

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 19 sierpnia 2017 r.

Po rozpatrzeniu zastrzeżeń z dnia 18 sierpnia 2017 r. zgłoszonych przez zamawiającego – Ministerstwo Rozwoju, dotyczących wyniku kontroli uprzedniej z dnia 17 lipca 2017 r. Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych postępowania o udzielenie zamówienia pn. *„Realizacja branżowych programów promocji oraz promocja polskiej gospodarki na rynkach perspektywicznych”*, część 7 zamówienia *„Realizacja branżowego programu promocji branży biotechnologicznej i farmaceutycznej”* (BDG-V-2611.11.2017.MP) przeprowadzonego w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 oraz z uwzględnieniem ust.8 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164 ze zm.) [ustawa Pzp],

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący: Agata Mikołajczyk
Członkowie: Aneta Młacka
Izabela Niedziałek-Bujak

wyraża następującą opinię:

zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Uzasadnienie

W Informacji o wyniku kontroli (pismo z dnia 17/07/2017r. znak: UZP/DKUE/KUD/49/17) Kontrolujący podał, że: „Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust 1 w związku z art 169 ust. 1 i 2 pkt 2 ustawy Pzp, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zarzuca zamawiającemu: naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art 7 ust. 1 ustawy Pzp. 2) naruszenie art. 67 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp”. W uzasadnieniu wskazano, co następuje cyt.:

1) Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 wzw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.

Jak wynika z przekazanej do kontroli dokumentacji postępowania, w części II lit. D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ) „Informacje dotyczące podwykonawców, na których zdolności wykonawca nie polega”, wykonawca Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. (dalej: „PAMH”), wskazał części zamówienia jakie zamierza zlecić podwykonawcom w każdej z ww. części zamówienia. Należą do nich:

- 1) projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ [przypis kontrolera: szczegółowy opis przedmiotu zamówienia] imprezach targowych;
- 2) przygotowanie scenariusza i produkcja filmu promocyjnego w technologii 360;
- 3) przygotowanie internetowych kampanii promocyjnych;
- 4) przygotowanie projektu i druk folderu promocyjnego;
- 5) przygotowanie projektów i produkcja gadżetów;
- 6) obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ.

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

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

Pismem z dnia 30.05.2017 r. zamawiający udzielił wyjaśnień: „(...) w toku negocjacji Strony omawiały zakres czynności powierzonych do realizacji podwykonawcom osobno dla każdej części zamówienia. Informacje te były ustalane w kontekście liczby osób bezpośrednio realizujących i koordynujących wykonanie umów w imieniu Wykonawcy, a których obowiązek zatrudnienia na umowę o pracę został zawarty w § 3 ust. 6 projektu umowy.

Z uwagi na procedury dotyczące wyboru podwykonawcy obowiązujące w Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. Zamawiający odstąpił od wymogu żądania wskazania nazw podmiotów które będą działały jako podwykonawca. Obowiązek niezwłocznego informowania Zamawiającego o zakresie zleczanych podwykonawcom usług oraz wskazania firm, które będą pełniły rolę podwykonawcy został zawarty w § 3 ust. 9 projektu umowy. Z uwagi na zbieżność niektórych działań w ramach poszczególnych części zamówienia (takich jak: projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ imprezach targowych, przygotowanie projektów i produkcja gadżetów; obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ) rozważana była kwestia wyboru jednego podwykonawcy dla wszystkich części." Informacja na temat szczegółowego zakresu podwykonawstwa w ramach poszczególnych części została przedstawiona w piśmie z dnia 29 maja 2017 r. PAIiH, w którym podniesiono: „Brak możliwości wskazania na obecnym [etapie - dop. wł.] przez wykonawcę nazw firm podwykonawców wynika z faktu, iż wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych". Jednocześnie wskazał wykaz prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach poszczególnych części zamówienia. W przypadku „Realizacji branżowego programu promocji branży biotechnologicznej i farmaceutycznej" (część 7 zamówienia) są to:

- projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ imprezach targowych,
- przygotowanie scenariusza i produkcja filmu promocyjnego w technologii 360,
- przygotowanie internetowych kampanii promocyjnych,
- przygotowanie projektu i druk folderu promocyjnego,
- przygotowanie projektów i produkcja gadżetów,
- obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ.

Łącznie 60% wartości zamówienia.

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

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

W odpowiedzi z dnia 12 czerwca 2017 r. zamawiający wskazał: „(...) realizacja zamówienia, tj. realizacja programów promocji ma na celu działania promujące wybrane polskie specjalności eksportowe na rynkach zagranicznych, a działania przypisane poszczególnym częściom zamówienia m.in. organizacja narodowych stoisk informacyjnych podczas wskazanych targów, organizacja misji przyjazdowych dla zagranicznych dziennikarzy i kontrahentów, realizacja kampanii w Internecie mają wpływ na efekt końcowy realizowanych programów. W związku z tym, określenie zadań objętych przedmiotem zamówienia, które miałyby charakter główny jest niezmiernie trudne. W opinii zamawiającego za takie zadanie

można uznać organizację narodowych stoisk informacyjno-promocyjnych na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych, które jest przewidziane w ramach każdej części zamówienia i stanowi jego niezbędny element. Przy takiej interpretacji pozostałe zadania mają charakter pomocniczy, mający na celu wzmocnienie efektu promocyjnego. Mając na względzie powyższe w ramach zadania polegającego na organizacji narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego, zgodnie z informacją przekazaną do Państwa pismem z dn. 30 maja br., PAIH zamierza powierzyć podwykonawcom część tego zadania w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, pozostała część zadania określona w opisach przedmiotów zamówienia będzie realizowana przez PAIH".

Mając na uwadze powyższe ustalenia Kontrolujący stwierdził (...)

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

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Powyższe oznacza, że do istoty określonego powyżej zamówienia typu in-house należy po pierwsze, udzielenie go określonej osobie prawnej (wykonawcy) w wyniku przeprowadzonych z nią negocjacji w trybie z wolnej ręki (a więc z pominięciem trybów konkurencyjnych) i pod warunkiem łącznego spełnienia wymogów wskazanych w ww. przepisie. Po drugie, wykonywanie zadań objętych zamówieniem typu in-house ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego zamawiającego, albo zasobów podmiotów ściśle od danego zamawiającego uzależnionych. Tym samym, aby uzyskać zamówienie typu in-house, co do zasady, wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację. Z kolei, zamawiający udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że wykonawca, tj. kontrolowany przez niego podmiot, jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Mając na uwadze treść art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, nie można jednak

całkowicie wyłączyć w przypadku udzielenia zamówień typu in-house, w tym zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, możliwości udzielenia uzyskanego przez wykonawcę w ten sposób zamówienia kolejnym podmiotom -podwykonawcom. Z uwagi natomiast, na opisany powyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, przyjąć należy, że wynikająca z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp ogólna możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną, wykonania części zamówienia podwykonawcom, powinna być interpretowana, w tym przypadku, w sposób zawężający. Zatem co do zasady, kontrolowany przez zamawiającego podmiot, może otrzymać do realizacji na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, zamówienie typu in-house, jeśli jest zdolny do jego samodzielnej realizacji. Jeśli danego zamówienia typu in-house kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom - to ze swojej istoty zamówienie typu in-house przestaje mieć taki charakter. 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”.

Podkreślić również należy, że zgodnie z cytowaną powyżej opinią „W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której instytucje zamawiające podzlecałyby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególności, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień.” Tym samym, uznać należy, że niczym nieograniczone dopuszczenie możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zadań powierzonych w ramach zamówienia typu in-house uzyskanego na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp, stanowi istotne zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania tego typu mechanizmu udzielania zamówień publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na zasadach niekonkurencyjnych, z pominięciem procedur udzielania zamówień publicznych, podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającego i zdolnemu do jego samodzielnego wykonania. Taka praktyka pozostaje w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp.

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

Zarówno informacja zawarta w części II lit. D Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia (JEDZ), stanowiąca iż „Dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami”, jak również informacja zawarta w piśmie PAIH z dnia 29.05.2017 r., wskazująca że „(...) wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych”, nie gwarantuje pełnego poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. W tym miejscu podkreślić należy, że aż 60 % zamówienia udzielonego w ramach in-house zostanie zrealizowane przez podwykonawców. Zasygnalizowany w ww. dokumentach zamiar stosowania przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego zamówienia in-house, przepisów ustawy Pzp w celu wyboru podwykonawców, nie może przesądzać a priori, że ww. wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w ustawie Pzp trybów konkurencyjnych. Użyte przez wykonawcę sformułowanie „powierzenie zadań podwykonawcom z zastosowaniem ustawy Pzp”, oznacza jedynie, że do ich wyboru stosowana będzie ustawa Pzp. Nie wyklucza natomiast możliwości zastosowania jednego z tzw. trybów niekonkurencyjnych przewidzianych tą ustawą. Co więcej, zadeklarowana przez wykonawcę intencja nie oznacza, iż w praktyce dochowane zostaną wszystkie obowiązki i nakazy wynikające z przepisów ustawy Pzp. Na obecnym etapie postępowania nie można zatem wykluczyć powstania ryzyka, iż całość lub znacząca część zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach in-house, nie zostanie udzielona podwykonawcom z zastosowaniem trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie Pzp. Ponadto, tego typu zastrzeżenie nie gwarantuje, że zamówienie które ma zostać udzielone podwykonawcom, nie zostanie podzielone na części, z których każda nie będzie przekraczała progu kwotowego, od którego uzależnione jest stosowanie ustawy Pzp (wyrażona w złotych równoważność kwoty 30 000 euro). Tym samym, można uznać, że mimo zastrzeżenia poczynionego w części II lit. D JEDZ,

możliwa jest sytuacja, w której aż 60% zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach zamówienia in-house zostanie udzielone podmiotom nie spełniającym przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z pominięciem stosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie, chociażby z uwagi na możliwość zastosowania art. 4 ust. 1 pkt 8 ustawy Pzp". Reasumując stwierdził, że zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp jest w ocenie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasadny.

