznacza to, że wartość dotacji stanowiła niewielki ułamek w strukturze przychodów (ok. 7%) w obu rocznych okresach oraz potwierdza, iż wartość dotacji stanowiła tylko ok. 14-15% zysku. Zatem nawet gdyby uznać, iż pomimo braku mechanizmu kompensacji (a więc ustalenia automatycznego mechanizmu ratowania spółki w razie upadłości) Spółka otrzymuje dotacje, to wartość tych dotacji nie uprawnia do stwierdzenia, iż służą one w sposób faktyczny kompensacji strat. Sytuacja spółki od wielu lat i uzyskiwany zysk (mimo realizacji zadań statutowych) nie wymaga wsparcia zewnętrznego, a zatem wskazany wyżej poziom dotacji nie miał żadnego wpływu na konkurencyjność działania ARP S.A. Warto podkreślić, że nawet wtedy, gdy ARP S.A. otrzymuje środki finansowe, w celu realizacji określonych zadań zleconych takich jak:

1. zadania związane z monitorowaniem i rozliczaniem udzielonego wsparcia niebędącego pomocą publiczną;
2. zadania związane z „Polityką Nowej Szansy”, w skład której wchodzi narzędzia wsparcia restrukturyzacji przedsiębiorstw:
  - a) pożyczka na okres do 6 miesięcy zapewniająca płynność przedsiębiorstwu na czas potrzebny do opracowania planu restrukturyzacji lub przeprowadzenia sprawnej likwidacji;
  - b) tymczasowe wsparcie restrukturyzacyjne w formie pożyczki na 18 miesięcy oraz pomoc na realizację planu restrukturyzacyjnego w formie pożyczki lub wejść kapitałowych zawartych na czas określony w planie restrukturyzacji.

3. program „Efektywność”;

na realizację tych zadań jest określony budżet:

1. w przypadku pkt 1 powyżej - niezależny od budżetu Spółki, w ramach tego budżetu ponoszone są wydatki na obsługę tego zagadnienia, przy czym budżet nie może być przekroczony, a Spółka nie może ponosić straty;
2. w przypadku pkt 2 powyżej - budżet z Ministerstwa Rozwoju w wysokości wynikającej z dnia ustawy z dnia 16 lipca 2020 r. o udzielaniu pomocy publicznej w celu ratowania lub restrukturyzacji przedsiębiorców (Dz.U. 2020 poz. 1298 ze zm.); Otrzymane środki

przeznaczone będą na wypłatę wsparcia dla przedsiębiorców oraz na obsługę spraw związanych z przyznaniem wsparcia przedsiębiorcom. Ministerstwo Rozwoju będzie przekazywać środki finansowe na ten cel corocznie. W ramach jednego roku kalendarzowego udzielane będzie wsparcie do wysokości środków otrzymanych z MR, a więc także bez możliwości ponoszenia straty przez ARP S.A.

3. w przypadku pkt 3 powyżej - koszt działania w tym zakresie nie jest kosztem ARP S.A., koszty pokrywane są z zysku Fundusz Spółek Powierzonych, a więc także na zasadzie prawidłowej gospodarki.

Zdaniem ARP S.A. kolejnym argumentem na rzecz tego, iż Spółka działa w zwykłych warunkach rynkowych jest fakt, iż §48 Statutu przewiduje zgodnie z art. 396 KSH, iż *„walne zgromadzenie dokonuje odpisów z zysku na kapitał zapasowy w wysokości co najmniej 8% zysku za dany rok obrotowy dopóki kapitał ten nie osiągnie przynajmniej jednej trzeciej części kapitału zakładowego”*. Wynika z tego, że Spółka pomimo realizacji misji publicznej nie może liczyć na preferencyjne warunki prowadzenia działalności i w razie potrzeby (np. utraty płynności finansowej w wyniku prowadzenia działalności niezgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki) nie może też liczyć na pomoc Państwa, ale tak jak inne spółki musi dbać o zabezpieczenie środków na pokrycie ewentualnych strat finansowych. To odpowiada treści uzasadnienia przywołanego wyżej wyroku TSUE w wyroku z 10 maja 2001 (C-223/99 i C-260/99), w którym Trybunał orzekł, iż działanie na podstawie kryterium efektywności, przy braku mechanizmu pokrywania strat ze środków publicznych i działanie w warunkach silnej konkurencji, powoduje, że nie może być ona uznana za podmiot prawa publicznego.

Zdaniem ARP S.A. orzecznictwo TSUE potwierdza, że istnienie konkurencji na danym rynku ma ogromne znaczenie dla określenia, czy potrzeby do których spełnienia dany podmiot został utworzony, mają rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie silnej konkurencji jest okolicznością, która powinna być wzięta pod uwagę (tak TSUE orzekł również w sprawach C-237/99, C-373/00, C-283/00). Z wyroku TSUE z 10.11.1998 r. (sygn.. C-360/96). Z wyroku TSUE z 10.11.1998 r. (sygn. C-360/96) wynika, że istnienie znacznej konkurencji na tym samym rynku wskazującej na wysoką opłacalność danej działalności, będzie stanowić negatywną przesłankę uznania jednostki za instytucję prawa publicznego.

Podobny pogląd wyraża Agnieszka Sołtysińska (w: A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj (red.), Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2016, s. 117-118): „Należy jednak podkreślić, że istnienie konkurencji na danym rynku nie jest całkowicie obojętne dla określenia, czy potrzeby, dla spełnienia których dany podmiot został utworzony, mają

rzeczywiście charakter niekomercyjny i nieprzemysłowy. Istnienie znacznej konkurencji i fakt, że utworzone przedsiębiorstwo musi stawiać jej czoło, może być wskazówką, że nie istnieją takie potrzeby, które nie mają charakteru komercyjnego (rynkowego). (...) Nie jest jednak wystarczające dla uznania danego organu za podmiot prawa publicznego przyjęcie wyłącznie samej przesłanki zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Nawet jeżeli określony podmiot sam nie prowadzi działalności zmierzającej do osiągnięcia zysku - to gdy jest on administrowany zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, efektywności i rentowności, i działa na rynku uwzględniającym reguły konkurencji, nie może być uznany za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektywy o zamówieniach publicznych (tak orzekł TSUE w orzeczeniu z 10.5.2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99, *Agora Srl v. Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano*, ECR 2001, s. 1-3605)".

ARP S.A. wskazała, że nie jest jedyną instytucją na rynku oferującą wsparcie przedsiębiorców. Głównym przedmiotem działalności ARP S.A. jest udzielanie pożyczek, świadczenie usług leasingowych itp., co potwierdzają zresztą sprawozdania finansowe, z których wynika, iż tego typu usługi stanowią najważniejsze źródło przychodów Spółki. Rynek usług finansowych jest bardzo pojemny, funkcjonuje tu wiele podmiotów - banki, SKOK-i, inne podmioty oferujące pożyczki lub usługi leasingowe. ARP S.A. działa na rynku, na którym istnieje bardzo duża konkurencja. W świetle wyroku TSUE (sygn.. C-223/99 i C-260/99) jest to bardzo ważny argument na rzecz tego, że ARP nie jest podmiotem prawa publicznego i nie musi stosować ustawy Pzp. ARP zaznaczyła, że spółka Ente Fiera, nie zakwalifikowana przez Trybunał jako podmiotu prawa publicznego, to osoba prawna o bardzo zbliżonym do ARP S.A. zakresie działalności. W uzasadnieniu wyroku czytamy, iż Ente Fiera została założona jako komitet na początku ubiegłego wieku i przekształcona w osobę prawną zarejestrowaną w prawie prywatnym w 1922 r. Artykuł 1 jej statutu przewidywał, w wersji obowiązującej w momencie zaistnienia faktów następujące postępowania:

