

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 18 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 19 lipca 2017 r. zgłoszonych do Prezes Urzędu Zamówień Publicznych przez Zamawiającego: **Ministerstwo Rozwoju**

dotyczących informacji o wyniku kontroli uprzedniej z dnia 12 lipca 2017 r., (znak: UZP/DKZP/WKZ6/420/6(14)/17/JW. dot. KU/48/17) postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na:

realizację branżowego programów promocji branży części samochodowych i lotniczych (część 6 zamówienia)

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Izabela Niedziałek-Bujak
Członkowie:	Aneta Młająca
	Andrzej Niwicki

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zgłoszone przez Zamawiającego w zakresie naruszenia opisanego w pkt 1 i 2 informacji o wyniku kontroli zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych (dalej jako Prezes UZP) wszczął na podstawie zawiadomienia Zamawiającego z dnia 27.02.2017 r. o wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w trybie zamówienia z wolnej ręki oraz wniosku o przeprowadzenie kontroli postępowania na *realizację branżowego programu promocji branży części samochodowych i lotniczych (część 6 zamówienia)*, kontrolę uprzednią.

W zawiadomieniu Zamawiający wskazał na zamiar prowadzenia negocjacji z Polską Agencją Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna i udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12

ustawy.

W uzasadnieniu faktycznym, w odniesieniu do przesłanki *sprawowania nad tą osobą prawną kontroli odpowiadającej kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje zarządzania sprawami tej osoby prawnej*, Zamawiający wskazał, iż sprowadza się ona do pełnienia kontroli polegającej na wywieraniu decydującego wpływu na cele strategiczne kontrolowanego podmiotu, jak i na jego kluczowe decyzje. Polska Agencja Inwestycji i Handlu SA jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, wobec której zgodnie z Rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 03.01.2017 r. w sprawie wykazu spółek, w których prawo akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezesa Rady Ministrów członkowie Rady Ministrów, pełnomocnicy Rządu lub państwowe osoby prawne (Dz. U. 2017 poz. 10), obecnie uprawnienia właścicielskie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów, kierujący m.in. działem gospodarki, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. 2016 poz. 2259). Jak wynika z zapisów statutu Agencji uprawnienia kontrolne Skarbu Państwa konsumują przesłankę sprawowania kontroli – organ wykonuje uprawnienia Walnego Zgromadzenia w tym powołuje cały skład Rady Nadzorczej Agencji (§26 ust. 2 pkt 14 statutu). Ponadto, organowi przysługuje bezpośrednio uprawnienie do odwołania Członków Zarządu, strategiczne decyzje Zarządu wymagają zgody Rady Nadzorczej (§ 18 statutu) lub uchwały Walnego Zgromadzenia. Powyższe unormowania wyraźnie ograniczają autonomię Zarządu Spółki i potwierdzają, że decydującą (kreacyjną) rolę w podejmowaniu strategicznych celów i decyzji posiada organ wykonujący prawa właścicielskie Skarbu Państwa. Zgodnie z orzecznictwem TSUE oraz wytycznymi Komisji Europejskiej przy ocenie, czy instytucja zamawiająca może wywierać decydujący wpływ na strategiczne cele i znaczące decyzje jednostki, należy zbadać czy podmiot posiada udział kapitału prywatnego, czy zamawiający jest prezentowany w organach decyzyjnych oraz jaki jest zakres uprawnień przyznanych zarządowi.

Przesłanka dotycząca kontrolowanej działalności osoby prawnej, której ponad 90 % dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego lub inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, wymaga zastosowania procedury obliczenia procentu działalności opisanej w art. 67 ust. 8 ustawy. Na tej podstawie uwzględnia się *średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia*. We wniosku skierowanym do Prezesa UZP, z uwagi na brak orzecznictwa krajowego do art. 67 ust. 1 pkt 12 (który wszedł w życie w dniu 1 stycznia 2017 r.), Zamawiający dokonał wykładni zwrotu użytego w ustawie *dotyczy wykonywania zadań powierzonych* stosując wykładnię językową. Użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego i należy uznać, że celowo

ustawodawca dokonał rozszerzenia zakresu zadań powierzonych przez zamawiającego.

W § 3 statutu określono cel działania Spółki jakim jest promocja Polski, polskiej gospodarki w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce. Z uwagi na tak określone cele nie ma znaczenia jaki podmiot je finansuje, znaczenie ma fakt, że czynności te dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez kontrolującego, który nadaje statut Agencji, tym samym określając cele, a przez to de facto powierza zadania Agencji. Zgodnie z orzecznictwem europejskim przy ocenie możliwości zastosowania trybu In-hous należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez przedsiębiorstwo i „nie ma znaczenia kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu (wyrok z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA).

Wykładnia systemowa prowadzi do stwierdzenia, że podmiotem zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa. Do dnia 30 czerwca 2016 r. uprawnienia przysługujące Skarbowi Państw w stosunku do Agencji wykonywał Minister Skarbu Państwa. Po wejściu w życie ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym jest nim Prezes Rady Ministrów, który na mocy przywołanego rozporządzenia z dnia 3 stycznia 2017 r. scedował swoje uprawnienia na Ministra Rozwoju i Finansów (ministra właściwego do spraw gospodarki). W przypadku uznania, że dla określenia skali działalności Agencji należy brać pod uwagę działalność dotyczącą zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy, czyli przez konkretny organ administracji, nie byłoby możliwe określenie przychodu z działalności powierzonej przez ten podmiot w okresie 3 lat poprzedzających zlecenie. Należałoby zatem dokonywać szacowania tej wielkości na przyszłość (w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe). Dlatego też, zdaniem Ministerstwa, dla potrzeb określenia skali działalności jako zamawiającego sprawującego kontrolę przyjąć należy Skarb Państwa, niezależnie od jego stajones fisci, które finansowałyby przedsięwzięcia realizowane przez Agencje w zakresie jej statutowej działalności. Wskazane powyżej podmioty – różne organy administracji publicznej – wykonują bowiem czynności, w tym w zakresie zawierania umów o dofinansowanie, w imieniu Skarbu Państwa. Za takim podejściem przemawia również zasada jednolitości Skarbu Państwa w stosunkach cywilnoprawnych. Przyjęcie, że sprawującym kontrolę jest każdorazowy organ administracji wskazany przez ustawę lub w drodze przyszłej procedury przekazania określonej w ustawie o zasadach zarządzania mieniem państwowym, prowadziłoby do skutku w postaci niemożności zastosowania procedury zamówienia z wolnej ręki w trybie In-house. Stałoby to w sprzeczności z ratio legis regulacji, w sytuacji gdy Agencja praktycznie nie wykonuje działalności na rynku

komercyjnym a jej zadania, określone przez ministra reprezentującego Skarb Państwa, służą realizacji celów statutowych niemających charakteru komercyjnego. Nawet przyjmując, że część działalności nie dotyczy wykonywania zadań powierzonych, lecz ma charakter działalności komercyjnej, co jednak w przypadku Agencji nie występuje, to jej skala i zakres są na tyle niewielkie, że nie stanowi ona konkurencji dla innych podmiotów działających a tym samym segmentu rynku i mieści się w zakresie przewidzianym przez polskiego ustawodawcę.