Odnosnie drugiego zarzutu podał, co następuje: (...)

2) Uzasadnienie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp.

Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający zastosował do jego udzielenia tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i udzielił przedmiotowego zamówienia Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu SA, dalej: „PALiH” (dawniej Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych SA, dalej: „PALiZ”). Uzasadniając zastosowanie ww. trybu, zamawiający wskazał m.in., że PALiH jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa, wobec której aktualnie uprawnienia właścicielskie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów. Powyższe, zdaniem zamawiającego konsumuje przesłankę sprawowania kontroli, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania jej sprawami. Ponadto, z informacji przekazanych przez PALiZ (oświadczenie z dnia 16 grudnia 2016 r. znak: PANIZ/BOK-WO-0002-018-KS/16) wynika:

- 1) Ministerstwo Rozwoju sprawuje nad PAMH kontrolę odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej;
- 2) PALiZ ponad 90% swojej działalności, określonej na podstawie wysokości osiągniętych przychodów, ustalonych w oparciu o art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, wykonywała na rzecz Skarbu Państwa [dopisek wł. w szczególności na rzecz Ministerstwa Rozwoju];
- 3) w PALiZ nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

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

Przedmiotowe postępowanie zostało wszczęte w dniu 24 lutego 2017 r. (przekazanie wykonawcy PAMH pisma z dnia 24.02.2017 r. - zaproszenie do negocjacji w zakresie części nr 7 zamówienia). Pismem z dnia 13.04.2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących charakteru zmian dokonanych w statucie PAMH oraz przekazania kopii dokumentów, w tym m.in. statutu PALiH oraz analiz prawnych w zakresie zasadności wyliczenia procentu swojej działalności w odniesieniu do

działań powierzonych przez Skarb Państwa. Pismem z dnia 17.05.2017 r. zamawiający przekazał m.in. statut PAliZ oraz oświadczenie PAMH o spełnianiu przez spółkę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i udzielił poniższych wyjaśnień. „Zmiana statutu PAMH na Nadzwyczajnym Walnym Zgromadzeniu dnia 13.12.2016 r. wprowadziła m.in. zmiany:

1) uległa zmianie nazwa spółki (...). Ponadto, wskazać należy, że zmianie uległ również sposób głosowania nad uchwałami spółki oraz uchwałami Walnego Zgromadzenia, kadencja Zarządu i jego regulamin, oraz liczba członków Rady Nadzorczej.

Pismem z dnia 25.05.2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o informacje:

1) jaki próg procentowy w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, stanowią zadania powierzone PAMIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, tj. w omawianym powyżej trzyletnim okresie kolejno przez Ministra Skarbu Państwa, Ministra właściwego ds. gospodarki, a następnie przez Ministra Rozwoju i Finansów (ministra właściwego ds. gospodarki) oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę.

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

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

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

Pismem z dnia 30.05.2017 r. zamawiający udzielił poniższych wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia PAliH (pismo z dnia 29.05.2017 r.):

Ad. pkt 1). „W ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliH w odniesieniu do usług, dostaw, lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, zadania powierzone przez podmiot sprawujący kontrolę (...) oraz przez inne osoby prawne nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę procentowy udział w tym względzie wynosi 91,18%, w tym 88,16% stanowią zadania powierzone PAliH przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP, a 3,02% stanowią zadania powierzone przez inne organy administracji publicznej, które powierzając zadania

sprawują kontrolę w imieniu Skarbu Państwa, który w przypadku każdego z tych podmiotów jest zamawiającym."

Ad. pkt 2). „Zadania wymienione w piśmie z 26.04.2017 r., w Tabeli nr 1 dotyczą głównie zadań powierzonych przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP."

Ad. pkt 3). „Średni przychód spółki obliczono dodając przychody wg zapisów z ksiąg rachunkowych zbadanych pozytywnie przez biegłego rewidenta, z kolejnych lat, tj. roku 2014, 2015 i 2016, oraz dzieląc uzyskany wynik (suma) przez 3, bez względu na fakt w ilu latach dany tytuł realizowanego zadania występował. Procentowy udział ustalono poprzez wskazanie proporcji dla danej działalności, tj. uśrednionej sumy w pozycji «Pozostała działalność» oraz «Zadania powierzone» i przyrównanie tych kwot do średniej wartości przychodów ogółem."

Pismem z dnia 02.06.2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o informacje:

1) czy w okresie od 01.01.2014 r. do 30.06.2016 r. zamawiającym sprawującym kontrolę, o której mowa w art 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nad PAHM był Minister Skarbu Państwa czy też Minister Gospodarki.

2) czy wskazany w ww. piśmie z dnia 30.05.2017 r. próg procentowy wynoszący 91,18% obejmował również zadania zlecone PAliiZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30 czerwca 2016 r. Jeżeli tak, jaki był procentowy udział, w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliiZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie przedmiotowego zamówienia, zadań powierzonych PAliiZ przez Ministra Skarbu Państwa oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował kontrolę w ww. trzyletnim okresie poprzedzającym udzielenie zamówienia.

3) jeżeli wskazany próg procentowy 91,18% nie obejmuje zadań zleconych PAliiZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30 czerwca 2016 r., lecz jak wynika z ww. pisma z dnia 30.05.2017 r. obejmował „(...) zadania powierzone PAIH przez Ministra Gospodarki, następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP (...)” - poproszono o wyjaśnienie na jakiej podstawie zamawiający uznał, iż ww. zadania były w okresie od 01.01.2014 r. do 30.06.2016 r. zadaniami powierzonymi PAliiZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Pismem z dnia 06.06.2017 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia PAI i H (pismo z dnia 06.06.2017 r.), z których wynika, że:

- Minister Skarbu Państwa do dnia 30.06.2016 r. wykonywał uprawnienia z akcji posiadanych przez Skarb Państwa w PAMH, „nadając Agencji Statut wskazał w przedmiocie działania zakres zadań do realizacji i określił jej cele, a tym samym powierzył Agencji te cele i

zadania do realizacji". Jednocześnie, w części nadzór właścicielski był także sprawowany przez Ministra Gospodarki (par. 29 ust. 1 statutu PAMH z dnia 8 sierpnia 2012 r.), który to Minister był jednocześnie podmiotem finansującym zadania powierzone Agencji przez Ministra Skarbu. Ponadto, zgodnie z Zarządzeniem Ministra Gospodarki z dnia 16 listopada 2012 r. w sprawie podziału pracy w Kierownictwie Ministerstwa Gospodarki, PAMH (Dz. Urzędowy Ministra Gospodarki z 2012 r., poz. 23), nadzór nad wykonywaniem zadań przez PAMH sprawował jeden z Podsekretarzy Stanu. Tak więc w sytuacji dotyczącej PAIH uznać należy, iż w stosunku do PAMH podmiotem zamawiającym, sprawującym kontrolę w rozumieniu przepisu 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, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa i Ministra Gospodarki.

- w odniesieniu do usług, dostaw, iub 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.

Pismem z dnia 09.06.2017 r. Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o dalsze wyjaśnienia i wskazanie, jaki jest procent ww. zadań powierzonych przez Ministra Skarbu Państwa w ramach pozostałych 3,02% zadań składających się na ogólną wartość 91,18% w omawianym 3 letnim okresie.

Pismem z dnia 12.06.2017 r. zamawiający przekazał pismo PAIH z dnia 12.06.2017 r. (znak: L.dz. BOK-WO-076-587-TP/17), w którym wyjaśniono, że „(...) pozostałe 3,02% zadań stanowią:

- zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych na podstawie umowy z dnia 16 października 2015 r. - 2,31%,

- zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji na podstawie umowy z dnia 29 stycznia 2016 r. -0,44%,

- inne zlecenia jednorazowe finansowane przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki - 0,29%.

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

Pismem z dnia 23.06.2017 r. mając na uwadze ww. odpowiedź zamawiającego, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych zwrócił się do zamawiającego o udzielenie szczegółowych

wyjaśnień w zakresie sposobu powierzania przez Ministra Skarbu Państwa zadań w ramach poniższych umów:

1) umowa z dnia 16 października 2015 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych - 2,31%)

2) umowa z dnia 29 stycznia 2016 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji).