Przedmiotem Ente Autonomo Fiera Internazionale di Milano jest prowadzenie i ułatwianie wszelkich działań związanych z organizacją targów, wystaw i konferencji oraz wszelkich innych inicjatyw, które poprzez wspieranie stosunków handlowych promują prezentację produkcji towarów i usług oraz, jeśli to możliwe, ich sprzedaż. Ente jest organem non-profit i prowadzi działalność w interesie publicznym. Jego działalność podlega zasadom kodeksu cywilnego. Zarządzanie Ente opiera się na kryteriach wydajności i opłacalności. Ente może dokonywać wszelkich operacji, które nie są jej zabronione przez prawo lub jej statut, w tym operacji

finansowych, pożyczek i zawierania gwarancji handlowych w odniesieniu do ruchomości i nieruchomości w związku z jej przedmiotem; ponadto może tworzyć spółki lub podmioty, których przedmioty są podobne, powiązane lub powiązane z nimi, lub nabywać udziały lub akcje w takich spółkach lub organach. Artykuł 3 statutu spółki, również w wersji obowiązującej w chwili zaistnienia okoliczności faktycznych w postępowaniu głównym stanowi, że Ente będzie dążyć do realizacji celów, dla których została utworzona, wykorzystując wpływy z działalności prowadzonej przez administrację (w tym specjalną administrację) i zarządzanie jej aktywami oraz ze składek osób prawnych lub fizycznych.

ARP SA wskazała, że działa bardzo podobnie. Jej celem jest prowadzenie, na warunkach rynkowych działalności gospodarczej (§5 statutu Spółki, dalej: „Statut”), ukierunkowanej na realizację misji i strategii Grupy Kapitałowej Spółki oraz realizacja misji publicznej Spółki, obejmującej wykonywanie odrębnych zadań publicznych powierzonych Spółce w powszechnie obowiązujących przepisach prawa lub z mocy postanowień rządowych dokumentów programowych określających politykę Rady Ministrów Rzeczypospolitej Polskiej. Wynika z tego, że Spółka działa w celu osiągnięcia zysku ale z ryzykiem ponoszenia strat. Jak już wyżej wspomniano z §48 i 50 Statutu wynika, że nie skonstruowano mechanizmu kompensacji strat, a zysk jest na wzór innych spółek działających na warunkach rynkowych przeznaczany na dalszą działalność. Do zakresu działalności zaliczają się udzielanie pożyczek, gwarancji, tworzenie spółek, nabywanie udziałów lub akcji w spółkach itp.

#### *Misja publiczna realizowana przez Spółkę jako aspekt prowadzenia działalności na zasadach rynkowych*

ARP SA wskazała, że zgodnie z ustawą z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (t.j. Dz.U. z 2020 r. poz. 735 ze zm., dalej: „uzmp”) Agencja Rozwoju Przemysłu jest spółką realizującą misję publiczną (art. 2 pkt 8 lit. c) uzmp). Przyjęcie w uzmp dodatkowej kategorii spółek było podyktowane zamiarem określenia szczególnych zasad wykonywania uprawnień z akcji w tych spółkach. Uzmp przewiduje bowiem, że w spółce realizującej misję publiczną wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa lub państwowej osoby prawnej odbywa się na zasadach prawidłowej gospodarki, w szczególności w celu efektywnej realizacji misji publicznej wykonywanej przez tę spółkę. ARP S.A. podkreślała, że ustawodawca określił otwarty katalog spółek realizujących misję publiczną, wskazując w lit. a) komentowanego przepisu, że jest to spółka, której przedmiot działalności albo cel działania zostały określone ustawą. Lista podmiotów wymienionych w art. 2 pkt 8 lit. a i b nie ma zatem

charakteru wyczerpującego. (Daszkiewicz Amelia, Zasady zarządzania mieniem państwowym. Komentarz lex 2020 r.). Z art. 9 ust. 1 uzmp wynika, że „*wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa lub państwowej osoby prawnej odbywa się na zasadach prawidłowej gospodarki, w celu osiągnięcia trwałego wzrostu wartości tych akcji, z uwzględnieniem polityki gospodarczej państwa.*” Oznacza to, że fakt prowadzenia misji publicznej nie ma znaczenia dla oceny czy Spółka działa w zwykłych warunkach rynkowych. Skoro bowiem w celu efektywnej realizacji misji publicznej wykonywanie praw z akcji należących do Skarbu Państwa lub państwowej osoby prawnej odbywa się na zasadach prawidłowej gospodarki, to Skarb Państwa jako jedyny udziałowiec ARP SA nie ma prawa wpływać na działalność Spółki w sposób, który uchylałby regułem prowadzenia działalności czy skutkował ponoszeniem strat w celu realizacji misji. Zdaniem ARP S.A., w świetle powyższego przepisu nadrzędne znaczenie mają zasady prawidłowej gospodarki, a dopiero w przypadku uzyskania zysku możliwe jest realizowanie celów Spółki (w tym misji) czy rozwijanie działalności. Zastosowanie sformułowania: „*w szczególności w celu efektywnej realizacji misji publicznej*” należy odczytywać jako potwierdzenie, że Spółka może mieć różne cele, które będzie mogła realizować, jeśli działając zgodnie z zasadami rynku osiągnie zysk, a jednym z tych celów jest misja publiczna. Realizacja misji jest więc uzależniona od osiągnięcia zysku. Jest to spójne z przywołanymi już argumentami o braku mechanizmu kompensacji strat Spółki, który to argument, w świetle przywoływanego już wyroku TSUE w wyroku z 10 maja 2001 (C-223/99 i C-260/99), świadczy o tym, że podmiot taki jak ARP S.A. nie może być uznany za podmiot prawa publicznego.

ARP S.A. podniosła, że nie posiada w świetle powyższego cech podmiotu prawa publicznego. Oferowane przez Spółkę usługi nie mają charakteru powszechnego, gdyż są kierowane do podmiotów działających w wybranych branżach gospodarki oraz działających na terenie SSE. Spółka prowadzi działalność o charakterze handlowym i przemysłowym w rozumieniu ustawy Pzp i ww. dyrektyw UE, ponieważ jej głównym celem jest prowadzenie działalności w zwykłych warunkach rynkowych i jest narażona na silną konkurencję ze strony innych podmiotów, w tym banków, przedsiębiorstw leasingowych itp. Fakty potwierdzają, że Spółka osiąga zysk, z którego finansuje swoją działalność oraz nie ma gwarancji Państwa w zakresie kompensowania ewentualnych strat. Dodatkowo przepisy uzmp, pomimo nałożenia na Spółkę obowiązku realizacji misji publicznej, jasno określają, jako nadrzędny, obowiązek wykonywania praw z akcji należących do Skarbu Państwa zgodnie z zasadami prawidłowej gospodarki, a więc finansowania misji tylko z osiągniętego przez Spółkę zysku.

ARP S.A. wskazała, że w art. 2 ust. 1 pkt 2 dyrektywy 2014/24/UE w załączniku I do tej dyrektywy znajduje się lista „instytucji administracji centralnej” zgłoszonych przez Polskę jako instytucje zamawiające. Zgodnie z tym przepisem oraz art. 6 ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE, Państwa członkowskie mają prawa korygować lub uzupełniać listę instytucji zamawiających. Załącznik nr I do dyrektywy 2014/24/UE nie wymieniał i nie wymienia wśród instytucji zamawiających ARP S.A.