Przy określeniu skali działalności wzięto w szczególności pod uwagę przychody z działalności dotyczącej wykonywania zadań powierzonych Agencji przez Ministra Rozwoju i Finansów (w latach wcześniejszych Ministra Gospodarki) oraz przez inną osobę prawną, nad którą zamawiający sprawuje kontrolę. Za podmiot, nad którym zamawiający sprawuje kontrolę uznać należy Polską Agencję Rozwoju Przedsiębiorczości. Zgodnie bowiem z art. 2 ustawy z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości (Dz. U. z 2014 poz. 1804 z późn. zm.) Agencja ta podlega ministrowi właściwemu do spraw gospodarki. Jest zatem bezsprzecznie, szczególnie w kontekście pojęcia sprawowania kontroli poprzedzających udzielenie zamówienia wliczać się będzie nie tylko przychody pochodzące z tytułu umów zawartych z ministrem właściwym do spraw gospodarki, ale także z umów zawieranych z Polską Agencją Rozwoju Przedsiębiorczości. Na tej samej podstawie mogły być wliczone przychody z działalności powierzonej także z umów zawartych z Ministrem Spraw Zagranicznych, Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji. Zaliczyć tu należy także wydatki na rzecz zadań powierzonych przez powyżej wskazane podmioty działające w imieniu Skarbu Państwa, pochodzące z innych źródeł, w tym w szczególności środki własne Agencji.

Jak wynika z informacji przekazanej przez Agencję na potrzeby niniejszego postępowania ponad 90% swojej działalności, określonej na podstawie wysokości osiągniętych przychodów, ustalonych w oparciu o art. 67 ust. 8 ustawy, dotyczyło zadań powierzonych przez Skarb Państwa (ministra właściwego do spraw gospodarki) także w przypadku, gdy zlecenie i finansowanie zadań następowało przez inne stacjonarne fiskalne Skarbu Państwa.

Brak w kontrolowanej osobie prawnej bezpośredniego udziału kapitału prywatnego wynika z faktu, iż Agencja stanowi jednoosobową spółkę Skarbu Państwa w której 100% kapitału zakładowego należy do Skarbu Państwa.

Zamawiający wystąpił o przeprowadzenie kontroli uprzedniej, tak aby poddać weryfikacji zamiar udzielenia zamówienia z wolnej ręki w kontekście przyjętych rozwiązań, w szczególności w kwestii zaliczania do 90 % wskaźnika przychodów Agencji osiąganych z tytułu realizacji powierzonych jej statutowo przez ministra właściwego do spraw gospodarki

zadań, realizowanych także na rzecz innych stacjonarnych Skarbu Państwa i finansowanych przez te jednostki Skarbu Państwa (np. MSZ, MSW itp.).

Prezes UZP w wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdził naruszenie przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej jako ustawa Pzp) polegające na:

1. Naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.
2. Naruszeniu art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp.

Ad. 1)

W zakresie pierwszego z naruszeń w ustaleniach faktycznych Prezesa UZP wskazał na zakres prac, jakie PALiH (dalej jak Agencja) zamierza zlecić podwykonawcom w ramach danej części (projektowanie i zabudowa stoisk, przygotowanie scenariusza i produkcja filmu promocyjnego, przygotowanie internetowych kampanii promocyjnych, projektu i druk folderu promocyjnego, projektów i produkcja gadżetów, obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów), którzy zostaną wybrani zgodnie z obowiązującymi przepisami. Agencja zamierza zlecić podwykonawcom część zamówienia w wielkości określonej w JEDZ na poziomie 60%, ustalonej w toku negocjacji osobno dla każdej części.

W ramach wyjaśnień uzyskanych od Zamawiającego (odpowiedź z dnia 12.06.2017 r.) Prezes UZP uzyskał informację, iż określenie zadań objętych przedmiotem zamówienia, które miałyby charakter główny jest niezmiernie trudne, a w opinii Zamawiającego za takie zadania można uznać organizację narodowych stoisk informacyjno – promocyjnych, przewidzianych w ramach każdej z części zamówienia, jako niezbędny element na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych. Przy takiej interpretacji pozostałe zadania mają charakter pomocniczy, mający na celu wzmocnienie efektu promocyjnego. Agencja zamierza powierzyć podwykonawcom część tego zadania w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, pozostała część zadania określona w opisach przedmiotów zamówienia będzie realizowana przez Agencję.

W oparciu o powyższe Prezes UZP uznał, iż istotą zamówienia typu In-house jest po pierwsze udzielenie do określonej osobie prawnej (wykonawcy) w wyniku przeprowadzonych z nią negocjacji w trybie z wolnej ręki pod warunkiem łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Po drugie, wykonywanie zadań objętych zamówień typu In-house ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego zamawiającego, albo zasobów podmiotów ściśle od danego zamawiającego uzależnionych. Tym samym, aby uzyskać zamówienie typu In-house, co do zasady, wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację. Mając na uwadze treść art. 36a ust. 1 ustawy Pzp Prezes UZP nie wykluczał możliwości udzielenia uzyskanego przez wykonawcę zamówienia typu In-

house, kolejnym podmiotom – podwykonawcom, jednak wskazał na zawężający sposób interpretacji jej zastosowania. W ocenie Prezesa UZP, jeśli danego zamówienia typu In-house kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom – to ze swojej istoty zamówienie typu In-house przestaje mieć taki charakter. Zgodnie z zamieszczoną na stronie WWW.uzp.gov.pl opinią dotyczącą zamówień typu In-house *Przekazanie realizacji zamówienia wewnętrznego podmiotom komercyjnym oznacza, że ze swojej istoty zamówienie wewnętrzne przestaje być takowym, a staje się zwykłym zamówieniem publicznym (mającym charakter komercyjny) udzielonym z ominięciem konkurencyjnych trybów ustawy Pzp. dopuszczalne natomiast wydaje się podzlecenie tych elementów wewnętrznego zamówienia publicznego, które mają charakter pomocniczy i nie świadczą o istocie udzielanego zamówienia. Należy przy tym pamiętać, że takie podzlecenie może mieć miejsce, co do zasady, jedynie w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie Pzp.* Dopuszczenie nieograniczonej możliwości podwykonawstwa przy zamówieniach typu In-house mogłoby zagrażać prawidłowemu funkcjonowaniu tego mechanizmu udzielania zamówienia publicznego (na udzielanego na zasadach niekonkurencyjnych) podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającego i zdolnemu do jego samodzielnego wykonania. W związku z powyższym, dopuszczenie możliwości nieograniczonego stosowania podwykonawstwa do zadań zamieszczonych w opisie przedmiotu zamówienia, zwłaszcza wskazanych przez zamawiającego jako mających charakter główny, świadczący o istocie udzielanego zamówienia (zaprojektowania i zabudowy narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego), stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Prowadzi bowiem do udzielenia części zamówienia o charakterze głównym z pominięciem trybów podstawowych oraz pominięciem zasad ogólnych (zasady uczciwej konkurencji i przejrzystości) podmiotowi nie spełniającemu warunków wynikających z treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Zastrzeżenie poczynione w JEDZ wykonawcy, dotyczące sposobu wyboru podwykonawcy (podwykonawców) nie daje gwarancji, iż całość lub znacząca część zamówienia (deklarowanego na poziomie 50%) zostanie zrealizowana przez podwykonawcę wyłonionego z zastosowaniem trybu konkurencyjnego przewidzianego w ustawie Pzp, jak również, iż nie zostanie podzielona w taki sposób, aby wartość poszczególnych części nie przekroczyła progu 30.000 euro, wyznaczającego obowiązek stosowania ustawy Pzp.