Pismem z dnia 26.06.2017 r. zamawiający przekazał w załączeniu wyjaśnienia PAMH z dnia 26.06.2017 r. (pismo znak: L.dz. Bok~Wo-076-641-5947) w zakresie sposobu powierzania zadań w ramach ww. umów zawartych z Ministrem Spraw Zagranicznych oraz Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji, zgodnie z którymi:

„1. Przedmiotem umowy zawartej przez PAIH S.A. ze Skarbem Państwa - Ministrem Spraw Zagranicznych jest organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, mających na celu prezentację gościom z zagranicy, tj, przedstawicielom świata polityki, gospodarki, środowisk naukowych, organizacji pozarządowych, administracji publicznej oraz dziennikarzom, dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Powyższe zadania stanowią jednocześnie zadania statutowe PAIH SA, co potwierdza w szczególności zapis par. 3 Statutu PAIH S.A. nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów, który stanowi: «Celem działania Spółki jest prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce.» Tak więc zadania powierzone PAIH S.A. przedmiotową umową przez Ministra Spraw Zagranicznych są komplementarne z zadaniami Ministra Spraw Zagranicznych i w ramach koordynacji kompetencji na szczeblu rządowym, zostały powierzone PAIH S.A. do realizacji na mocy umowy cywilnoprawnej (umowy ramowej zawartej na okres 3 lat, w ramach której MSZ zleca PAIH szczegółowe działania na mocy tzw. umów wykonawczych).

2. Umowa zawarta przez PAIH S.A. (Partnera) ze Skarbem Państwa - Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji (Liderem Partnerstwa) i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A. (Partnerem) stanowi umowę o partnerstwie na rzecz wspólnej realizacji projektu „Standardy obsługi inwestora w samorządzie”, współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego. Przedmiotem umowy jest przygotowanie standardów obsługi inwestora w jednostkach samorządu terytorialnego wykorzystywanych w procesie pozyskiwania inwestorów, co stanowi zadanie statutowe Agencji, zawarte w par. 3 Statutu PAIH S.A. Jednocześnie podkreślam, iż PAIH S.A. w piśmie z dnia 12 czerwca 2017 r. wskazała, iż udział środków pozyskanych przez PAIH S.A. na podstawie tej umowy wynosi 0,44% (...). Ponadto wyjaśniamy, iż przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, w żaden

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

Mając powyższe na uwadze Kontrolujący stwierdził:

„Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zamówienie udzielane jest przez zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a, osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego.

Analizując część wstępną art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy wskazać, po pierwsze, że powyższy przepis wyraźnie określa, jakie podmioty należy uznawać za zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. Należą do nich podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Tym samym, przez zamawiających wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, rozumieć należy następujące grupy podmiotów:

1) jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych,

- 2) inne, niż określone w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,
- 3) tzw. podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp),
- 4) związki podmiotów określonych w pkt 1-3 powyżej.

Tym samym, zamawiającymi, którzy mają prawo udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, są wyłącznie podmioty, które należą do jednej ze wskazanych powyżej grup. Powyższe twierdzenie jest spójne z wydaną, na potrzeby przedmiotowej kontroli uprzedniej, opinią Departamentu Prawnego z dnia 23.05.2017 r., zgodnie z którą: „(...) Przepis ten rozstrzyga zatem, że poprzez zamawiającego sprawującego kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp należy rozumieć podmiot, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Przesłanki z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp wskazują na następujące grupy zamawiających w rozumieniu ustawy Pzp - jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, inne, niż określone w pkt 1, państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, tzw. podmioty prawa publicznego (art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp) oraz związki tych podmiotów. (...). Przepis art. 3 ustawy Pzp (wraz z odesłaniem do ustawy o finansach publicznych) nie wskazuje, że zamawiającym może być bezpośrednio Skarb Państwa. Skarb Państwa jest szczególną osobą prawną, mającą szczególne właściwości. (...) Posiadanie przez Skarb Państwa osobowości prawnej nie oznacza jeszcze, że jest on samodzielnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. (...). Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z wszystkimi konsekwencjami w zakresie odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...). Z okoliczności, że osoba prawna, której planowane jest powierzenie realizacji zamówienia wewnętrznego, jest jednoosobową spółką Skarbu Państwa (Skarb Państwa ma w spółce 100% udziałów) - nie oznacza, że Skarb Państwa jest zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp i Skarb Państwa (poprzez dowolnego *stationes fisci*) może udzielić zamówienia. Reprezentantem Skarbu Państwa w tym przypadku jest właściwy minister. Jeżeli zakres kontroli Ministra Rozwoju i Finansów nad osobą prawną, odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, i polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, oznacza to, że spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp pozwalająca na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Możliwość udzielenia takiego zamówienia tej osobie prawnej przez innego reprezentanta Skarbu Państwa (*stationes fisci*) będzie możliwe tylko jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycję z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp.”

Po drugie, wskazać należy, że brak spełnienia chociażby jednego ze wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a - c) warunków, wyklucza możliwość udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. O ile, na podstawie otrzymanej dokumentacji postępowania, przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c) ustawy Pzp, można uznać za spełnione, to przechodząc do analizy przesłanki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp wskazać należy co następuje.

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a). Przepis ten nie określa zamawiającego odmiennie niż jest to wskazane w lit. a) ww, przepisu. Tak więc za zamawiającego, o którym w nim mowa uznać należy (omówione powyżej) podmioty należące do jednej z grup wskazanych w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy Pzp. Jednocześnie, badając spełnianie przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit b) ustawy Pzp, rozróżnić należy dwa możliwe rozwiązania:

1) do obliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, należy uwzględnić średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3. lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 67 ust. 8 ustawy Pzp).

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

Zgodnie z cytowaną powyżej opinią Departamentu Prawnego UZP z dnia 23.05.2016 r. „(...) w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w Sit. a) - bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu, zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu

zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z podstawową działalnością spółki, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, a nie pozostają neutralne dla tych zadań (realizowanie zadania na rzecz innego ministra niż kontrolującego, dotyczy działalności spółki, ale pozostaje neutralne względem zadań zleconych przez kontrolującego ministra) to taka działalność dodatkowa zasadniczo nie powinna wchodzić w zakres wymaganych 90% działalności." W związku z powyższym, brak jest możliwości zaliczenia do zadań powierzonych, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, zadań wynikających z:

1) umowy z dnia 16 października 2015 r. zawartej przez PAMH ze Skarbem Państwa - Ministrem Spraw Zagranicznych (zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych - 2,31%) - obejmującej zgodnie z wyjaśnieniami zamawiającego „(...) zadania powierzone PAIH S.A. przedmiotową umową przez Ministra Spraw Zagranicznych”, które [dop. wł.] „są komplementarne z zadaniami Ministra Spraw Zagranicznych i w ramach koordynacji kompetencji na szczeblu rządowym, zostały powierzone PAIH S.A. do realizacji na mocy umowy cywilnoprawnej (umowy ramowej zawartej na okres 3 lat, w ramach której MSZ zleca PAIH szczegółowe działania na mocy tzw. umów wykonawczych).”

2) umowy z dnia 29 stycznia 2016 r. zawartej przez PAMH (Partnera) ze Skarbem Państwa - Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji (Liderem Partnerstwa) i Warmińsko-Mazurską Agencją Rozwoju Regionalnego S.A. (Partnerem) - stanowiącej umowę o partnerstwie na rzecz wspólnej realizacji projektu „Standardy obsługi inwestora w samorządzie” (zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji -0,44%),

3) inne zlecenia jednorazowe finansowane przez podmioty wskazane przez Ministra właściwego ds. gospodarki - 0,29% (określone w piśmie z dnia 29.05.2017 r. również jako „Jednorazowe projekty realizowane przez jednostki organizacyjne Agencji (...).”