Ponadto jeśli chodzi o brak obowiązku stosowania ustawy Pzp należy także zwrócić uwagę na art. 66 ust. 4 ustawy o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 217), który stanowi, że: *„Wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, chyba że statut, umowa lub inne wiążące jednostkę przepisy prawa stanowią inaczej. Kierownik jednostki nie może dokonać takiego wyboru.”*

Wynika z tego, że w przypadku ARP S.A., organem wybierającym firmę audytorską jest Rada Nadzorcza Spółki, ponieważ ani statut, ani umowa, ani przepisy prawa nie wskazują innego organu, który taką firmę miałby wybrać. W związku z tym, iż ustawa o rachunkowości określa prawo wyboru firmy audytorskiej, należy przyjąć, że Rada Nadzorcza ma dowolność przy zleceniu badania sprawozdania finansowego. Wskazać przy tym należy, że Radzie Nadzorczej nie można przypisać statusu Zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 ustawy Pzp, nie jest to bowiem osoba fizyczna, osoba prawna lub jednostka organizacyjna nieposiadająca osobowości prawnej zobowiązana do stosowania ustawy, a tym samym nie zostaje również wypełniona dyspozycja art. 15 ust. 1 ustawy Pzp, wskazująca, że postępowanie o udzielenie zamówienia przygotowuje i przeprowadza zamawiający.

ARP S.A. wskazała, że zgodnie z dyspozycją art. 18 ust. 1 ustawy Pzp, za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego kierownik zamawiającego, którym – zgodnie z art. 2 pkt 3 ustawy Pzp – jest osoba lub organ, który – zgodnie z obowiązującymi przepisami, statutem lub umową – jest uprawniony do zarządzania zamawiającym, z wyłączeniem pełnomocników ustanowionych przez zamawiającego. Definicja ta, odpowiada co do zasady definicji kierownika jednostki wskazanej w art. 3 pkt 6 ustawy o rachunkowości. Zgodnie natomiast z art. 66 ust. 4 zdanie drugie ustawy o rachunkowości kierownik jednostki nie może dokonać wyboru firmy audytorskiej. Z zestawienia wskazanych przepisów wynikałoby, że Kierownik Zamawiającego, jako jedyny może przeprowadzić postępowanie w sprawie udzielenia zamówienia na wybór firmy audytorskiej, a jednocześnie ustawa o rachunkowości zabrania takiego działania. W ocenie ARP, mając na uwadze

wskazane przepisy ustaw, przyjęć należy, że ustawa o rachunkowości - jako przepis o charakterze szczególnym w stosunku do ustawy Pzp, przewiduje wyłącznie stosowania ustawy Pzp o charakterze przedmiotowym do zamówień na wybór firmy audytorskiej.

Przyjęcie innego stanowiska pozbawione jest podstaw prawnych i nie da się logicznie uzasadnić. W szczególności wskazać należy, że w ustawie Pzp nie ma przepisów pozwalających zwolnić Kierownika Zamawiającego z odpowiedzialności wynikającej z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp. Może on wprowadzić powierzyć pewne czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia, ale po pierwsze czynności te mogą dotyczyć wyłącznie czynności określonych w rozdziale 1, Działu II ustawy Pzp, a po drugie powierzenie może dotyczyć tylko pracowników zamawiającego. Członkowie Rady Nadzorczej, uprawnieni i zobowiązani do wyboru firmy audytorskiej, nie są pracownikami ARP, w związku z czym powierzenie pewnych obowiązków nie jest możliwe, abstrahując od faktu, że wyboru oferty najkorzystniejszej musi dokonać zamawiający poprzez swojego kierownika, który nie może powierzyć tej czynności. Tym samym, nie ma prawnej możliwości, aby w zgodzie z ustawą Pzp, wyboru wykonawcy dokonała Rada Nadzorcza. Nawet gdyby bowiem, członkowie Rady Nadzorczej zostali powołani do komisji przetargowej, to komisja jest wyłącznie organem pomocniczym Kierownika Zamawiającego i nie dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej.

Zdaniem ARP S.A. przyjmując, że prawo nie może nakazywać czynienia rzeczy niemożliwych, jedynym logicznym wnioskiem jest, że wyboru firmy audytorskiej faktycznie dokonuje Rada Nadzorcza, która nie jest zamawiającym i nie jest zobowiązana do stosowania ustawy Pzp, a kierownik jednostki (w rozumieniu ustawy o rachunkowości), jest zobowiązany jedynie do zawarcia umowy, co wprost wynika z art. 66 ust. 5 ustawy o rachunkowości. Uznać należy, że celem art. 66 ust. 4 ustawy o rachunkowości jest pozbawienie kierownika jednostki, jakiegokolwiek udziału w wyborze firmy audytorskiej, a takiego udziału nie da się wyeliminować, jeżeli zamówienie musiałoby być udzielone w oparciu o ustawę Pzp.

W związku z powyższym w ocenie ARP S.A., Spółka nie ma obowiązku stosowania ustawy Pzp, a tym samym nie można prowadzić wobec spółki postępowania kontrolnego na podstawie art. 165 ust. 1 Pzp.

### III.

W dniu 2 czerwca 2021 r. Prezes UZP, nie uwzględnił zastrzeżeń zamawiającego do informacji o wyniku kontroli.



Prezes UZP argumentował, iż jakkolwiek zamawiający w treści zastrzeżeń od wyniku kontroli z dnia 20.05.2021 r. nie odnosi się wprost do wskazanego w Informacji o wyniku kontroli doraźnej naruszenia art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004, ze względu na fakt, iż argumentacja zamawiającego opiera się w zasadniczej części na kwestionowaniu obowiązku stosowania przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. ustawy Pzp2004 do udzielania zamówień publicznych z uwagi na nieposiadanie statusu zamawiającego w rozumieniu art. 2 pkt 12 w związku z art. 3 ustawy Pzp2004, a w konsekwencji – na kwestionowaniu uprawnienia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do wszczęcia i prowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia, należy uznać, iż zastrzeżeniami zamawiającego objęte są oba naruszenia wskazane w Informacji o wyniku kontroli doraźnej.

Prezes UZP podniósł, że jak wynika z ustaleń potwierdzonych przez zamawiającego m.in. w treści zastrzeżeń, zamawiający prowadził w przedmiocie analogicznym do przedmiotu zamówienia objętego kontrolą doraźną postępowania o udzielenie zamówienia zarówno w roku 2018 jak i w roku 2019, przy czym do każdego z postępowań stosował przepisy ustawy Pzp2004, w żadnym przypadku nie powołując się na brak statusu zamawiającego w rozumieniu tej ustawy. W szczególności Prezes UZP argumentował, iż jak wynika z treści wyroku Krajowej Izby Odwoławczej 24.09.2019 r., sygn. KIO 1761/19 oraz wyroku z dnia 14.11.2019 r., sygn. KIO 2212/19, zamawiający nie powoływał się na dany argument także w toczących się przed Krajową Izbą Odwoławczą postępowaniach odwoławczych dotyczących jednego z przywołanych postępowań o udzielenie zamówienia. Także analiza innych postępowań o udzielenie zamówienia wszczynanych przez zamawiającego, o których informacje dostępne są na stronie podmiotowej Biuletynu Informacji Publicznej zamawiającego (m.in. postępowanie o udzielenie zamówienia na rozbudowę posiadanego przez zamawiającego oprogramowania TETA HR o nowe moduły wraz z usługą serwisową, ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone na stronie podmiotowej BIP oraz w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.12.2020 r.) daje podstawę do uznania, iż zamawiający stosuje przepisy ustawy Pzp2004, uznając się za zamawiającego w rozumieniu tej ustawy. Prezes UZP podkreślał również, iż także w toku całego postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych prowadzonych w okresie od listopada 2019 r. do maja 2021 r. a zakończonych Informacją o wyniku kontroli z dnia 11.05.2021 r. zamawiający nie kwestionował swojego statusu jako zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp2004. Prezes UZP zaznaczył, iż w uchwale Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 21.10.2011 r., sygn. KIO/KD 78/11 wskazano, że należy odmówić zamawiającemu na etapie zgłaszania zastrzeżeń do wyników kontroli prawa do przywoływania innych podstaw prawnych,