Ad. 2)

W odniesieniu do drugiego naruszenia – art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp w wyniku kontroli ustalono między innymi zasadność wyliczenia procentu działalności Agencji w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa – zamawiającego

sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, w trzyletnim okresie kolejno przez Ministra Skarbu Państwa, Ministra właściwego ds. gospodarki, Ministra Rozwoju i Finansów (ministra właściwego ds. gospodarki) oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę. W wyjaśnieniach z dnia 30.05.2017 r. zamawiający wskazał, iż procentowy udział zadań realizowanych przez Agencję powierzonych przez podmiot sprawujący kontrolę (...) oraz przez inne osoby prawne nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę w okresie ostatnich 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia *In-house* wyniósł 91,18%, w tym 88,16% stanowią zadania powierzone Agencji przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP, a 3,02% stanowią zadania powierzone przez inne organy administracji publicznej, które powierzając zadania sprawują kontrolę w imieniu Skarbu Państwa, będącym w przypadku każdego z tych podmiotów jest zamawiającym.

W toku kontroli ustalono, iż Minister Skarbu Państwa do dnia 30.06.2016 r. wykonywał uprawnienia z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w Agencji „nadając Agencji Statut wskazał w przedmiocie działania zakres zadań do realizacji i określił jej cele, a tym samym powierzył Agencji te cele i zadania do realizacji. Jednocześnie, w części nadzór właścicielski był sprawowany przez Ministra Gospodarki, który był jednocześnie podmiotem finansującym zadania powierzone Agencji przez Ministra Skarbu. Nadzór nad wykonywaniem zadań przez Agencję sprawował jeden z Podsekretarzy Stanu, a zatem podmiotem zamawiającym, sprawującym kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jest Skarb Państwa, który swoje uprawnienia wykonuje w różnych okresach i w różnym zakresie przez wskazane *statio fisci* – organy administracji. W kontekście powyższych wyjaśnień w okresie od 01.01.2014 do 30.06.2016 zamawiającym sprawującym kontrolę był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa i Ministra Gospodarki. W odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia od podmiotów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. 91,18 %, nie ma zadań finansowanych przez Ministra Skarbu, zaś zadania te były realizacją zadań statutowych powierzonych Agencji przez Ministra Skarbu.

W ramach pozostałych 3,02% zadań, składających się na ogólną wartość 91,18% w omawianym 3 letnim okresie, stanowiły zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagraniczny (na podstawie umowy z 16.10.2015 r. – 2,31% zawartej jako umowy cywilnoprawnej, wykonawczej do zawartej 3-letniej umowy ramowej), Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji (na podstawie umowy z 29.01.2016 r. – 0,44%, zawartej pomiędzy Agencją, MSWiA i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A.), inne zlecenia jednorazowe finansowane przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki (0,29%). Zamawiający dodatkowo, z ostrożności na wypadek, gdyby Prezes UZP zakwestionował zaliczenie powyżej wymienionych zadań do ustalenia średniego przychodu

osiągniętego przez Agencję za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (zgodnie z art. 67 ust.8 ustawy Pzp) wskazał na alternatywny sposób ustalenia średniego przychodu Agencji na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Agencja w zasadniczy sposób zmienia zakres swojego finansowania i realizacji zadań statutowych. Obecnie procedowana jest w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Agencję, która przewiduje otrzymanie przez Agencję środków pochodzących z budżetu państwa, m.in. w formie dotacji podmiotowej, dotacji celowych oraz środków unijnych. Prognozowana skala przychodów z powyższych tytułów przewidywana na lata 2017/2018 to kwota ok. 46 000 000,00 PLN, dodatkowo Agencja ma uzyskać przychody od Skarbu Państwa również z innych tytułów, co potwierdza, iż struktura przychodów Agencji ulegnie zmianie co uprawnia do ustalania średniego przychodu za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

Prezes UZP stwierdził, iż poprzez zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy rozumieć podmiot o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp, a zatem nie może nim być bezpośrednio Skarb Państwa, będący szczególną osobą prawną, mającą szczególne właściwości. Posiadanie przez SP osobowości prawnej nie oznacza jeszcze, że jest on samodzielny zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z wszystkimi konsekwencjami w zakresie odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Również to, że w Agencji 100% udziałów ma Skarb Państwa, nie oznacza, że jest on zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i może udzielić zamówienia poprzez dowolnego *stationes fisci*. Reprezentującym Skarb Państwa w tym przypadku jest właściwy minister sprawujący kontrolę. Możliwość udzielenia takiego zamówienia tej osobie prawnej przez innego reprezentanta Skarbu Państwa (*stationes fisci*) będzie możliwe tylko jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycję z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

Prezes UZP uznał, iż przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c ustawy Pzp można uznać za spełnione, to przechodząc do analiz przesłanki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp uznał, iż nie została ona spełniona – *90 % działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a.*

Prezes UZP odniósł się do dwóch możliwych metod obliczenia procentu działalności, uwzględniając średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie

zamówienia (art. 67 ust. 8 ustawy Pzp) i wiarygodnych prognoz handlowych – w przypadku podmiotów, w stosunku do których (...) dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne (art. 67 ust. 9 ustawy Pzp). Powołując się na opinię prawną Departamentu Prawnego UZP z 23.05.2016 r. Prezes UZP wyjaśnił, iż poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającego podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu, zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do prognozy 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (realizowanie zadania na rzecz innego ministra niż kontrolującego, dotyczy działalności spółki ale pozostaje neutralne względem zadań zleconych przez kontrolującego ministra) to taka działalność dodatkowa zasadniczo nie powinna wchodzić w zakres wymaganych 90% działalności.