Oznacza to, że jedynie 88,16 % wskazanych przez zamawiającego zadań powierzonych PAIH przez Ministra Gospodarki, a następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP można uznać za działalność PAIH dotyczącą wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp. 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. Powyższe oznacza brak możliwości udzielenia kontrolowanego zamówienia wykonawcy PAIH, w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp i stanowi naruszenie ww. przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

W związku z powyższym, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zalecam 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, w nawiązaniu do pism zamawiającego z dnia 26.06.2017 r. oraz z dnia 07.07.2017 r. wskazujących na alternatywną możliwość zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający w celu obliczenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp zastosował art. 67 ust. 8 ustawy Pzp. W związku z czym, poniższe rozważania na temat ewentualnej możliwości zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, mają charakter czysto teoretyczny i nie mogą prowadzić do zmiany przyjętych na etapie wszczęcia niniejszego postępowania podstaw prawnych ustalenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp skutkujących zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia typu in-house. Zgodnie z art. 67 ust. 9 ustawy Pzp w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Z uwagi na fakt, że spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia danego postępowania, uznać należy, że wskazane w ww. pismach planowane przekształcenia PAliH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych (procedowana w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAIH), nie uprawniają zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Tym samym, rozważenie zasadności zastosowania art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, do ustalenia procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, zasadne będzie do zamówień in-house planowanych do udzielenia w przyszłości, po doprowadzeniu do końca ww. procesu legislacyjnego i wejściu w życie procedowanej ustawy. Ponadto, wskazać należy, iż przedstawione przez zamawiającego informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp reorganizacji działalności ww. wykonawcy jeszcze nie doszło. Jak wynika z porównania treści § 3 Statutu PAliH z dnia 8 sierpnia 2012 r. oraz § 3 Statutu PAIH zawartego w formie Aktu Notarialnego (repertorium A nr 38614/2016), do tej pory nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji. Zgodnie z § 3 Statutu PAliH z dnia 8 sierpnia 2012 r. „Celem działania spółki jest promocja Polski i regionów Polski w świecie, ze

szczególnym uwzględnieniem promocji polskiej gospodarki, towarów, firm i marek oraz napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych do Polski." Natomiast § 3 ww. Statutu PAIiH stanowi: „Celem działania Spółki jest prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce". Powyższe wskazuje bowiem, że wprowadzona w 2016 r. zmiana Statutu Agencji uszczegóławia jej dotychczasowy cel działalności, ale nie uzasadnia twierdzenia, że zmienia go w zasadniczy sposób, który można by określić mianem „reorganizacji” w rozumieniu art. 67 ust. 9 ustawy Pzp”.

Przedstawiając powyższe Prezes Urzędu jednocześnie poinformował, że zgodnie z art. 171a ustawy Pzp od wyniku kontroli uprzedniej zamawiającemu przysługuje prawo zgłoszenia do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych umotywowanych zastrzeżeń w terminie 7 dni od dnia doręczenia Informacji o wyniku kontroli.

W zastrzeżeniach do Informacji o wyniku kontroli uprzedniej, dotyczącej postępowania o udzielenie zamówienia publicznego pn.: Realizacja branżowego programu promocji branży biotechnologicznej i farmaceutycznej” - (część 7 zamówienia) Ministerstwo Rozwoju, [Zamawiający] podniósł, co następuje:

(1) Zastrzeżenia do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy.

W otrzymanej informacji pokontrolnej, na stronie 5 wskazano, że „wykonanie zadań objętych zamówieniem typu in-house” ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego Zamawiającego albo zasobów podmiotów ściśle od danego Zamawiającego uzależnionych. Tym samym aby uzyskać zamówienie typu in-house, co do zasady wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację.” W opinii Zamawiającego wnioski te są nieuprawnione w kontekście okoliczności kontrolowanego postępowania, a także w świetle przepisów art. 36a ust. 1 i ust. 2a ustawy.

Po pierwsze: w ocenie Zamawiającego interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 ustawy nie może być dokonywana w oderwaniu od całej regulacji objętej art. 36a ustawy, w tym od normy przepisu ust. 2a tego artykułu, którego dyspozycja jednoznacznie określa zakres i kategorie usług, które wykonawca zamówienia typu in-house jest obowiązany wykonać osobiście. Pominięcie dyspozycji art. 36a ust 2a nie jest niczym uzasadnione Skoro bowiem ustawodawca w normie przepisu art. 36a ust. 1 dopuszcza jako zasadę powierzenie wykonania części zamówienia podwykonawcy, w ust. 2 tego artykułu wskazuje w jakich

przypadkach Zamawiający jest uprawniony do postawienia wymogu osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia, a w normie ust. 2a reguluje podwykonawstwo w przypadku zamówień typu in-house, to właśnie ta regulacja określa granice dopuszczalnego podwykonawstwa w zamówieniach typu in-house. Przepis ust 2a art. 36a 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. Zamawiający w toku kontroli wyjaśnił, iż przedmiotem zamówienia jest realizacja programów promocji poprzez odpowiednie działania promujące wybrane polskie specjalności eksportowe na rynkach zagranicznych. Zakres tych działań obejmuje różnorakie czynności takie jak: organizacja misji przyjazdowych do Polski zagranicznych dziennikarzy i kontrahentów, organizacja stoisk narodowych na targach, realizacja kampanii w Internecie. Żadne z tych rodzajów działań nie mieści się w pojęciu usług użyteczności publicznej, funkcjonującym w polskim porządku prawnym. Ustawa nie definiuje pojęcia usług użyteczności publicznej/zatem należy odwołać się w tym zakresie do definicji funkcjonujących w innych ustawach i aktach prawnych. Pojęcie użyteczności publicznej występuje m.in. w art. 1 ust. 2 ustawy z dnia 20 grudnia 1996 r. o gospodarce-komunalnej, który stanowi, że gospodarka komunalna obejmuje w szczególności zadania o charakterze użyteczności publicznej, których celem jest bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych, Zdefiniowaniem pojęcia użyteczności publicznej zajmował się też Trybunał Konstytucyjny, czemu dał wyraz w uchwale z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. akt: W8/96), wyjaśniając, iż do zadań o charakterze użyteczności publicznej należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa i wskazując przykładowy katalog takich zadań, tj. zaopatrywanie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnieni oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizację różnego rodzaju potrzeb kulturalnych. Podobne definiowanie działań o charakterze użyteczności publicznej odnajdujemy w ustawach o samorządzie terytorialnym. Porównanie zakresu przywołanych definicji pojęcia działań o charakterze użyteczności publicznej z zakresem działań objętych przedmiotem kontrolowanego zamówienia jednoznacznie wskazuje, iż przedmiot zamówienia objęty kontrolowanym postępowaniem nie mieści się w katalogu działań użyteczności publicznej, nie jest bowiem ukierunkowany na zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze usług powszechnie dostępnych, a przeciwnie obejmuje promocje wybranych branż - specjalności eksportowych i już z tej przyczyny nie służy zaspokajaniu potrzeb zbiorowych. Z tych powodów uwzględniając dyspozycję przepisu art. 36a ust. 2a ustawy zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt. 12 w zw. art. 7 ust. 1 jest bezzasadny. Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z dnia 15 września 2016 r. UZP/DP/O/026/463(4)/16/OSKW-6888/16 otrzymanej w odpowiedzi na zapytanie

Ministerstwa Rozwoju o interpretację zapisów zawartych w art. 36a ust. 2a ustawy, zgodnie z którą „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 produktowe ~ Marka Polskiej Gospodarki - Brand” można było przypisać ww. cechy usług o charakterze użyteczności publicznej. istotnie zatem wydaje się, iż do realizacji ww. zadań nie znajdzie zastosowanie ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36 a ust 2a ustawy”.

Po drugie, pomimo, że jak wyżej wykazano wykonawca przedmiotowego zamówienia typu in-house, z uwagi na jego charakter, nie jest zobowiązany do jego osobistego wykonania w całości, to dodatkowo powyższy zarzut jest nieuprawniony także w kontekście definiowania pojęcia „kluczowe części tych usług”. Ustawa nie definiuje tego pojęcia. Posłużenie się pojęciem niedookreślonym wymaga dostosowania zakresu tego zastrzeżenia do konkretnych okoliczności udzielanego zamówienia. Zgodnie z definicją słownikową "kluczowy" to "istotny, podstawowy, główny, najważniejszy". W doktrynie (vide: Małgorzata Stachowiak -Komentarz do art. 36a ustawy Prawo zamówień publicznych, LEX 2014) wskazuje się, iż „(...) Kluczowa część zamówienia nie powinna być też rozumiana jako część główna z punktu widzenia skali zamówienia czy wartości wykonywanych prac, jeżeli weźmiemy pod uwagę nakaz zachowania uczciwej konkurencji i obowiązek wykreowania takiej sytuacji, która pozwala ubiegać się o zamówienie (a następnie je realizować) niezależnie od sposobu prowadzenia działalności, tj. bez różnicy, czy wykonawca przyjął strategię własnego gromadzenia zasobów i osobistego wykonywania zamówienia, czy też korzystania w dość szerokim stopniu z outsourcingu (a jego przewagą konkurencyjną jest umiejętność odpowiedniego doboru zasobów / dysponujących nimi). Zachowanie uczciwej konkurencji oznacza, iż nie można abstrahować od praktyki danego rynku właściwego dla danego rodzaju i typu udzielanego zamówienia.(...)”. W tym kontekście przedmiotem analizy winien być rodzaj czynności wykonywanych osobiście przez wykonawcę oraz sposób organizacji jego wykonania, a nie ich wartość. Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. (zwana dalej PAIiH lub Agencja) posiada własne zasoby kadrowe przy pomocy których wykona zasadnicze prace koncepcyjno-organizacyjne polegające na opracowaniu koncepcji głównych działań takich jak: koncepcja stoiska narodowego i standardy jego wykonania, koncepcja folderu promocyjnego, koncepcja filmu promocyjnego (pomysł, długość, wymogi techniczne), koncepcja działań kreatywnych, strategia działań promocyjnych w Internecie (plany kampanii), pomysł gadżetów, scenariusze wizyt studyjnych. Powyższy charakter działań wskazuje, iż PAIiH wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy i oparte na kluczowym know-how Agencji. W działaniach promocyjnych/reklamowych, z uwagi na brak mierzalnych parametrów, najistotniejsze są pomysły i koncepcje oraz umiejętności organizacji całego procesu. Wykonawstwo zaś tych działań sprowadza się do czynności pomocniczych, technicznych i ma charakter uboczny.