wskazywania nowych przesłanek zastosowania trybu z wolnej ręki, które nie były badane przez Prezesa Urzędu w trakcie postępowania kontrolnego i nie zostały wskazane w informacji o wynikach kontroli. Zdaniem Prezesa UZP tezę tę należy odnieść również do przywoływania przez zamawiającego podstaw prawnych w zakresie potencjalnego braku obowiązku stosowania ustawy z uwagi na nieposiadanie statusu zamawiającego w sytuacji, jeśli zamawiający nie powoływał się na owe podstawy w toku postępowania kontrolnego i nie podlegały one badaniu z uwagi na brak wątpliwości dotyczących statusu zamawiającego, co warunkowane było w szczególności identyfikowaniem się przez Agencję Rozwoju Przemysłu S.A. jako zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp2004 przez cały okres prowadzenia postępowania wyjaśniającego oraz kontroli doraźnej.

Prezes UZP wskazał również, iż pismem z dnia 17.10.2013 r. (znak: UZP/DP/O/026/929/13/AG) skierowanym do zamawiającego Wiceprezes Urzędu Zamówień Publicznych podtrzymał stanowisko w przedmiocie uznania Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004. W tym zakresie argumentacja zamawiającego przywołana w zastrzeżeniach nie daje podstaw do zmiany dotychczasowego stanowiska.

Prezes UZP odnosząc się do opinii prawnej z dnia 9.02.2021 r. (znak: DP.022.411.2020.AŚ), na której treść powołuje się zamawiający zauważył, iż wskazano w niej następujące stwierdzenie.

*Konkludując w kontekście powyższych rozważań wyjaśniam, iż ostateczna ocena, czy Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. może zostać zakwalifikowana jako zamawiający na podstawie art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, będzie zawsze stanowić wynik analizy istniejących uwarunkowań faktycznych dotyczących Spółki, z uwzględnieniem okoliczności prowadzonej przez Spółkę działalności. Jednoznaczna decyzja w zakresie powyższego należy więc do Spółki jako podmiotu, który ma najlepszą wiedzę w tym przedmiocie. Dokonanie zaś przez Prezesa Urzędu analizy zgodności z ustawą Pzp konkretnego stanu faktycznego może mieć miejsce jedynie po przeprowadzeniu postępowania wyjaśniającego lub kontrolnego.*

Prezes UZP podkreślał, iż zamawiający prowadził w ramach swojej działalności postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów ustawy Pzp2004, uznając się w każdym przypadku za zamawiającego w rozumieniu tej ustawy i nie kwestionując tego statusu w toku kontroli doraźnej. Wskazywał, iż w piśmie skierowanym do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 30 października 2017 r. (znak: BAZ.260.2017.AL.4070) zamawiający

explicite wskazuje m.in.: ARP S.A. na mocy ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 2259), jest spółką realizującą misję publiczną, dlatego zaliczana jest do kategorii tzw. „instytucji prawa publicznego” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), jak również: ARP S.A. udziela zamówień klasycznych z zastosowaniem pełnej procedury określonej w ustawie Pzp [...] (kopia pisma w załączeniu). Tym samym argumentację zamawiającego dotyczącą braku obowiązku stosowania ustawy Pzp2004 z uwagi na brak statusu zamawiającego w rozumieniu tej ustawy wskazaną w zastrzeżeniach od wyniku kontroli Prezes UZP uznał za niezgodną z dotychczasowym stanowiskiem samego zamawiającego, opartym na jego najlepszej wiedzy w danym przedmiocie i sformułowaną doraźnie wyłącznie w celu podważenia wyniku kontroli.

W zakresie zarzutu zamawiającego dotyczącego braku obowiązku stosowania ustawy Pzp2004 w zakresie przedmiotowym z uwagi na treść art. 66 ust. 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 217), Prezes UZP wywiódł, iż nawet w przypadku uznania, że odnośny przepis ustawy o rachunkowości wyłącza możliwość przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia przez kierownika jednostki jako kierownika zamawiającego, zastosowanie znajdzie art. 18 ust. 3 ustawy Pzp2004, zgodnie z którym *jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu*. W szczególności brak jest podstaw do uznania, iż sama struktura organizacyjna zamawiającego może przesądzać o wyłączeniu obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp2004 do określonych zamówień udzielanych przez danego zamawiającego, jeśli zamówienia te nie zostały rodzajowo wyłączone z zakresu stosowania ustawy Pzp2004 w treści ustawy Pzp2004 lub przepisów odrębnych. Prezes UZP podkreślał, iż wybór firmy audytorskiej do przeprowadzania badania sprawozdań finansowych w postępowaniu o udzielenie zamówienia prowadzonym na podstawie ustawy Pzp2004 przez podmioty zobowiązane do stosowania tej ustawy w braku innych przesłanek wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp2004 stanowi niekwestionowaną praktykę rynku zamówień publicznych, której prawidłowość potwierdzona została m.in. przez Regionalną Izbę Obrachunkową w Olsztynie (pismo do Urzędu Marszałkowskiego Województwa Warmińsko-Mazurskiego z dnia 23.01.2018 r., znak: RIO.III.072-15/2018 ), jak również przez Kancelarię Prezesa Rady Ministrów (dokument pn. „Wytyczne dotyczące procedury wyboru i współpracy z firmą audytorską badającą roczne

sprawozdanie finansowe spółki z udziałem Skarbu Państwa” z września 2017 r. ). Organ kontrolujący podkreślał, iż w drugim ze wskazanych powyżej dokumentów stwierdzono co następuje.

*Zaleca się, aby w spółkach Skarbu Państwa wyboru firmy audytorskiej, do badania sprawozdania finansowego spółki dokonywała rada nadzorcza lub pełnomocnik wspólnika, chyba że statut albo umowa spółki lub inne wiążące dokumenty lub przepisy stanowią inaczej*

(sekcja II pkt 1), jak również:

*Postępowanie rady nadzorczej lub pełnomocnika wspólnika mające na celu dokonanie wyboru firmy audytorskiej w szczególności obejmuje: [...]*

*3) przeprowadzenie procedury wyboru firmy audytorskiej, w tym z uwzględnieniem przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych, o ile ma zastosowanie (sekcja II pkt 3 ppkt 3).*

Zdaniem Prezesa UZP sformułowanie „o ile ma zastosowanie” nie odnosi się do wyłączenia zamówienia na wybór firmy audytorskiej w sensie rodzajowym, a do ewentualnych innych przesłanek wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp2004 wynikających z treści samej ustawy Pzp2004 lub przepisów szczególnych, przy czym istnienia tego rodzaju przesłanek wyłączenia w przedmiotowej sprawie zamawiający nie wykazał.