Na tej podstawie Prezes UZP zakwestionował, jako możliwe do zaliczenia w ramach zadań powierzonych przez zamawiającego, zadania wynikające z umowy z dnia 16.10.2015 r. zawartej przez Agencję ze SP – Ministrem Spraw Zagranicznych powierzone i finansowane przez tego ministra (2,31%) umowy z 29.01.2016 r. zawartej przez Agencję ze SP – Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A. finansowanej przez MSWiA (0,44%) oraz inne zlecenia jednorazowe finansowane przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki (0,29%). Jedynie 88,16% zadań wskazanych przez zamawiającego zostało uznane za działalność Agencji dotyczącą wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę (...).

Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, co oznacza brak możliwości udzielenia kontrolowanego zamówienia Agencji w trybie zamówienia z wolnej ręki i naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp mające wpływ na wynik postępowania.

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

Na marginesie, Prezes UZP odniósł się do alternatywnego zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Pzp wskazując, iż zamawiający w celu obliczenia procentu działalności Agencji, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp zastosował art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, stąd rozważania na temat zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Pzp mogą mieć charakter czysto teoretyczny i nie mogą prowadzić do zmiany procentu działalności Agencji. Z uwagi na fakt, że spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia postępowania uznać należy, że wskazane w pismach planowane przekształcenia Agencji w zakresie finansowania i realizacji zadań statutowych, nie uprawniają na obecnym etapie do ustalenia procentu działalności Agencji za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Z porównania treści Statutu Agencji z 8.8.2012 r. oraz zawartego w formie Aktu Notarialnego (repetitorium A nr 38614/2016), do tej pory nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji. Zmiana statutu uszczegółowia dotychczasowy cel działalności Agencji, ale nie uzasadnia twierdzenia, że mienia go w sposób zasadniczy, który można by określić mianem „reorganizacji” w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp.

Zamawiający wniósł zastrzeżenia od wyniku kontroli (informacja doręczona 19.07.2017 r.) odnosząc się do obu naruszeń stwierdzonych w informacji.

W piśmie z dnia 19.07.2017r. Zamawiający w zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy zakwestionował wnioski prezentowane w informacji, *iż wykonanie zadań objętych zamówieniem typu In-house ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego Zamawiającego albo zasobów podmiotów ściśle od danego Zamawiającego uzależnionych. Tym samym aby uzyskać zamówienie typu In-house, co do zasady wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację*, jako nieuprawnione w kontekście okoliczności kontrolowanego postępowania, a także w świetle przepisów art. 36a ust. 1 i 2 ustawy.

W ocenie Zamawiającego, to w art. 36a ust. 2a ustawy zawarta jest dyspozycja skierowana do wykonawcy zamówienia typu In-house osobistego wykonania kluczowych części usług lub robót budowlanych. Art. 36a ust. 1 ustawy dopuszcza jako zasadę powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, w ust. 2 wskazane zostały przypadki, w jakich zamawiający jest uprawniony do postawienia wymogu osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia, a ust. 2a odnosi się wprost do zamówień In-house. Przepis ten nakazuje wykonawcy osobiste wykonanie zamówienia typu In-house jeśli przedmiotem takiego zamówienia jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane. Przedmiotowe postępowanie nie obejmuje swym zakresem żadnej z przytoczonych w przepisie kategorii. Realizacja programów promocji nie mieści się w pojęciu usług

użyteczności publicznej, funkcjonującym w polskim porządku prawnym, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych (art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20.12.1996 r. o gospodarce komunalnej, uchwała Trybunału Konstytucyjnego z 12.3.1997 r., sygn. W8/96). Przedmiot zamówienia objęty kontrolowanym postępowaniem nie jest ukierunkowany na zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych, przeciwnie obejmuje promocję wybranych branż – specjalności eksportowych. Z tych powodów, uwzględniając dyspozycję przepisu art. 36a ust. 2a ustawy zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 jest bezzasadny.

Stanowisko to Zamawiający poparł opinią Prezesa UZP z dnia 15.09.2016 r., otrzymaną w odpowiedzi na zapytanie Ministerstwa Rozwoju o interpretację zapisów zawartych w art. 36a ust. 2a ustawy, w której wskazano, iż *nie wynika, aby zadaniom które mają zostać powierzone przez Ministra Rozwoju do wykonania PAIiZ (obecnie PAIiH) w ramach realizacji projektu pn. „Promocja gospodarki w oparciu o polskie marki produkowane – Marka Polskie Gospodarki – Brand” można było przypisać ww. cechy usług o charakterze użyteczności publicznej. Istotne zatem wydaje się, iż do realizacji ww. zadań nie znajdzie zastosowania ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36 a ust. 2a ustawy.*

Zamawiający zaprzeczył także, aby w odniesieniu do przedmiotowego zamówienia można było wskazać „kluczowe części tych usług”, które to pojęcie nie zostało dookreślone w ustawie i wymaga analizy pod kątem czynności osobiście wykonywanych przez wykonawcę oraz sposobu jego wykonania, a nie ich wartości. Ponieważ Agencja posiada własne zasoby kadrowe przy pomocy których wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy (prace koncepcyjno-organizacyjne), czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych takich jak np.: wykonanie projektów technicznych stoisk na podstawie opracowanej koncepcji, wykonania zabudowy, udostępnienia czasu emisyjnego, produkcja gadżetów, rezerwacja hoteli, zakup biletów, produkcja filmowa, druk folderów.

Również jako bezpodstawne, Zamawiający zakwestionował rozważania prezentowane w informacji dotyczące rzetelności deklaracji o sposobie wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur ustawowych.

W zakresie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy, Zamawiający skupił się na wykładni sformułowania określającego zakres działalności kontrolowanej, jako *dotyczy wykonywania zadań powierzonych*, co miało być celowym zabiegiem ustawodawcy. Skoro nie posłużył się on sformułowaniem, że „w 90% działalność obejmuje wykonywanie zadań powierzonych” lecz sformułowaniem, że „90% działalności dotyczy wykonywania zadań

powierzonych” uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Wykładania językowa prowadzi do stwierdzenia, iż 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych. W tym kontekście, uwzględniając przedmiot umowy zawartej z MSWiA, tj. organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, iż jej realizacja jest działaniem komplementarnym z działaniami statutowymi Agencji powierzonymi przez Ministra sprawującego kontrolę nad Agencją. Organizowane na rzecz MSZ wizyty studyjne mają na celu prezentację gościom z zagranicy, tj. przedstawicielom świata polityki, gospodarki, środowisk naukowych, organizacji pozarządowych, administracji publicznej oraz dziennikarzom dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Stanowi to zadanie statutowe Agencji, co potwierdza zapis § 3 Statutu Agencji wskazujący na prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji między narodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce. Analiza uchwalonej w dniu 7 lipca 2017 r. ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAliH i statutu Agencji prowadzić winna do stwierdzenia, że ma ona za zadanie promocję Polski i polskiej gospodarki, a jej zadania nastawione są na realizację tego celu. Tak więc nie ma znaczenia jaki podmiot finansuje konkretne czynności wykonywane przez Agencję – znaczenia ma tu fakt, że czynności te dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez kontrolującego, jakim jest właściwy minister.