PALiH będzie też sam dokonywała zakupu/wynajmu powierzchni wystawienniczych na targach. Czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych takich jak np.: wykonanie projektów technicznych stoisk targowych na podstawie koncepcji opracowanych przez PALiH, wykonanie zabudowy, udostępnienie czasu emisyjnego przez portale, produkcja gadżetów, rezerwacja hoteli, zakup biletów na środki transportu, produkcja filmowa, druk folderów. Ocena istotności działań osobiście wykonywanych przez PALiH prowadzi do wniosku, że PALiH wykona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości.

Po trzecie, Prezes UZP zupełnie bezpodstawnie antycypuje, iż wykonawca pomimo złożonej jednoznacznej i wyraźnej deklaracji, co do sposobu wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur ustawy prawo zamówień publicznych, może dopuścić się naruszenia jej przepisów. Powyższe rozważania w tym zakresie nie znajdują żadnej podstawy faktycznej i prawnej. Wręcz przeciwnie doświadczenie wskazuje, iż PALiH (poprzednio PALiZ), wydając środki publiczne, w tym środki unijne (np. Projekt wg umowy nr POPW.01.04.01-00-001/09-00 lub umowy nr POPW.01.04.02-00-002/09-00) nie naruszała przepisów ustawy. Liczne kontrole nie wskazały na takie naruszenia, zaś Prezes UZP nie zgromadził w toku prowadzonej kontroli/ nie przywołał w uzasadnieniu informacji o wynikach kontroli żadnego dowodu potwierdzającego przyjęte założenie, iż PALiH dokona wyboru podwykonawców w sposób niekonkurencyjny. Powyższe argumenty w ocenie Zamawiającego przeczą zarzutom Prezesa UZP o naruszeniu przez Zamawiającego przepisu art. 67 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy. Nie sposób przy tym z uzasadnienia postawionych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zarzutów pokontrolnych wywieść, dlaczego Prezes Urzędu w zupełności pominął ocenę faktyczną i prawną dyspozycji normy prawnej przepisu art. 36a ust. 2a ustawy, która zdaniem Zamawiającego determinowała właśnie, w okolicznościach niniejszego postępowania, możliwość zlecenia w ramach pod wykonawstwa przez PALiH części zamówienia o charakterze technicznym, nie kluczowym z punktu widzenia podstawowego celu zamówienia. Co więcej Prezes Urzędu w zupełności pominął - a w każdym razie nie odniósł się do tego w uzasadnieniu - argumentację prawną Zamawiającego wskazującą na odmienny charakter usług świadczonych w ramach przedmiotu zamówienia, nie mieszczących się w pojęciu usług użyteczności publicznej, funkcjonującym w polskim porządku prawnym.

(2) Zastrzeżenia do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy.

W Informacji pokontrolnej zarzucono naruszenie przepisu art. 67 ust.1 pkt.12 w zw. z art. 67 ust.8 ustawy, wskazując, iż PALiH nie spełniała warunku określającego, że 90% działalności o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt. 12 ustawy dotyczącego zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub osobę prawną nad którą ten Zamawiający sprawuje kontrolę.

W opinii Prezesa UZP do przedmiotowych 90% działalności PAliH nie można zaliczyć przychodów uzyskanych od Ministra Spraw Zagranicznych, gdyż jest to inny Zamawiający niż kontrolujący Agencję, a zadania realizowane na rzecz Ministra Spraw Zagranicznych są neutralne względem zadań zleconych przez ministra kontrolującego. Z powyższym poglądem nie sposób się zgodzić z przyczyn wskazanych poniżej:

Dokonując wykładni językowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Tak więc skoro ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem, że „w 90% działalność obejmuje wykonywanie zadań powierzonych” lecz sformułowaniem, że „90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych” uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”. Tak więc biorąc po uwagę wykładnię językową tego przepisu 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych. W tym kontekście uwzględniając przedmiot umowy zawartej przez Agencję z Ministrem Spraw Zagranicznych, tj. organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, iż jej realizacja jest działaniem w sposób oczywisty komplementarnym z działaniami statutowymi PAliH powierzonymi przez Ministra sprawującego kontrolę nad Agencją. Organizowane przez PAliH na rzecz MSZ wizyty studyjne mają na celu prezentację gościom z zagranicy tj. przedstawicielom świata polityki, gospodarki, środowisk naukowych, organizacji pozarządowych, administracji publicznej oraz dziennikarzom dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Powyższe zadania stanowią jednocześnie zadania statutowe PAliH, co potwierdza w szczególności zapis § 3 Statutu Agencji nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów. W statucie Agencji, określono w § 3 cel działania Spółki. Zgodnie z powyższym zapisem statutu celem działania Spółki jest prowadzenie działalności w zakresie promocji Polski, polskiej gospodarki, w tym w zakresie wspierania ekspansji międzynarodowej polskich przedsiębiorców, pozyskiwania i obsługi inwestorów zagranicznych, obsługi inwestycji polskich na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz promowania i rozwoju innowacyjności w Polsce. Biorąc pod uwagę fakt, że minister sprawujący kontrolę nad Agencją nadaje jej statut, tym samym określa cele, a przez to pośrednio powierza Agencji zadania. Uznać należy, poprzez analizę m.in. przepisów uchwalonej w dniach 7 lipca 2017 r. Ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna i statutu Agencji, że ma ona za zadanie promocję Polski i polskiej gospodarki, a jej zadania nastawione są na realizację tego celu. Tak więc nie ma tu znaczenia,

jaki podmiot finansuje konkretne czynności wykonywane przez Agencję - znaczenie ma tu fakt, że czynności te dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez kontrolującego, jakim jest właściwy minister. Co więcej zgodnie z orzecznictwem europejskim przy ocenie możliwości zastosowania trybu in-house należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez przedsiębiorstwo. Jak bowiem stwierdził TSUE „nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu”. Przy zastosowaniu powyżej wskazanej konstrukcji, to jest uznaniu, że Zamawiającym jest minister właściwy do spraw gospodarki, a pojęcie zadań powierzonych odnosi się do zadań wykonywanych przez Agencję, niezależnie od jakiego podmiotu pochodzi wynagrodzenie, Agencja spełnia wymóg skali działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy, bowiem przychody z wykonywania umowy dla MSZ dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez Zamawiającego sprawującego nadzór nad PAliH.

Powyższe rozważania oparte są na założeniu, że Zamawiającym sprawującym kontrolę w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy jest minister właściwy do spraw gospodarki. Jednakże zastosowanie językowej wykładni norm prawnych, powinno być poddane weryfikacji przy zastosowaniu wykładni systemowej. Prowadzi ona do wniosku, że podmiotem Zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa. Zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej PAliH w imieniu Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów o których mowa w art. 67 ust.1 pkt.12 lit. b ustawy. Uwzględniając powyższe argumenty i wyjaśnienia zdaniem Zamawiającego Agencja w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy w związku z ust. 8 tego artykułu.

Ponadto wskazał, że w dniu wszczęcia postępowania PAliH spełniała także przesłankę określoną w art. 67 ust. 9 ustawy. Art. 67 ust. 9 ustawy wskazuje, że w celu wyliczenia procentu działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz Zamawiającego, w przypadku reorganizacji podmiotu należy przyjąć prognozy handlowe, z których wynikać będzie, że 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczyć będzie, w przyjętym do obliczeń okresie, wykonywania zadań powierzonych jej przez Zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tego Zamawiającego.