Zdaniem Prezesa UZP tym samym uznać należy, iż Agencja Rozwoju Przemysłu S.A. występowała w odniesieniu do postępowania o udzielenie zamówienia będącego przedmiotem kontroli doraźnej, której dotyczy Informacja o wyniku kontroli doraźnej z dnia 11.05.2021 r. jako zamawiający w rozumieniu ustawy Pzp2004 oraz – iż była zobowiązana do stosowania przepisów ustawy Pzp2004 do przeprowadzenia danego postępowania o udzielenie zamówienia, a w konsekwencji – iż Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych przysługiwało uprawnienie do wszczęcia i prowadzenia kontroli doraźnej przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia.

W odniesieniu do zarzutów zamawiającego podniesionych w punkcie I zastrzeżeń Prezes UZP wskazał, iż w orzecznictwie przyjmuje się, że okoliczność przedłużającego się postępowania odwoławczego oraz konieczność unieważniania kolejnych postępowań, nie może być powodem odstąpienia od udzielania zamówienia w trybie konkurencyjnym. Pilna potrzeba udzielenia zamówienia wywołana przez samego zamawiającego lub powstała na skutek działań lub zaniechań innych organów nie może zostać uznana za okoliczność, której wcześniej nie

można było przewidzieć. Za takie okoliczności uznać można jedynie sytuację, której wystąpienie w normalnym stanie rzeczy byłoby mało prawdopodobne, np. zdarzenia losowe, awarie, katastrofy itd. (wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP z dnia 11 stycznia 2007 r., sygn. UZP/ZO/0-3064/06). Organ kontrolujący podkreślał, iż unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia jest czynnością w postępowaniu o udzielenie zamówienia regulowaną przepisami ustawy Pzp2004 i możliwość jej wystąpienia oraz potencjalny wpływ na harmonogram działań musi być zawsze brana pod uwagę przez zamawiającego, w szczególności w sytuacji, jeśli zamawiający ma świadomość istnienia przepisów szczególnych nakazujących wykonanie pewnych czynności uzależnionych od udzielenia zamówienia w określonym terminie.

Prezes UZP zauważył, iż jak wskazał sam zamawiający w piśmie z dnia 11.06.2019 r. (znak: BAZ.263.2019.KJ.2781) stanowiącym informację o unieważnieniu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na usługę polegającą na badaniu ustawowym sprawozdań finansowych Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. oraz skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. za lata 2018-2021 (nr postępowania: ZP/PN/14/2018/U), które to postępowanie zamawiający przywołuje w zastrzeżeniach jako pierwsze w ciągu postępowań o analogicznym przedmiocie zamówienia, unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 było konsekwencją stwierdzenia przez zamawiającego niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego z uwagi na określenie przez zamawiającego we wzorze umowy kar umownych nieproporcjonalnych do warunków zamówienia, co uznać należy za okoliczność wywołaną przez samego zamawiającego. Nie może także ująć uwadze fakt, iż w odniesieniu do kolejnego z postępowań przywoływanych w zastrzeżeniach, tj. postępowania na badanie ustawowe sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych ARP S.A. oraz wybranych Spółek z GK ARP na lata 2019-2020, z możliwością przedłużenia o kolejne 2 lata (lata 2021-2022) (nr postępowania: ZP/PN/19/2019), zamawiający dwukrotnie dokonał czynności unieważnienia postępowania (pismo zamawiającego z dnia 30.08.2019 r., pismo zamawiającego z dnia 21.10.2019 r.), przy czym za każdym razem Krajowa Izba Odwoławcza uwzględniła odwołania wykonawców, nakazując zamawiającemu unieważnienie czynności unieważnienia postępowania (wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 24.09.2019 r., sygn. KIO 1761/19 oraz wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.11.2019 r., sygn. KIO 2212/19). Prezes UZP wskazywał, iż ostateczne unieważnienie postępowania nr ZP/PN/19/2019 nastąpiło na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 oraz pkt 7 ustawy Pzp2004, zamawiający uzasadnił zaś tę czynność brakiem interesu publicznego w

prowadzeniu postępowania o udzielenie zamówienia w związku z upływem terminów do przeprowadzenia badania ustawowego sprawozdań finansowych i skonsolidowanych sprawozdań finansowych, jak również niemożnością zawarcia ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego ze względu na oznaczone datą określone w treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia terminy wykonania poszczególnych czynności przez wykonawcę, które na dzień czynności unieważnienia postępowania nie mogły zostać już dotrzymane, przy czym nie może ująć uwadze, iż okoliczności te były konsekwencją przedłużania się postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na skutek wcześniejszego dwukrotnego niezgodnego z przepisami ustawy Pzp2004 unieważnienia postępowania, co zostało potwierdzone wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, a tym samym muszą być uznane za okoliczności wywołane przez samego zamawiającego i niestanowiące uzasadnienia dla udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004, istnieją bowiem zasadne przesłanki do uznania, iż gdyby zamawiający nie dopuścił się naruszeń przepisów ustawy Pzp2004 w toku postępowania, możliwe byłoby zakończenie postępowania i udzielenie zamówienia w takim terminie, aby zadośćuczynić wymogom wynikającym z przepisów odrębnych, m.in. ustawy o rachunkowości.

Zdaniem Prezesa UZP nie sposób także zgodzić się z argumentacją zamawiającego, jakoby fakt niewniesienia odwołania przez wykonawcę na czynność unieważnienia postępowania po raz trzeci przesądzał o skuteczności poprzednich czynności unieważnienia postępowania, gdyż czynności te zostały dokonane w innych okolicznościach stanu faktycznego i na innych podstawach prawnych. Zaznaczał, iż bezprzedmiotowe jest odwoływanie się do stanowiska wykonawcy w sytuacji, jeśli fakt naruszenia przepisów ustawy Pzp2004 w zakresie pierwotnego dwukrotnego unieważnienia postępowania przez zamawiającego potwierdziła Krajowa Izba Odwoławcza, w tym bowiem względzie kwestia realizacji przez wykonawcę uprawnienia do wniesienia odwołania uzależniona od jego woli nie może przesądzać o obiektywnym zadośćuczynieniu wymogom ustawy Pzp2004 przez zamawiającego, co ma przełożenie na zaistnienie przesłanek wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004. Analogicznie nie sposób uznać, iż fakt umorzenia przez Sąd Okręgowy (postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 22.09.2020 r., sygn. XXIII Ga 2255/19) postępowania w sprawie skargi zamawiającego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.11.2019 r., sygn. KIO 2212/19 z uwagi na skuteczne unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia na skutek podjęcia trzeciej czynności unieważnienia postępowania (tj. z przyczyn formalnych)

sanuje naruszenia przepisów ustawy Pzp2004 w zakresie pierwszej oraz drugiej czynności unieważnienia postępowania stwierdzone wyrokami Krajowej Izby Odwoławczej, w szczególności naruszenie, którego dotyczy wyrok Krajowej Izby Odwoławczej 24.09.2019 r., sygn. KIO 1761/19, na który nie została wniesiona skarga do sądu (tj. pierwsza czynność unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia).

Na marginesie Prezes UZP wskazał, iż kwestia oceny wpływu zamawiającego na zaistnienie przesłanki unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia stanowi jedynie argumentację dodatkową w kontekście stwierdzenia naruszenia art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 poprzez zastosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia bez zaistnienia ustawowych przesłanek biorąc pod uwagę fakt, iż w orzecznictwie nie uzależnia się kwestii stwierdzenia pilnej potrzeby udzielenia zamówienia, której wcześniej nie można było przewidzieć w sytuacji unieważnienia wcześniejszego postępowania o udzielenie zamówienia w trybie przetargowym wyłącznie od wpływu samego zamawiającego na ziszczenie się danej przesłanki, ale także wyklucza się możliwość udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia w sytuacji, jeśli pilna potrzeba udzielenia zamówienia powstała na skutek działań lub zaniechań innych organów (vide przywoływany wyrok Zespołu Arbitrów przy UZP, sygn. UZP/ZO/0-3064/06), co dotyczy także sytuacji, jeśli pilna potrzeba udzielenia zamówienia jest konsekwencją procedury odwoławczej przed Krajową Izbą Odwoławczą niezależnie od jej wyniku.