W dalszej części Zamawiający ponownie prezentował wnioski płynące z wykładni systemowej, że podmiotem Zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa, stąd wszystkie przychody z działalności powierzonej w imieniu Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy.

Ponadto, Zamawiający odniósł się do przesłanki liczenia progu działalności kontrolowanej wynikające z art. 67 ust. 9 ustawy, tj. ustalenia, iż proces reorganizacji podmiotu kontrolowanego powinien istotnie wpływać na możliwość pozyskania odpowiednich (adekwatnych) danych o jego działalności gospodarczej potwierdzających występowanie w danej sytuacji przesłanki zależności ekonomicznej. Zgodnie z uchwałą nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” PAliH powierza się nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, w szczególności poprzez wspieranie polskich przedsiębiorstw za granicą za pomocą utworzonych nowych struktur, stanowiących zasadniczą zamianę struktury organizacyjnej PAliH, co wynikało m.in., z negatywnej oceny działalności Wydziałów

Promocji Handlu i Inwestycji, które były tworzone w stolicach państw przy ambasadach RP, a nie w centrach prowadzenia działalności gospodarczej. W strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030) przyjętej uchwałą Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., wskazano PAliH jako podmiot wiodący w zakresie promocji polskiej gospodarki. W konsekwencji powyższych ustaleń trwa proces reorganizacji następujący poprzez powierzenie z dniem 2 września 2016 r. do realizacji zadania pn. „Wspieranie polskich przedsiębiorców w ekspansji eksportowej na wybranych rynkach”, polegającego na sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji (zadanie realizowane w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania do chwili obecnej). Dodatkowo w lutym 2017 r. Agencja utworzyła w Kenii spółkę zależną, której celem jest także realizowanie zadań przewidzianych dla zagranicznych Biur Handlowych (wspieranie eksportu – stanowi nowe zadanie). Przejawem zmiany jest również nowa nazwa wpisana w rejestrze w dniu 02.02.2017 r. nadana przez Skarb Państwa, czy też wszczęcie procedury legislacyjnej przez MRiF w zakresie uchwalenia ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAliH (ustawa obecnie oczekuje na podpis Prezydenta) oraz zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji.

Trwające na dzień wszczęcia postępowania zmiany organizacyjne w działalności Agencji skutkują zasadniczą zmianą strukturą przyszłych przychodów, a środki na realizację powierzonych zadań będzie pozyskiwać w kolejnych latach z środków dotacji celowych i podmiotowej. Wiarygodność tych danych podkreśla fakt, iż na 2017 r. Minister Rozwoju i Finansów zabezpieczył środki w kwocie 45,5 mln PLN, a w projekcie budżetowej na 2018 r. środki w wysokości 70,5 mln PLN, natomiast z oceny skutków z dnia 14.02.2017 r. dokonanej przez Ministerstwo Rozwoju można również wnioskować, iż w kolejnych latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednich środków, w tym 71,7 mln (2019 r.). Zamawiający przedstawił proporcje przychodów za lata 2017-2019 w tabeli z wyliczonym udziałem procentowym przychodów z tytułu realizacji zadań powierzonych przez MR w 2017r. – 90,19% oraz uśrednioną dla lat 2017-2019 – 93,55%. Wyliczenia te wynikają z prognozowanych przychodów, przyjętych w planie finansowym na 2017 r.

Nie zaprzeczając, iż w części Agencja realizuje dotychczasowe zadania, to wskazane okoliczności wskazują na wielokrotne zwiększenie ich skali, skutkujące koniecznością stworzenia nowych struktur organizacyjnych i nowych zasobów.

Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia podtrzymała stanowisko dotyczące naruszeń wskazanych w informacji.

Pismem z dnia 3.08.2017 r. znak: UZP/DKZP/WKZ6/420/6(15)/17/JW dot. KU/48/17/DKUE Prezes UZP podtrzymał stanowisko zawarte w informacji o wyniku kontroli i nie uwzględnił zastrzeżeń Zamawiającego.

Odnosząc się do zastrzeżeń dotyczących naruszenia opisanego w pkt 1 informacji o wyniku kontroli Prezes UZP odniósł się do wydanej opinii z dnia 15.09.2016 r. sporządzonej w oparciu o informację przekazaną przez Zamawiającego, iż *przedmiotem zamówień nie są usługi użyteczności publicznej*, która miała ten skutek, iż w informacji o wyniku kontroli nie postawiono zarzutu naruszenia art. 36a ust. 2a ustawy Pzp w ramach stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Powyższe uzasadnione było również przyjęciem za prawidłową, przedstawionej przez Zamawiającego interpretacji, zgodnie z którą usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia, nie stanowią usług o charakterze użyteczności publicznej, a tym samym nie podlegają dyspozycji art. 36a ust. 2a ustawy Pzp. W związku z powyższym, również zawarte w art. 36a ust. 2a ustawy Pzp pojęcie „kluczowe części tych usług”, nie leży u podstaw zawartego w informacji naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy. Prezes UZP ponownie odwołał się do wniosków wskazanych w informacji o zagrożeniu, jakie niosłoby dopuszczenie nieograniczonej możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych, których zakres został ustalony w toku kontroli.

Prezes UZP potwierdził możliwość skorzystania z ogólnej zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, która doznaje jednak ograniczeń wskazanych wprost w dwóch kolejnych ustępach oraz ograniczeń stanowiących pochodną podstawowych zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych (uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, proporcjonalności i przejrzystości), jak i specyficznego charakteru zamówień typu In-house. Specyfika zamówienia In-house sprzeciwia się bowiem możliwości pośredniego dopuszczenia do wykonania istotnej części zamówienia przez podwykonawcę, a więc podmiot zewnętrzny nie dający gwarancji spełnienia wszystkich przesłanej określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Podczas gdy przesłanki te musi spełniać podmiot wewnętrzny, który z założenia musi być zdolny, tj. posiadać odpowiedni potencjał, do samodzielnego wykonania zamówienia In-house, aby móc uzyskać takie zamówienie z wolnej ręki. W przeciwnym wypadku, powierzenie zamówienia In-house podmiotowi wewnętrznemu niezdolnemu do samodzielnego wykonania takiego zamówienia powoduje, iż traci ono charakter zamówienia In-house, przez co staje się zwykłym zamówieniem publicznym, które powinno zostać udzielone z zastosowaniem jednego z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

W ocenie Prezesa UZP Zamawiający w zastrzeżeniach dokonał zmiany stanowiska prezentowanego w toku kontroli w wyjaśnieniach, co może dowodzić temu, że na etapie udzielania zamówienia Zamawiający nie rozważał tego, który z elementów przedmiotu zamówienia stanowią o jego istocie i w konsekwencji nie powinny być przedmiotem podwykonawstwa.