Także odnośnie pojęcia reorganizacja ustawa nie zawiera definicji legalnej, co oznacza konieczność posłużenia się na cele określenia pojęcia „reorganizacja” definicjami powszechnymi i wypracowanymi przez doktrynę i orzecznictwo. Zgodnie z definicją zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016) pojęcie reorganizacja oznacza „zmianę organizacji czegoś”. Natomiast w definicji ekonomicznej reorganizacji działalności przedsiębiorcy znajdują się zarówno zmiany w zakresie reorganizacji wewnętrznej, jak i zmiany związane z przejściem podmiotu, połączeniem lub nawet jego upadłością, w związku z czym konieczne jest przy dokonywaniu procesu wykładni językowej normy zawartej w art. 67 ust. 9 ustawy uwzględnienie skutków, jakie ustawodawca unijny jak i

polski wiąże z wpływem reorganizacji na możliwość pozyskania danych o działalności gospodarczej. Tak więc ustawodawca unijny przyjmuje, że wskazane dane wskutek reorganizacji kontrolowanego podmiotu są nieprzydatne lub niedostępne, natomiast ustawodawca polski operuje pojęciami „niedostępne” lub „nieadekwatne”, co w przypadku drugiego pojęcia, zgodnie z definicją językową zawartą w Słowniku Języka Polskiego PWN (Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa 2016) oznacza „niezgodny z czymś, niedokładnie czemuś odpowiadający”. Tym samym proces reorganizacji podmiotu kontrolowanego powinien istotnie wpływać na możliwość pozyskania odpowiednich danych o jego działalności gospodarczej potwierdzających występowanie w danej sytuacji przesłanki zależności ekonomicznej. Jednocześnie należy przyjąć, że brak możliwości ustalania wskazanych danych lub ich nieadekwatność musi wynikać z okoliczności „obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych. Terminu tego w ustawie nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 ustawy, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc, zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty. Bogate orzecznictwo sądów cywilnych i administracyjnych wskazuje, iż pod pojęciem „reorganizacji” uznaje się szereg sytuacji w tym: zmiana/rozszerzenie przedmiotu działalności, zmiana struktury właścicielskiej, zmiany struktury organizacyjnej, likwidacja lub tworzenie nowych komórek, przekazanie części wykonywanych usług podmiotom zewnętrznym, likwidacja lub tworzenie nowych komórek. W tym kontekście, PAlIH niewątpliwie w zasadniczy sposób zmienia zakres swoich zadań oraz zakres i sposób finansowania, co oznacza iż podlega procesowi reorganizacji. Zgodnie z uchwałą Nr 14/2016 Rady Ministrów z 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 zmianę struktury organizacyjnej PAlIH, co wynikało m.in. z negatywnej oceny działalności Wydziałów Promocji Handlu i Inwestycji, które były tworzone w stolicach państw przy ambasadach RP, a nie w centrach prowadzenia działalności gospodarczej. W takich okolicznościach zdecydowano o potrzebie skupienia zadań realizowanych dotychczas przez Wydziały Promocji Handlu i Inwestycji w jednej instytucji, która stanie się punktem pierwszego kontaktu dla eksportera i inwestora i stanowić będzie centrum wiedzy dla przedsiębiorcy planującego rozwój działalności inwestycyjnej bądź

eksportowej. Potwierdzeniem powyższych założeń jest usytuowanie zadań i roli PAliH w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030) przyjętej uchwałą Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r., w której wskazano PAliH jako podmiot wiodący w zakresie promocji polskiej gospodarki (vide str.142 SOR). W konsekwencji powyższych ustaleń trwa proces reorganizacji następujący poprzez:

- powierzenie Spółce z dniem 2 września 2016 r. do realizacji zadania pn. „Wspieranie polskich przedsiębiorców w ekspansji eksportowej na wybranych rynkach”, polegającego na sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji pn. Zagraniczne Biura Handlowe, co odpowiada reorganizacji o której w przepisie art. 67 ust. 9 ustawy. Zadanie to było realizowane w dniu wszczęcia kontrolowanego postępowania i jest nieprzerwanie realizowane do chwili obecnej. Dodatkowo w lutym 2017 Agencja utworzyła w Kenii spółkę zależną, której celem jest także realizowanie zadań przewidzianych dla zagranicznych Biur Handlowych. Jest to nowe zadanie PAliH, polegające na wspieraniu eksportu, które w dotychczasowej działalności Agencja realizowała w znikomym zakresie, co potwierdzają kwoty środków przyznawanych PAliH na ten cel w umowach dotacyjnych wskazujące na zasadniczy, znaczący wzrost tych środków począwszy od 2016 r.
- dokonanie przez Skarb Państwa zmiany nazwy Agencji z: Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych SA na Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. co nastąpiło z dniem 02.02.2017 r. - tj. data wpisu w rejestrze przedsiębiorców KRS;
- wszczęcie procedury legislacyjnej przez Ministra Rozwoju i Finansów w zakresie uchwalenia Ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu SA (dalej Ustawa, druk 1603); projektowanie rozwiązań ustawowych trwało od końca 2016 r., a formę skonkretyzowaną przybrało w dniu 23 lutego 2017 r., jako projekt kierowany pod obrady Stałego Komitetu Rady Ministrów, obecnie ustawa została przyjęta przez Sejm i Senat, oczekuje na podpis Prezydenta;
- zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji (likwidacja komórek organizacyjnych, reorganizacja innych komórek) implikujące też zmiany kadrowe.

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

latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednich środków, w tym 71,7 mln PLN w 2019 r.

Ministerstwo Rozwoju w zastrzeżeniach przedstawiło zestawienie – w formie tabelarycznej - proporcji przychodów za lata 2017-2019 według źródeł ich pozyskania, co w ocenie Agencji uzasadni wiarygodność ich pozyskania, a w wyjaśnieniach do prezentowanych podało cyt.: „Wyjaśnienie do przyjętych założeń odnośnie wyliczeń wartości prognozowanych przychodów:

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

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

W zastrzeżeniach podkreślono, że: (...) nieuprawnione jest wywodzenie przez Prezesa UZP, iż nowe zapisy Statutu PAlIH jedynie uszczegóławiają dotychczas wykonywane zadania, co nie oznacza iż PAlIH pozostaje w procesie reorganizacji. Nie zaprzeczając, iż w części PAlIH realizuje dotychczasowe zadania, to powyżej wskazane okoliczności niezaprzeczalnie wskazują, na wielokrotne zwiększeni ich skali, skutkujące koniecznością stworzenia nowych struktur organizacyjnych i nowych zasobów. Potwierdzeniem zasadności powyższego poglądu jest m.in. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO 96/17), w którym Izba zgodziła się ze stanowiskiem, że „reorganizacja to proces ze swej istoty, z założenia raczej długofalowy, a w przypadku reorganizacji działalności, decydujące znaczenie ma wpływ dokonanych zmian na dane finansowe podmiotu, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych.” W zastrzeżeniach podkreślono, że powyższe potwierdza, iż PAlIH w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Niezależnie od powyższej argumentacji, wskazano (...), że zadania dotyczące promocji gospodarki, w tym wspierania rozwoju eksportu i inwestycji polskich za granicą oraz wspierania napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych, są niewątpliwie zadaniami znajdującymi się w domenie Państwa, co wynika z przepisu art. 9 ustawy z dnia 4 września 1997 r. o działach administracji rządowej. Zgodnie z motywem 5 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. „(...) żaden przepis w

niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecenia podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy (...).". Jak już zostało wskazane w niniejszych zastrzeżeniach, decyzją Rządu Rzeczypospolitej Polskiej zadania te zostały przeniesione z obecnie podlegających likwidacji Wydziałów Promocji Handlu i inwestycji i przekazane uchwaloną przez Parlament RP ustawą do Agencji, wraz z przeznaczeniem dotychczasowych środków przeznaczonych na realizację tych zadań (vide: Ocena Skutków Regulacji do projektu ustawy) do Agencji. Takie ukształtowanie pozycji prawnej Agencji, oraz fakt, iż w istocie zadania Państwa w tym zakresie zostały powierzone Agencji implikuje oczywisty, zdaniem zamawiającego, wniosek iż mamy w tym przypadku do czynienia z klasycznym zamówieniem in-house w rozumieniu przepisów ustawy, implementujących przepisy Dyrektywy w tym zakresie. W konkluzji stwierdzono, że: „Mając powyższe na uwadze, zdaniem Zamawiającego zostały spełnione wszystkie przesłanki udzielenia Agencji zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy”.

Odnosząc się do powyższych zastrzeżeń, Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w piśmie z dnia 3/08/2017 podniósł, co następuje cyt.:

Ad. 1). W pierwszej kolejności należy wskazać, że w piśmie z dnia 06.06.2017 r. przy którym przekazane zostało również pismo PAIiH z dnia 06.06.2017 r., Zamawiający wyjaśnił, że „przedmiotem niniejszych zamówień nie są usługi użyteczności publicznej (por. wydana w przedmiotowej sprawie opinia Departamentu Prawnego UZP z dnia 15 września 2016 r. znak: UZP/DP/O/026/463(4)/16/OS KW-6888/16).” Mając na uwadze powyższy fakt, Prezes Urzędu uwzględniając argumentację zawartą we wskazanych powyżej pismach, nie podniósł w Informacji o wyniku ww. kontroli uprzedniej, zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 2a ustawy Pzp, w ramach stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy. Powyższe uzasadnione było również przyjęciem za prawidłową, przedstawioną 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”, do którego Zamawiający odnosi się w zastrzeżeniach, nie leży u podstaw zawartego, w ww. Informacji o wyniku kontroli, naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 tej ustawy.