Prezes UZP podkreślił, iż pierwsza czynność unieważnienia postępowania, o której zamawiający poinformował pismem z dnia 30.08.2019 r. dokonana została przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, zaś zamawiający wszczął postępowanie na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 jeszcze przed upływem terminu na wniesienie odwołania na czynność unieważnienia postępowania w trybie przetargowym, co wzmacnia argumentację o braku pilnej potrzeby udzielenia zamówienia na moment wszczęcia postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia z uwagi na fakt, iż zamawiający musiał co najmniej brać pod uwagę możliwość nakazania unieważnienia czynności unieważnienia postępowania przez Krajową Izbę Odwoławczą oraz zakończenia postępowania w trybie przetargowym poprzez udzielenie zamówienia. Ma to szczególne znaczenie w kontekście faktu, iż wbrew wyrażonym w zastrzeżeniach twierdzeniom zamawiającego, że umowa w sprawie zamówienia publicznego w związku z terminami określonymi w przepisach ustawy o rachunkowości powinna zostać zawarta do końca września 2019 r., zamawiający zawarł umowę z wykonawcą wybranym w postępowaniu prowadzonym w trybie negocjacji bez ogłoszenia w dniu 29.11.2019 r., nie kwestionując jednocześnie zasadności i zgodności z

prawem zawarcia danej umowy w tej dacie. Prezes UZP zwrócił uwagę na niespójność wyjaśnień zamawiającego wskazującego w pierwszej kolejności, iż zatem w przypadku ARP i spółek objętych zamówieniem biegły rewident powinien rozpocząć prace w październiku 2019 r. co oznacza, że umowa w sprawie zamówienia publicznego powinna zostać zawarta do końca września 2019 r. (str. 4 zastrzeżeń od wyniku kontroli), a następnie, że argumentacja Kontrolującego, iż umowa została zawarta 29 listopada tylko potwierdza, że pomimo zastosowanego niekonkurencyjnego trybu udzielenie zamówienia trwało długo, bo 2 miesiące i w zasadzie był to ostatni moment na podpisanie umowy tak, aby sprostać wymogom ustawy o rachunkowości (str. 5 zastrzeżeń od wyniku kontroli). Tym samym twierdzenia zamawiającego, iż nie było możliwości skutecznego przeprowadzenia postępowania w trybie przetargowym nie mogą zostać uznane za wiarygodne, zamawiający w szczególności nie wyjaśnił, dlaczego stosuje dwie odmienne interpretacje w odniesieniu do zasad ustalania terminu, do którego możliwe było zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego, aby zadośćuczynić wymogom przepisów odrębnych jak również nie wyjaśnił, dlaczego data 29.11.2019 r. miała stanowić „ostatni moment na podpisanie umowy” oraz na podstawie jakich przepisów ustawy o rachunkowości uznał, iż inwentaryzacja składników majątku powinna rozpocząć się na 3 miesiące przed końcem roku obrotowego (tj. w październiku 2019 r.) w sytuacji jeśli przepis art. 26 ust. 3 pkt 1 ustawy o rachunkowości wskazuje, iż termin i częstotliwość inwentaryzacji, określone w ust. 1, uważa się za dotrzymane, jeżeli inwentaryzację składników aktywów – z wyłączeniem aktywów pieniężnych, papierów wartościowych, produktów w toku produkcji oraz materiałów, towarów i produktów gotowych, określonych w art. 17 ust. 2 pkt 4 – rozpoczęto nie wcześniej niż 3 miesiące przed końcem roku obrotowego, a zakończono do 15 dnia następnego roku, z czego nie wynika obowiązek wszczęcia inwentaryzacji dokładnie na 3 miesiące przed końcem roku obrotowego.

Tym samym Prezes UZP uznał, iż zamawiający nie wykazał spełnienia przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia na podstawie art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.

#### IV.



Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przekazał 7 czerwca 2021 r. zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

## V.

Po przeprowadzeniu analizy dokumentacji postępowania kontrolnego, a także argumentacji zamawiającego, Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zamawiającego z dnia 20 maja 2021 r. do informacji o wyniku kontroli doraźnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 11 maja 2021 r. nie zasługują na uwzględnienie.

W pierwszej kolejności należało odnieść się do najdalej idącej argumentacji zamawiającego przedstawionej w zastrzeżeniach, w której wskazywał, że nie był zamawiającym w rozumieniu przepisów ustawy Pzp2004 i nie miał obowiązku stosowania jej przepisów.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną przez Prezesa UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia odnośnie statusu ARP S.A. jako podmiotu zobowiązanego do stosowania ustawy Pzp2004 Izba podziela i uznaje za własną.

Podkreślenia wymagało, że zamawiający w postępowaniu o udzielenie zamówienia objętego kontrolą jak i w poprzednich postępowaniach dotyczących analogicznego przedmiotu zamówienia na usługę polegającą na badaniu ustawowym sprawozdań finansowych Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. oraz skonsolidowanych sprawozdań finansowych Grupy Kapitałowej Agencji Rozwoju Przemysłu S.A. (nr postępowania: ZP/PN/14/2018/U oraz nr postępowania ZP/PN/19/2019) stosował przepisy ustawy Pzp2004 uznając się za zobowiązanego do jej stosowania. Przykładowo jedynie można było wskazać, że jak wynika z ogłoszenia o udzieleniu zamówienia dotyczącego kontrolowanego postępowania (ogłoszenie z 24 kwietnia 2020 r. nr 2020/S 081-191660), sam zamawiający w pkt I.4 „*rodzaj instytucji zamawiającej*” określił siebie jako „*podmiot prawa publicznego*”.

Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający również w toku postępowania wyjaśniającego ani w toku kontroli doraźnej nie kwestionował swojego statusu jako zamawiającego w rozumieniu ustawy Pzp2004.

Na uwagę zasługiwał także fakt, że w żadnym z postępowań odwoławczych dotyczących czynności i zaniechań zamawiającego w postępowaniu nr ZP/PN/19/2019, zamawiający nie

powoływał się przed Izłą na brak obowiązku stosowania ustawy Pzp2004. W konsekwencji w przypadku żadnego z postępowań odwoławczych Izba nie odrzuciła odwołania na podstawie art. 189 ust. 2 pkt 1 ustawy Pzp2004, a więc z powodu, iż w sprawie nie znajdowały zastosowania przepisy ustawy Pzp2004 (por. orzeczenia Izby wydane w sprawach sygn. akt KIO 1769/19 oraz KIO 2212/19).

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia słusznie wskazał dodatkowo, że zamawiający w dalszym ciągu stosuje przepisy ustawy Pzp2004, uznając się za zamawiającego w rozumieniu tej ustawy. Dostrzeżenia wymagało, że zamawiający zamieścił 30 grudnia 2020 r. w Biuletynie Zamówień Publicznych ogłoszenie o zamówieniu w postępowaniu na rozbudowę posiadanego przez siebie oprogramowania TETA HR o nowe moduły wraz z usługą serwisową (ogłoszenie o zamówieniu zamieszczone w Biuletynie Zamówień Publicznych w dniu 30.12.2020 r. nr 774794-N-2020). Na uwagę zasługiwał fakt, że w treści omawianego ogłoszenia w rubryce „zamieszczanie ogłoszenia” zamawiający sam określił, że jest to „zamieszczanie obowiązkowe”. Ponadto ARP S.A., w rubryce dotyczącej rodzaju instytucji zamawiającej, w dalszym ciągu określała siebie jako „podmiot prawa publicznego”.