Odnosnie uwagi zawartej w informacji dotyczącej zastrzeżenia co do sposobu wyboru podwykonawców, Prezes UZP wyjaśnił, iż zasygnalizowany zamiar stosowania przez wybranego wykonawcę przepisów ustawy Pzp, nie może przesądzać *a priori*, że wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w ustawie trybów konkurencyjnych. Ocena taka będzie możliwa do przeprowadzenia dopiero po procedurze wyboru podwykonawcy dokonanej przez wykonawcę w ramach danego zamówienia In-house.

W odniesieniu do drugiego z naruszeń, tj. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp Prezes UZP w oparciu o wytyczne ETS wskazał na konieczność sprawowania kontroli nad Agencją, której nie posiada Minister Spraw Zagranicznych, a zatem zadania realizowane przez Agencję na podstawie umowy nie mogły być uznane za powierzone Agencji przez zamawiającego sprawującego kontrolę do wyliczenia średniego przychodu osiągniętego za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia publicznego. W jaki sposób przychód ten wyliczać Prezes UZP wskazywał w informacji odsyłając do opinii Departamentu Prawnego UZP z dnia 23.05.2017 r. (cytowana). Działania podejmowane przez spółkę dotyczące sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale realizowane na rzecz innego ministra niż sprawującego kontrolę, nie mogą wchodzić w zakres wymaganych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b ustawy Pzp ponad 90% działalności. Wliczane do tej wielkości mogą być tylko te zadania, które zostały zlecone przez zamawiającego sprawującego kontrolę (...). Umowę zawartą z MSZ należy traktować jako zawartą z podmiotem trzecim (wyrok TSUE z dnia 8.12.2016 r. w sprawie C-553/15 *Undis Servizi*, pkt 34 i 37).

W kontekście przywoływanego orzeczenia TSUE wydanego w sprawie C-340/04, należy przyjąć, iż użyte w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy słowo „dotyczy” oznacza, że na wymagany procentowy próg działalności kontrolowanej osoby prawnej ma się składać wyłącznie działalność tej osoby wykonywana na rzecz kontrolującego ją zamawiającego lub na rzecz innej osoby prawnej nad którą ten zamawiający ma kontrolę.

Zakładając zatem, że dane stanowiące podstawę wyliczenia wymaganego procentu działalności są poprawne, stwierdzić należy, że średni przychód, osiągnięty przez Agencję za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, z realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę wynosi 88,16%, a tym samym nie została osiągnięta próg 90%, stanowiący przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp.

Ponieważ Zamawiający zadeklarował, iż na moment wszczęcia postępowania spełniać miał przesłanki z art. 67 ust. 8 i 9 ustawy Pzp, Prezes UZP wskazał na ich rozłączny charakter, wykluczający ich jednoczesne zaistnienie. Tym samym twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie uznać należy za nielogiczne i wewnętrznie ze sobą sprzeczne. Wykładnia językowa ww. przepisów wskazuje na pierwszeństwo zastosowania art. 67 ust. 8 ustawy Pzp do

obliczenia procentu działalności, a jedynie ze względów wskazanych w kolejnym ustępie, gdy dane są niedostępne lub nieadekwatne, pojawia się możliwość zastosowania przepisu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. i posłużenia się wiarygodnymi prognozami handlowymi. Zamawiający w toku kontroli nie powoływał się na wypełnienie tej przesłanki co oznacza, że podstawą udzielenia zamówienia nie była kwestia związana z reorganizacją działalności.

Pomimo takiego wniosku Prezes UZP odniósł się do argumentów Zamawiającego wskazując na orzecznictwo KIO, w którym reorganizacji działalności nadaje się szerokie znaczenie (wyrok z dnia 7.02.2017 r., sygn. akt KIO 96/17). Jednak aby móc się powoływać na „reorganizację”, w celu zastosowania rozwiązania zawartego w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp musi ona faktycznie zaistnieć przed dniem wszczęcia danego postępowania, na który to moment należy wykazać spełnienie przesłanek uprawniających do zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia. Okoliczności na jakie powołał się Zamawiający nie świadczą jeszcze o reorganizacji Agencji, z którą mieliśmy do czynienia na moment wszczęcia postępowania. Doprowadzony do końca proces legislacyjny oraz zakończenie procesu reorganizacji Agencji w przyszłości mogłoby stanowić podstawę do ewentualnego rozważenia możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp do udzielenia przyszłego zamówienia publicznego.

Izba zważyła, co następuje:

Wydając opinię Izba miała na uwadze wyjaśnienia składane w toku kontroli Prezesowi UZP przez Zamawiającego, które doprowadziły do ustalenia okoliczności faktycznych, w jakich Zamawiający podejmował decyzję o udzieleniu zamówienia typu *in-house* w trybie zamówienia z wolnej ręki, wszczętego w dniu 24.02.2017 r., a więc po wejściu w życie znowelizowanych ustawą z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U.2016.1020), zwanej dalej „Ustawą”, przepisów wprowadzających do krajowego porządku nową instytucję zamówień *in-house*.

Ad 1.

Podstawa zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 została wywiedziona przez Prezesa UZP z okoliczności braku zastrzeżenia przez Zamawiającego konieczności samodzielnej realizacji zamówienia przez wykonawcę, któremu udzielone zostało zamówienie z wolnej ręki, tj. bez udziału podwykonawców, w zakresie dotyczącym istotnego zakresu prac (kluczowych części zamówienia). Prezes UZP nie zarzucił Zamawiającemu naruszenia art. 36a ust. 2a ustawy Pzp – odnoszącego się wprost do zamówień typu *In-house*, wprowadzającego ograniczenie możliwości powierzenia części zamówienia podwykonawcy. W ocenie Prezesa UZP, to specyfika zamówienia *In-house*, a także ogólne zasady dotyczące prowadzenia postępowania, wymagały aby wykonawca, któremu ma

zostać udzielone zamówienie z wolnej ręki wykonał je samodzielnie w istotnej części. Powierzenie zamówienia *In-house* podmiotowi wewnętrznemu niezdolnemu do samodzielnego wykonania takiego zamówienia ma mieć ten skutek, iż traci ono charakter zamówienia *In-house*, przez co staje się zwykłym zamówieniem publicznym, które powinno zostać udzielone z zastosowaniem jednego z konkurencyjnych trybów udzielenia zamówienia.