Stanowisko Prezesa Urzędu, na które powołuje się w zastrzeżeniach Zamawiający (opinia z dnia 15 września 2016 r. znak: UZP/DP/O/026/463(4)/16/OS KW-6888/16, stanowiąca odpowiedź na zapytanie Ministra Rozwoju z dnia 29 sierpnia 2016 r.) w pełni potwierdza tę tezę. Tym samym też - jak wskazano powyżej - u podstaw zarzutu postawionego Zamawiającemu nie leżało naruszenie art. 36a ust. 2a ustawy Pzp. Warto przy

tej okazji zauważyć, że w ww. opinii Prezesa Urzędu, znajduje się również odwołanie do stanowiska Prezesa Urzędu z dnia 23 sierpnia 2016 r. i pełne podtrzymanie stanowiska, w świetle którego „(...) w kontekście wertykalnej możliwości powierzenia przez kontrolowaną osobę prawną wykonania części zamówienia podwykonawcom winna być interpretowana w sposób ścisły i zawężający”. Nawiązując do stanowiska Prezesa Urzędu wyrażonego w opinii z dnia 23 sierpnia 2016 r. (znak: UZP/DP/O/026/463/16/OS dot. KW-6344/16) przygotowanej na wniosek Ministra Rozwoju z dnia 5 sierpnia 2016 r. warto podkreślić, że w przypadku dopuszczenia nieograniczonej możliwości pod wykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych, w sytuacji, w której instytucje zamawiające podzlecałyby podmiotowi trzeciemu wykonywanie „(...) uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tej formy współpracy. Niewątpliwie taka praktyka pozostawałaby w sprzeczności z celem wyjątkowego rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp oraz naruszałaby zasadę konkurencyjności przy zamawianiu dostaw, usług lub robót budowlanych przez podmioty sektora publicznego i podmioty przez nie kontrolowane, w skrajnych sytuacjach prowadząc do uchylania się przez nie od obowiązku udzielania zamówień w trybach otwartych. Innymi słowy, zlecenie świadczeń poza układ współpracy wertykalnej winno mieć miejsce z uwzględnieniem kategoriycznego zakazu obejścia zasady konkurencyjności i przejrzystości zamówień publicznych oraz z poszanowaniem zasady powszechności zamówień publicznych.” Powyższe, biorąc pod uwagę ustalenia kontroli Prezesa Urzędu wskazujące na określony zakres ilościowy i charakter prac stanowiących przedmiot zamówienia in-house, które miałyby zostać podzleczone do realizacji przez podmiot, któremu Zamawiający zamierza udzielić tego zamówienia, stało się podstawą zarzutu postawionego w toku kontroli Prezesa Urzędu.

Należy podkreślić, że konstrukcja stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp opiera się na wyjątkowym charakterze zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, polegającym na udzieleniu zamówienia publicznego na zasadach niekonkurencyjnych, tj. w trybie zamówienia z wolnej ręki, podmiotowi spełniającemu łączne przesłanki z art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, kontrolowanemu przez zamawiającego i zdolnemu co do zasady do jego samodzielnego wykonania. Powyższe oznacza, że również przy udzielaniu zamówień typu in-house, zamawiający mają możliwość skorzystania z ogólnej zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, zgodnie z którą wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy. Jednakże muszą pamiętać o tym, że jak każda zasada, również ta zawarta w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, doznaje ograniczeń. Dwa pierwsze z nich wynikają z kolejnych ustępów art. 36a ustawy Pzp, tj. ust 2 oraz ust. 2a, a następne ograniczenia są pochodną podstawowych zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych, takich jak zasada

uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz zasada proporcjonalności i przejrzystości jak również, tak jak ma to miejsce w przedmiotowej sprawie, wynikają ze specyficznego charakteru zamówień typu in-house. Z uwagi na brak w przedmiotowym postępowaniu zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania przez wykonawcę kluczowych części zamówienia, jak również z uwagi na fakt, iż usługi będące przedmiotem ww. postępowania nie mają charakteru usług użyteczności publicznej, dwa pierwsze ze wskazanych powyżej ograniczeń zasady określonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, nie oddziałują ani na kontrolowane postępowanie, ani na stwierdzone w nim naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 wzw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Natomiast, wpływ na ograniczenie zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie ma opisany powyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak i obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Wobec czego, możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną (wykonawcę) wykonania części zamówienia typu in-house podwykonawcom, powinna być interpretowana w sposób zawężający, tj. taki, który nie doprowadzi do wypaczenia mechanizmu udzielania tego typu zamówień w sposób z jakim mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. 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 przesłanek 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. posiada 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 przewidzianych w ustawie Pzp. Odnosząc się do kwestii oceny działań (części zamówienia) jaka ma zostać wykonana przez PAliH, zaznaczyć należy, że w dniu 09.06.2017 r. Departament Kontroli Zamówień Publicznych UZP zwrócił się z prośbą m.in. o wyjaśnienie:

- 1) które z zadań wskazanych w opisach przedmiotu zamówienia w ramach poszczególnych 9 części zamówienia będących przedmiotem kontroli mają charakter główny (a nie „kluczowy” w rozumieniu art. 36a ust. 2a ustawy Pzp), tj. świadczący o istocie udzielanego zamówienia, a które z nich mają charakter pomocniczy, oraz
- 2) czy którekolwiek z zadań przeznaczonych do realizacji przez podwykonawców w ramach ww. 9 części zamówienia należy do tzw. zadań o charakterze głównym. Przy czym w razie

udzielenia odpowiedzi twierdzącej poproszono o wskazanie tych zadań w ramach poszczególnych postępowań.

W odpowiedzi na przedmiotowe wezwanie Zamawiający w piśmie z dnia 12.06.2017 r. wskazał, że „(...) ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36a ust. 2a ustawy Pzp nie ma zastosowania w przypadku zadań planowanych do powierzenia PAIH S.A. (...) realizacja zamówienia, tj. realizacja programów promocji ma na celu działania promujące wybrane polskie specjalności eksportowe na rynkach zagranicznych, a działania przypisane poszczególnym częściom zamówienia m.in. organizacja narodowych stoisk informacyjnych podczas wskazanych targów, organizacja misji przyjazdowych dla zagranicznych dziennikarzy i kontrahentów, realizacja kampanii w Internecie mają wpływ na efekt końcowy realizowanych programów. W związku z tym, określenie zadań objętych przedmiotem zamówienia, które miałyby charakter główny jest niezmiernie trudne. W opinii zamawiającego za takie zadanie można uznać organizację narodowych stoisk informacyjno-promocyjnych na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych, które jest przewidziane w ramach każdej części zamówienia i stanowi jego niezbędny element. Przy takiej interpretacji pozostałe zadania mają charakter pomocniczy, mający na celu wzmocnienie efektu promocyjnego. Mając na względzie powyższe w ramach zadania polegającego na organizacji narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego, zgodnie z informacją przekazana do Państwa pismem z dn. 30 maja br. PAIH zamierza powierzyć podwykonawcom część tego zadania w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, pozostała część zadania określona w opisach przedmiotów zamówienia będzie realizowana przez PAIH". Powyższe wskazuje, że w trakcie prowadzonej kontroli uprzedniej, Zamawiający sam określił, które usługi mają charakter główny, wskazując na usługi organizacji narodowych stoisk informacyjno-promocyjnych na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych, przewidziane w ramach każdej części zamówienia i stanowiące jego niezbędny element. Pozostałe zadania uznał za zadania o charakterze pomocniczym. Jednocześnie, zamawiający poinformował, że część tego zadania, tj. organizację narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego, w zakresie zaprojektowania i zabudowy stoisk, zamierza w ramach każdej z 9 części zamówienia (a więc również w części nr 7) powierzyć podwykonawcom. Wobec powyższego, za sprzeczną z zacytowanym powyżej oświadczeniem oraz niemającą wpływu na wynik przedmiotowej kontroli uprzedniej, należy uznać informację zamawiającego zawartą w zastrzeżeniach, zgodnie z którą PAIH „posiada własne zasoby kadrowe, przy pomocy których wykona zasadnicze prace koncepcyjno-organizacyjne polegające na opracowaniu koncepcji głównych działań, takich jak; koncepcja stoiska narodowego i standardy jego wykonania, (...). Czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych takich jak, np.: wykonanie projektów technicznych stoisk targowych na podstawie koncepcji opracowanych przez PAIH (...). Ocena istotności działań osobiście wykonywanych przez PAIH prowadzi do wniosku, że PAIH

wykona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości." Podkreślenia również wymaga fakt, że zmiana przez Zamawiającego powyższej koncepcji na etapie zastrzeżeń dowodzi, że Zamawiający na etapie udzielania zamówienia nie rozważał tego, które z elementów przedmiotu zamówienia stanowią o jego istocie i w konsekwencji nie powinny być przedmiotem podwykonawstwa. Mając na uwadze powyższe wyjaśnienia Zamawiającego, jak również posiłkując się treścią zamieszczoną na stronie www.uzp.gov.pl oficjalnej opinii Urzędu dotyczącej zamówień typu in-house, z której wynika, że:

1) „(...) 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.”,

2) „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”,

- uznano w toku kontroli, iż w przedmiotowym postępowaniu doszło do naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Dopuszczenie nieograniczonej możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zadań, co do których zamawiający wskazał, iż mają charakter główny, świadczący o istocie udzielanego zamówienia, tj. zaprojektowanie i zabudowa narodowego stoiska informacyjno-promocyjnego w ramach jego organizacji, stanowi naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Przeznaczenie części zamówienia o charakterze głównym do realizacji przez podmiot zewnętrzny (podwykonawcę), nie zweryfikowany pod kątem spełniania warunków wynikających z treści art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z pominięciem konkurencyjnych trybów i zasad udzielenia zamówienia, przeczy bowiem istocie zamówienia in-house.