Prezes UZP słusznie wskazał także, że w piśmie skierowanym do niego z dnia 30 października 2017 r. (znak: BAZ.260.2017.AL.4070) zamawiający sam przyznawał, że *ARP S.A. na mocy ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz.U. z 2016 r., poz. 2259), jest spółką realizującą misję publiczną, dlatego zaliczana jest do kategorii tzw. „instytucji prawa publicznego” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 r., poz. 1579), jak również: ARP S.A. udziela zamówień klasycznych z zastosowaniem pełnej procedury określonej w ustawie Pzp [...].* Z pisma tego wynikało więc, że sam zamawiający określa się jako spółka realizująca misję publiczną oraz podmiot prawa publicznego w rozumieniu Pzp. Nie można się zgodzić z tezą zamawiającego, że o braku zaspokajania przez niego potrzeb o charakterze „powszechnym” w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp2004 miałby świadczyć fakt, że jego działalność jest kierowana do przedsiębiorców oraz podmiotów gospodarczych (według danych GUS 2,3 mln podmiotów). Zamawiający wskazywał w zastrzeżeniach, że jest to niewielka część podmiotów gospodarczych. Zdaniem Izby słowo „powszechny” nie musi oznaczać dostępności dla wszystkich. Wystarczy, że działalność zamawiającego jest dostępna dla wielu podmiotów. Z pewnością zaś grupy 2,3 mln podmiotów nie można określać mianem niewielkiej. W tym zakresie podzielono identyczne stanowisko co do znaczenia tego pojęcia wyrażone w postanowieniu Sądu Okręgowego w Olsztynie z 30.05.2005 r. sygn. akt IX Ca 196/05.

Również fakt prowadzenia przez zamawiającego misji publicznej w warunkach konkurencji z podmiotami prywatnymi (np. banki, skok) sam przez się nie przesądzał, że owa misja publiczna nie ma charakteru prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb powszechnych o charakterze nieprzemysłowym i niehandlowym. Przypomnienia wymagało, że w wyroku z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C- 360/96 Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV, ETS uznał, iż sam fakt, że istnieje prywatne przedsiębiorstwo oferujące ten sam zakres usług (istnieje konkurencja na rynku określonych świadczeń), nie daje podstaw do bezwarunkowego uznania, iż określona potrzeba może zostać uznana za posiadającą przymiot potrzeby o charakterze przemysłowym lub handlowym.

Izba stwierdziła ponadto, że zamawiający sam przyznał w zastrzeżeniach, iż otrzymuje dotacje na poziomie 14-15% zysku oraz 7% swych przychodów. Ponadto wskazał, że otrzymuje środki finansowe, w celu realizacji określonych zadań zleconych takich jak:

1. zadania związane z monitorowaniem i rozliczaniem udzielonego wsparcia niebędącego pomocą publiczną;

2. zadania związane z „Polityką Nowej Szansy”, w skład której wchodzi narzędzia wsparcia restrukturyzacji przedsiębiorstw:

a) pożyczka na okres do 6 miesięcy zapewniająca płynność przedsiębiorstwu na czas potrzebny do opracowania planu restrukturyzacji lub przeprowadzenia sprawnej likwidacji;

b) tymczasowe wsparcie restrukturyzacyjne w formie pożyczki na 18 miesięcy

oraz pomoc na realizację planu restrukturyzacyjnego w formie pożyczki lub wejść kapitałowych zawartych na czas określony w planie restrukturyzacji.

3. program „Efektywność”

Otrzymywanie ww. dotacji może świadczyć o istnieniu systemu kompensacji strat, do którego nie mają dostępu podmioty działające w zwykłych warunkach rynkowych. Ponadto posiadanie statusu podmiotu prawa publicznego nie jest także uzależnione od procentowego znaczenia działalności prowadzonej w celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego w ramach całej działalności danego podmiotu. Nie jest zatem istotne, czy obok obowiązku zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, taki podmiot ma możliwość prowadzenia także innej, w tym przypadku całkowicie komercyjnej, działalności.

Okoliczność, że zamawiający może prowadzić działalność gospodarczą nie oznacza jeszcze, że w ten sposób traci przymiot podmiotu prawa publicznego. Jak wskazuje się w piśmiennictwie i orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, fakt prowadzenia działalności gospodarczej nie wyklucza kwalifikacji podmiotu utworzonego w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym za podmiot prawa publicznego. *Utworzenie przedsiębiorstwa w celu zaspokajania takich potrzeb nie oznacza, że jedynym i wyłącznym przedmiotem jego działalności musi być pełnienie takiej funkcji. Obok realizacji zadań o charakterze publicznym może ono prowadzić działalność gospodarczą na ogólnych zasadach, przy czym nie jest istotne, w jakim rozmiarze działalność ta jest prowadzona w stosunku do działalności polegającej na zaspokajaniu potrzeb w interesie ogólnym. (...) Zdaniem Trybunału - wyrażonym w wyroku Mannesmann - uzależnienie uznania danej jednostki za podmiot prawa publicznego od stosunku pomiędzy zakresem prowadzonej działalności komercyjnej a zakresem zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym stanowiłoby interpretację niezgodną z zasadą prawnej pewności, która wymaga, by reguły prawa unijnego były jasne i przejrzyste, a ich zastosowanie było przewidywalne przez wszystkie podmioty, których dotyczą. (zob. Aleksandra Sołtysińska, Hanna Talago-Sławoj Europejskie Prawo zamówień publicznych. Wolters Kluwer Warszawa 2016, 3. wydanie, s. 115-116).*

Niewymienienie ARP S.A. w załączniku nr I do dyrektywy 2014/24/UE nie jest równoznaczne z niekwalifikowaniem jej jako podmiotu prawa publicznego. Dostrzeżenia wymaga, że wykaz z załącznika nr I nie ma charakteru wyczerpującego a decydujące znaczenie ma wypełnienie przez instytucję zamawiającą przesłanek definicji „podmiotu prawa publicznego”.

W tej sytuacji twierdzenia zamawiającego o tym, iż rzekomo dobrowolnie stosował przepisy ustawy Pzp2004 oraz że nie jest podmiotem prawa publicznego należało uznać za podniesione wyłącznie na potrzeby analizowanego postępowania kontrolnego.

Nie można było zgodzić się także z twierdzeniem zamawiającego o braku obowiązku stosowania ustawy Pzp2004 wywodzonym z treści art. 66 ust. 4 ustawy z dnia 29 września 1994 r. o rachunkowości (t.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 217). Przepis ten stanowi rzeczywiście, że *Wyboru firmy audytorskiej do przeprowadzenia badania sprawozdania finansowego dokonuje organ zatwierdzający sprawozdanie finansowe jednostki, chyba że statut, umowa lub inne wiążące jednostkę przepisy prawa stanowią inaczej. Kierownik jednostki nie może dokonać takiego*

wyboru. Z przepisu tego wynikało więc, że kierownik jednostki nie może dokonać wyboru firmy audytorskiej. Tymczasem z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp2004 wynika, że *Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego.* Jednakże dostrzeżenia wymaga, że reguła wynikająca z art. 18 ust. 1 ustawy Pzp2004 doznaje wyjątku. Przepis art. 18 ust. 3 ustawy Pzp2004 przewiduje bowiem, że *Jeżeli przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia na podstawie przepisów odrębnych jest zastrzeżone dla organu innego niż kierownik zamawiającego, przepisy dotyczące kierownika zamawiającego stosuje się odpowiednio do tego organu.* Nic nie stało zatem na przeszkodzie, aby postępowanie w imieniu zamawiającego przygotował i przeprowadził inny organ spółki jak np. rada nadzorcza czy pełnomocnik wspólnika. W takim przypadku organ ten, na potrzeby postępowania i wyboru firmy audytorskiej, wykonywałby czynności przewidziane w ustawie Pzp2004 dla kierownika zamawiającego.