Odnosząc się do tego stanowiska Izba uznała, że wnioski prezentowane w informacji o wyniku kontroli, jak i odpowiedzi na zastrzeżenia, o konieczności zapewnienia realizacji zamówienia przez wykonawcę, co najmniej w istotnym zakresie prac, nie miały oparcia w przepisach Ustawy, a wręcz stanowiły efekt ich nieprawidłowej wykładni, w szczególności art. 36a Ustawy. W ocenie Izby błędnym jest formułowanie zarzutu niedopuszczalnego ustalenia zakresu podwykonawstwa dla zamówienia udzielonego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Ustawy, jako prowadzącego do naruszenia zasad uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, przejrzystości i proporcjonalności, z pominięciem dyrektyw płynących z przepisu szczególnego, tj. art. 36a ust. 2a Ustawy. Skoro ustawodawca w przepisie szczególnym wskazał, w jakim zakresie nie jest możliwe powierzenie wykonanie części prac stanowiących przedmiot zamówienia *In-house*, co zostało ograniczone tylko do usług użyteczności publicznej lub robót budowlanych, to formułowanie tezy, iż dla pozostałych zamówień typu *In-house* należy również wprowadzać ograniczenia, stanowi interpretację *contra legem*. Nie budziło sporu, iż przedmiotowe zamówienie nie obejmuje usług o charakterze użyteczności publicznej, co przyznał wprost Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, a zatem nie można było wymagać nałożenia na wykonawcę obowiązku osobistego wykonania kluczowych części usługi. Stąd ustalenia poczynione w toku kontroli w celu określenia kluczowych elementów prac, w ocenie Izby nie miały znaczenia dla rozstrzygnięcia o zasadności wniesionego zastrzeżenia. Istotnym było bowiem stwierdzenie, czy podstawą naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 Ustawy mogło być stwierdzenie naruszenia generalnej wytycznej dla prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, tj. normy zawartej w art. 7 ust. 1 Ustawy. W ocenie Izby, w niniejszej sprawie takiej możliwości nie było z tej przyczyny, iż ustawodawca w sposób kompletny, w odniesieniu do podwykonawstwa przy zamówieniach *In-house* określił obowiązki wykonawcy związane z osobistym wykonaniem kluczowej części usług. Stwierdzone naruszenie nie miało zatem oparcia w przepisie szczególnym, co czyniło w tym zakresie zastrzeżenie Zamawiającego zasadnym.

Odnosząc się natomiast do kwestii dopuszczalności podwykonawstwa jako takiego dla zamówień *In-house* należy odnieść się co najmniej do dwóch kwestii związanych z podstawą prawną oraz specyfiką zamówień tego typu. Podstaw prawna została już przywołana i ujęta

została w art. 36a ust. 2a Ustawy, gdzie ograniczono możliwość powierzenia części zamówienia wskazując, iż *Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót*. Jak wskazano powyżej, objęte kontrolą zamówienie nie obejmuje tego rodzaju usług, a zatem na tej podstawie nie można było formułować zarzutu braku zapewnienia osobistego wykonania części prac (lub nawet całości). To na czym uwagę skupiał Prezes UZP dotyczyło oceny dopuszczalności podwykonawstwa w kontekście specyfiki zamówienia *In-house*, którą identyfikował poprzez konieczność zapewnienia udzielenia zamówienia podmiotowi zdolnemu do jego samodzielnego wykonania. W ocenie Izby do takich wniosków nie uprawnia analiza przesłanek udzielenia zamówienia z wolnej ręki, opisanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Ustawodawca określił wprost kiedy zamówienie typu *In-house* może być udzielone i żadna z przesłanek nie odnosi się do oceny stopnia zdolności wykonawcy do realizacji zamówienia, a istotnym jest jedynie wykazanie, że usługa stanowiąca przedmiot zamówienia dotyczyć ma działalności powierzonej do wykonywania przez zamawiającego kontrolującego tego wykonawcę (osobę prawną). Nie można zatem skutecznie pozbawiać przymiotu zamówienia *In-house* z tej przyczyny, że wykonawca (osoba prawna) zamierza będzie zlecić wykonanie części prac z udziałem podwykonawców. Faktycznie taka wykładnia przepisów nie dałaby się pogodzić z dyrektywami ścisłego stosowania przesłanek przewidzianych dla trybów szczególnych, jakim jest zamówienie z wolnej ręki. Już samo fakt udzielenia zamówienia z wolnej ręki podmiotowi wewnętrznemu ogranicza jakąkolwiek konkurencję, gdyż Zamawiający nie wybiera dowolnego podmiotu działającego w danej branży, ale kieruje zamówienie do kontrolowanej przez siebie osoby prawnej. W zasadzie dla samego wyboru trybu postępowania nie ma zatem znaczenia w jaki sposób osoba ta wykona zamówienie, co może być przedmiotem badania ale już przez inne organy państwowe powołane do kontroli w szerszym zakresie niż samo postępowanie prowadzące do zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego. Skoro podstawą zarzutu miało być naruszenie przesłanek do udzielenia zamówienia z wolnej ręki, to kwestie dotyczące podwykonawstwa nie mogły prowadzić do wniosku, iż zamówienie udzielone byłoby innemu podmiotowi niż spełniający przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 Ustawy. Na marginesie należy także zauważyć, iż wnioski o możliwym naruszeniu zasad uczciwej konkurencji przy wyborze podwykonawcy zostały w sposób właściwy ocenione przez Prezesa UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, jako zbyt daleko idące i przedwczesne.

Ad. 2

Zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Ustawy wynika ze stwierdzenia braku spełnienia przesłanki określonej w lit. b – *ponad 90 % działalności kontrolowanej*

osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a. Prezes UZP uznał wprost, iż dwie pozostałe przesłanki wskazane w lit. a i c art. 67 ust. 1 pkt 12 Ustawy zostały spełnione.

Na podstawie wyjaśnień Zamawiającego złożonych w toku kontroli ustalono, iż procentowy udział działalności kontrolowanej osoby w odniesieniu do zadań zleconych przez tego Zamawiającego wyniósł w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia 88,16%, czyli nie osiągnął wymaganego progu. Dopiero w odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes UZP szerzej odniósł się do sygnalizowanej możliwości zastosowania sposobu wyliczenia progu 90% - na podstawie art. 67 ust. 9 Ustawy, czyli *w przypadku, gdy, ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 14 lit b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.*

Na wstępie, Izba w całości uznaje za prawidłowe stanowisko Prezesa UZP, iż dwa przewidziane w Ustawie sposoby wyliczenia procentowego udziału działalności kontrolowanej osoby prawnej, opisane w art. 67 ust. 8 i 9 mają rozłączny charakter, wykluczający ich jednoczesne zaistnienie. Stąd, koniecznym w oceni Izby było ustalenie, czy w sytuacji, w której znajdował się Zamawiający, możliwe było wykazanie przesłanki opisanej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b na podstawie którejś z dwóch metod liczenia.

Zasadniczo Izba w całości podziela ocenę Prezesa UZP co do braku wykazania udziału procentowego działalności wyliczanego na podstawie art. 67 ust. 8 Ustawy, do czego prowadziła prawidłowa wykładania *zamawiającego sprawującego kontrolę*, jakim w niniejszym postępowaniu był właściwy Minister. Aby nie powielać argumentacji szeroko opisanej w informacji o wyniku kontroli oraz odpowiedzi na zastrzeżenia, Izba dodatkowo uwzględniła motyw 32 preambuły Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65), w którym wskazano, iż *Procedury przewidziane w niniejszej dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.* Dyrektywa definiuje

także pojęcie „instytucji zamawiającego” jako *państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego*. Zgodnie natomiast z definicją „instytucji administracji centralnej” są nimi *instytucje wymienione w załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi*. W załączniku tym wymienione zostały odrębnie dla Polski między innymi: Ministerstwo Skarbu Państwa, Ministerstwo Rozwoju Regionalnego, Ministerstwo Infrastruktury, czy też Ministerstwo Finansów. Dodatkowo nie można pomijać regulacji krajowych, w tym ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. poz. 2259), zgodnie z którą Prezes Rady Ministrów może przekazać uprawnienia do wykonywania prawa z akcji innemu członkowi Rady Ministrów, co odbyło się w drodze rozporządzenia z dnia 3 stycznia 2017 r. w sprawie wykazu spółek, w których prawa z akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezes RM członkowie Rady Ministrów – poprzez przekazanie uprawnienia właścicielskiego wobec Agencji Ministrowi Rozwoju i Finansów.

W świetle powyższych regulacji prawnych, nie budziło zatem wątpliwości, iż zamawiającym sprawującym kontrolę nad Agencją, który mógł udzielić tej spółce zamówienia publicznego w trybie zamówienia *In-house* jest obecnie Minister Rozwoju i Finansów. Tym samym, badanie udziału stopnia działalności kontrolowanej osoby prawnej nie mogło odnosić się do innych zadań niż powierzone przez tego Zamawiającego w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia (ewentualnych poprzedników prawnych, sprawujących jako zamawiający kontrolę nad Agencją).

W niniejszej sprawie jednak nie to zdecydowało o uwzględnieniu zastrzeżeń, gdyż w ocenie Izby Zamawiający w momencie wszczęcia postępowania znajdował się w sytuacji faktycznej, która mogła skłaniać do stwierdzenia, iż dane dostępne za okres 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia nie są adekwatne z uwagi na reorganizację działalności Agencji, która obejmowała różne obszary, co zostało zasygnalizowane kontrolującemu w toku kontroli (pismo z 26.06.2017 r.). Nie można było przyjąć, jak wskazuje to Prezes UZP w odpowiedzi na zastrzeżenia, iż okoliczności te nie były podnoszone przez Zamawiającego w toku kontroli i na tej podstawie odmówić im znaczenia w kontekście ustalenia spełnienia przesłanki do udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Nie można pomijać tego, iż wyjaśnienia Zamawiającego były w części determinowane wezwaniami kierowanymi ze strony kontrolującego, a z drugiej strony, błędnym przekonaniem Zamawiającego co do sposobu liczenia procentu działalności w oparciu o art. 67 ust. 8 Ustawy. W ocenie Izby nie stało to jednak na przeszkodzie do zbadania możliwości wyliczenia procentu działalności Agencji w oparciu o wiarygodne prognozy handlowe. Jak wynika z informacji o wyniku kontroli, kontrolujący zaniechał

zbadań, czy w istocie, w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki Agencja z uwagi na reorganizację działalności mogła dokonać wyliczenia procentu działalności na podstawie art. 67 ust. 9 Ustawy. Komentarz jakim odniesiono się w informacji do tej okoliczności sprowadzał się do wskazania na konieczność oceny spełnienia przesłanek uprawniających do udzielenia zamówienia z wolnej ręki na dzień wszczęcia postępowania, w związku z czym planowane przekształcenia Agencji w zakresie jej finansowania i realizacji zadań statutowych nie uprawniały Zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Ponadto, analiza zmiany opisu celu statutowego Agencji miała podważać możliwość przyjęcia, iż zmiany (która momencie wszczęcia postępowania nie zakończyła się) mają taki zakres, aby uznać je za reorganizację.

Izba nie przychyliła się do tego stanowiska kontrolującego uznając, iż przy zarzucie naruszenia trybu zamówienia z wolnej ręki, koniecznym jest zbadanie wszystkich przesłanek, jakie mogłyby prowadzić do uznania, iż działania Zamawiającego zostały podjęte z naruszeniem Ustawy. Przenoszenie takiego badania na etap zastrzeżeń od wyników kontroli i odpowiedzi na te zastrzeżenia, powoduje to, że ustalenia stanowiące podstawę zarzutów wynikają z niepełnego obrazu sytuacji faktycznej i mogą prowadzić do błędnych wniosków. Wprawdzie Zamawiający sam we wniosku o przeprowadzenie kontroli powołał się na sposób liczenia opisany w art. 67 ust. 8 Ustawy, to wynikało ono z błędnego przekonania o zasadności wliczenia części przychodu z umów „komercyjnych”, a nie zleconych przez zamawiającego kontrolującego osobę prawną. Nie można zatem pozbawić Zamawiającego możliwości wykazania procentu działalności na podstawie wiarygodnych prognoz, jeżeli dostępne dane są nieadekwatne do zmian wynikających z reorganizacji działalności Agencji, co Zamawiający również zasygnalizował w toku kontroli. Nie budzi wątpliwości, iż taka reorganizacja trwa od co najmniej kilkunastu miesięcy, na co wskazuje uchwała Nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju”, gdzie Agencji powierzono nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, oraz szereg innych podjętych czynności, na które Zamawiający zwracał uwagę w złożonych zastrzeżeniach. Ponieważ w trakcie kontroli Prezesa UZP nie badano możliwości skorzystania z możliwości obliczenia procentu działalności w oparciu o wiarygodne prognozy, stwierdzenie naruszenia trybu zamówienia z wolnej ręki nie mogło być, w kontekście podniesionych w zastrzeżeniach nowych okolicznościach, uznane za prawidłowe. Wskazane przez Zamawiającego działania mogły być ustalone również w toku kontroli, a ich skutkiem może być przyjęcie, że dostępne dane za okres poprzedzający wszczęcie postępowania, tracą przymiot adekwatności, w kontekście dokonanych już i będących w trakcie przeprowadzania zmian organizacyjnych Agencji (poszerzenia zakresu zadań powierzonych w roku 2017 i kolejnych). Wyliczenia

przedstawione przez Zamawiającego w zastrzeżeniach oparte na wiarygodnych prognozach wskazują natomiast na przekroczenie progu 90% powierzonych do wykonania przez Zamawiającego zadań zarówno w odniesieniu do roku 2017 jak i 2018. Ponieważ kontrolujący nie weryfikował tych danych i nie kwestionował prawidłowości wyliczeń, Izba przyjęła je jako wiarygodne.

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

Przewodniczący:

.....

.....