W ocenie Izby, zamawiający nie wykazał przesłanek zastosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, wynikających z art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004.

Dostrzec należy, że w świetle art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp można udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, jeżeli łącznie zostaną spełnione następujące okoliczności:

- 1) występuje pilna potrzeba udzielenia zamówienia;
- 2) pilna potrzeba udzielenia zamówienia nie wynika z przyczyn leżących po stronie zamawiającego,
- 3) wcześniej nie można było przewidzieć konieczności udzielenia przedmiotowego zamówienia,
- 4) nie można zachować terminów przewidzianych przez ustawę dla przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego lub negocjacji z ogłoszeniem.

Argumentację faktyczną i prawną przedstawioną w informacji o wyniku kontroli i odpowiedzi Prezesa UZP na zastrzeżenia odnośnie niewykazania przesłanek zastosowania trybu Izba podziela i uznaje za własną.

Zdaniem Izby organ kontrolujący prawidłowo stwierdził, że zamawiający nie wykazał znamion braku związku pilności udzielenia zamówienia z działaniami samego zamawiającego ani niemożliwości przewidzenia konieczności udzielenia zamówienia.

Prezes UZP prawidłowo dostrzegł, że potrzeba udzielenia zamówienia w trybie niekonkurencyjnym wynikała z przyczyn leżących po stronie samego zamawiającego i była możliwa do przewidzenia.

Na uwagę zasługiwał fakt, że pierwsze postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym ZP/PN/14/2018/U zostało unieważnione przez zamawiającego w dniu 11 czerwca 2019 r. na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy Pzp2004 z powodu niemożliwej do usunięcia wady postępowania uniemożliwiającej zawarcie umowy. Jak wynikało z uzasadnienia faktycznego czynności unieważnienia ww. postępowania, wadami tymi miały być kary umowne zawyżone i nieproporcjonalne do obowiązków wykonawcy. Podkreślenia wymagało, że kary na takim poziomie zostały określone w SIWZ przez samego zamawiającego. Wobec powyższego unieważnienie postępowania wynikało wyłącznie z przyczyn niewątpliwie leżących po stronie zamawiającego. Przyczyny te były także możliwe do przewidzenia.

Z kolei drugie postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie konkurencyjnym ZP/PN/19/2019 było trzykrotnie unieważniane przez zamawiającego. Dostrzeżenia wymagało, że czynności unieważnienia z dnia 30 sierpnia 2019 r. oraz z dnia 21 października 2019 r. zostały uznane za niezgodne z prawem na podstawie wyroków Izby, wydanych w sprawach odpowiednio sygn. akt KIO 1769/19 oraz KIO 2212/19.

Umorzenie przez Sąd Okręgowy (postanowienie Sądu Okręgowego w Warszawie XXIII Wydział Gospodarczy Odwoławczy z dnia 22.09.2020 r., sygn. XXIII Ga 2255/19) postępowania w sprawie skargi zamawiającego od wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 14.11.2019 r., sygn. KIO 2212/19, dotyczącego drugiej czynności unieważnienia, w żaden sposób nie świadczyło o tym, że czynność ta była zgodna z prawem. Formalne rozstrzygnięcie Sądu wynikało z oczywistego faktu, że w dacie wydania postanowienia, to jest we wrześniu 2020 r., postępowanie o udzielenie zamówienia było ostatecznie unieważnione ma mocy kolejnej, trzeciej czynności z 5 marca 2020 r. W tej sytuacji rozstrzygnięcie przez Sąd skargi dotyczącej drugiej czynności unieważnienia okazało się zbędne, co nie jest żadną miarą równoznaczne z tym, że czynność tę Sąd uznał za zgodną z prawem.

Podjęcie przez zamawiającego błędnych, niezgodnych z prawem czynności w postępowaniu o udzielenie zamówienia ZP/PN/19/2019 z pewnością można uznać za „przyczyny leżące po stronie zamawiającego”. Gdyby zamawiający nie podejmował nielegalnych czynności, to nie byłby zmuszony do ostatecznego unieważnienia ww. postępowania ZP/PN/19/2019 na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 6 ustawy Pzp2004, co nastąpiło 5 marca 2020 r.

Jak wynikało bowiem z uzasadnienia faktycznego tej czynności, powodem unieważnienia okazał się brak możliwości dochowania terminów realizacji elementów zamówienia określonych w SIWZ jako 28 lutego 2020 r., 13 marca 2020 r. i 30 kwietnia 2020 r.

Podkreślić należy, że stan niemożności wykonania przedmiotu zamówienia w datach określonych w SIWZ z pewnością nie istniał w dacie 30 sierpnia 2019 r., kiedy to zamawiający pierwszy raz usiłował niezgodnie z prawem unieważnić postępowanie. Na uwagę zasługiwał fakt, że zamawiający wszczął kontrolowane postępowanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia poprzez przekazanie w dniu 4 września 2019 r. wykonawcom zaproszeń do negocjacji. Zamawiający uczynił to pomimo, iż nie był uprawniony do unieważnienia postępowania konkurencyjnego z przyczyn podanych w piśmie z dnia 30 sierpnia 2019 r. Wobec powyższego należało uznać, że potrzeba szybkiego udzielenia zamówienia w trybie negocjacji, na jaką się powołał 4 września 2019 r., została wywołana przez zamawiającego i jego działania niezgodne z Pzp2004 i w żaden sposób nie może być uznana za niewynikającą z przyczyn leżących po stronie zamawiającego ani za taką, której nie dało się przewidzieć.

Prezes UZP prawidłowo uznał także, że przedłużenie się postępowania konkurencyjnego, które stanowiło ostateczny powód unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w dniu 5 marca 2020 r., było wynikiem wcześniejszego, dwukrotnego unieważnienia postępowania, dokonanego niezgodnie z przepisami ustawy Pzp2004. Okoliczności te tym samym muszą być uznane za wywołane przez samego zamawiającego i możliwe do przewidzenia.

Biorąc powyższe pod uwagę Izba stwierdziła, że zamawiający w okolicznościach faktycznych sprawy nie wykazał spełnienia przesłanek określonych w art. 62 ust. 1 pkt 4 ustawy Pzp2004 uprawniających do zastosowania trybu zamówienia negocjacje bez ogłoszenia. Zamawiający poprzez nieuprawnione odstępianie od stosowania trybów podstawowych naruszył także art. 10 ust. 2 oraz art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Poprzez przekazanie ogłoszenia o udzieleniu zamówienia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej po upływie 30 dni od dnia zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego, co nie było kwestionowane w zastrzeżeniach, zamawiający naruszył dodatkowo art. 95 ust. 2 ustawy Pzp2004.

Mając na uwadze powyższe Izba stwierdziła, że zastrzeżenia zamawiającego do informacji o wyniku kontroli nie zasługiwały na uwzględnienie.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 610 ust. 3 ustawy Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

**Przewodniczący:**

.....

**Członkowie:**

.....

.....