Odnosząc się do zawartego w zastrzeżeniach twierdzenia Zamawiającego na temat bezpodstawnych założeń Prezesa Urzędu, „iż wykonawca pomimo złożonej jednoznacznej i wyraźnej deklaracji co do sposobu wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur ustawy Prawo zamówień publicznych, może dopuścić się naruszenia jej przepisów”, należy podkreślić, że w żadnym miejscu Informacji o wyniku kontroli uprzedniej nie znalazło się ani powyższe twierdzenie, ani sugestia jakoby wykonawca miał się dopuścić w przyszłości naruszenia przepisów ustawy pomimo złożonej deklaracji „co do sposobu wyboru podwykonawców z zastosowaniem procedur ustawy Prawo zamówień publicznych”.

Informacja o wyniku kontroli uprzedniej w części końcowej przedmiotowego naruszenia odnoszącej się do treści Jednolitego Europejskiego Dokumentu Zamówienia w części li lit. D

(dalej: JEDZ), oraz do informacji zawartej w piśmie PAIH z dnia 29.05.2017 r., wskazujących że:

1) „Dane podwykonawców zostaną wskazane w terminie późniejszym z uwagi na konieczność przeprowadzenia procedury ich wyboru zgodnie z obowiązującymi przepisami”,

2) „(...) wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych”,

- miała na celu wykazanie, że zacytowane powyżej sformułowania nie gwarantują wyboru podwykonawców w drodze konkurencyjnego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego uregulowanego w ustawie Pzp. Tym samym, nie gwarantują one również pełnego poszanowania zasad uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości postępowania, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp. Czym innym bowiem jest zobowiązanie się przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego zamówienia, do stosowania przepisów ustawy Pzp przy wyborze podwykonawców, a czym innym jest zobowiązanie się takiego wykonawcy do wyboru podwykonawców na podstawie jednego z konkurencyjnych trybów udzielania zamówień publicznych określonych w ustawie Pzp. Pierwszy rodzaj zobowiązania oznacza jedynie, że dany podmiot zobowiązuje się stosować ustawę Pzp, a więc korzystać z wszelkich dopuszczalnych rozwiązań prawnych w danych okolicznościach sprawy, w tym również do korzystania z trybów niekonkurencyjnych udzielenia zamówienia, czy też do korzystania z wyłączeń stosowania wskazanej ustawy. Z kolei drugi rodzaj zobowiązania jest bardziej szczegółowy i nie oznacza jedynie zobowiązania się do stosowania przepisów ustawy Pzp, ale do takiego stosowania jej przepisów, które zapewni zastosowanie trybów konkurencyjnych do powierzenia podwykonawcom części uzyskanego przez wykonawcę zamówienia. Mając na uwadze powyższe rozróżnienie należy uznać, że zasygnalizowany w ww. dokumentach zamiar stosowania przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowych zamówień, przepisów ustawy Pzp w celu wyboru podwykonawców, nie może przesądzać a priori, że ww. wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w ustawie Pzp trybów konkurencyjnych. Tym samym można uznać, że mimo zastrzeżenia poczynionego w części II lit. D JEDZ, możliwa jest sytuacja, w której aż 50% zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach zamówienia in-house zostanie udzielone podmiotom nie spełniającym przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z pominięciem stosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie.

Reasumując, w zaistniałym stanie faktycznym ocena, czy w ramach złożonych deklaracji co do sposobu wyboru podwykonawców, w pełni zostało zagwarantowane zastosowanie trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie Pzp, może być dokonana dopiero po ich przeprowadzeniu przez wykonawcę wybranego w ramach danego zamówienia in-house. Próba dokonania wcześniejszej oceny - jak to sugeruje Zamawiający - byłaby

przedwczesna i jako taka obarczona ryzykiem. Podkreślić przy tym należy także, że Zamawiający nie zagwarantował sobie w kontrolowanych postępowaniach żadnych instrumentów na wypadek, gdyby wykonawca zamówienia in-house ostatecznie nie zastosował przepisów ustawy Pzp dotyczących trybów konkurencyjnych w celu wyboru podwykonawców, czy też zastosowałby ww. przepisy w sposób nieprawidłowy. Mając na uwadze powyższe, podtrzymuję stanowisko odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp wskazanego w pkt 1 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej.

Ad. 2). W odniesieniu z kolei do zastrzeżeń wniesionych wobec naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, poprzez udzielenie zamówienia wykonawcy PAliH, w trybie zamówienia z wolnej ręki, podczas gdy 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, z uwagi na fakt, że jedynie 88,16 % działalności PAliH można uznać za działalność dotyczącą wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp wskazać należy, co następuje.

Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) z dnia 29 listopada 2012 r. w sprawach połączonych Econord C-182/11 i C-183/11 Komisja przeciwko Włochom, TSUE wskazał, że „Według utrwalonego orzecznictwa «analogiczna kontrola» istnieje, gdy dana jednostka podlega kontroli pozwalającej instytucji zamawiającej na wywieranie wpływu na jej decyzje. (...). Innymi słowy instytucja zamawiająca musi być w stanie sprawować strukturalną i funkcjonalną kontrolę nad tą jednostką (...). Trybunał wymaga również, aby kontrola była skuteczna (...)”. Z zebranych dokumentów niniejszego postępowania nie wynika natomiast, aby Minister Spraw Zagranicznych sprawował jakąkolwiek kontrolę nad Polską Agencją Informacji i Inwestycji Zagranicznych (dalej: „PANIZ”), tj. obecnie PAliH, a tym bardziej realną kontrolę o ścisłym charakterze, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami ww. spółki. Wobec powyższego zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych na podstawie umowy z dnia 16 października 2015 r. stanowiące 2,31% w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliH w odniesieniu do usług, dostaw, lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie przedmiotowego zamówienia, nie mogą zostać uznane za zadania powierzone PAliH przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp. Jeszcze raz podkreślić należy, że zgodnie z opinią Departamentu Prawnego UZP z dnia 23.05.2017 r. cytowaną w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej postępowania „(...) w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a) - bierze się pod uwagę średni

przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucje zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu, zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. (...) 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.” Powyższe potwierdza po pierwsze postawioną powyżej tezę, zgodnie z którą w celu wyliczenia procentu działalności o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, nie można doliczyć zadań „finansowanych przez Ministra Spraw Zagranicznych na podstawie umowy z dnia 16 października 2015 r.”, z uwagi na brak posiadania przez Ministra Spraw Zagranicznych w niniejszym stanie faktycznym przymiotu zamawiającego sprawującego kontrolę nad PANH. Po drugie, nie można zgodzić się z przedstawioną przez Zamawiającego w zastrzeżeniach opinią, zgodnie z którą „(...) przedmiot umowy zawartej przez Agencję z Ministrem Spraw Zagranicznych, tj. organizacja wizyt studyjnych o charakterze polityczno-informacyjnym, [powoduje - dop. wł.] iż jej realizacja jest działaniem w sposób oczywisty komplementarnym z działaniami statutowymi PAliH powierzonymi przez Ministra sprawującego kontrolę nad Agencją. Organizowane przez PAliH na rzecz MSZ wizyty studyjne mają na celu prezentację gościom z zagranicy (...) dorobku gospodarczego, kulturalnego i społeczno-politycznego Polski, jako forma promocji Polski w świecie. Powyższe zadania stanowią jednocześnie zadania statutowe PAliH, co potwierdza w szczególności zapis § 3 Statutu Agencji nadany przez Ministra Rozwoju i Finansów.” Jak wskazano powyżej, działania podejmowane przez spółkę dotyczące sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale realizowane na rzecz innego ministra niż minister sprawujący kontrolę, nie mogą wchodzić w zakres wymaganych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp ponad 90% działalności. Do tego rodzaju działalności nie mogą być bowiem zaliczone zadania zlecone przez inny niż wskazany w art. 67 ust, 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp podmiot, który zleca w ramach umowy zawartej z osobą prawną wykonanie zadań, które mieszczą się w zakresie jej działalności statutowej. W tym kontekście umowa zawarta przez PAliH z Ministrem Spraw Zagranicznych obejmująca

realizację „działań w sposób oczywisty komplementarnych z działaniami statutowymi PAliH powierzonymi przez Ministra sprawującego kontrolę nad Agencją” nie sankcjonuje automatycznego uznania ich za działania powierzone ww. wykonawcy przez podmiot sprawujący nad nim kontrolę. Taką umowę traktować należy jako umowę zawartą z tzw. podmiotem trzecim. W wyroku TSUE z dnia 8 grudnia 2016 r. w sprawie C-553/15 Undis Servizi, pkt 34-i 37 Trybunał podkreślił „(...) że każda działalność podmiotu, któremu udzielono zamówienia, a która jest przeznaczona dla osób innych niż jego wspólnicy, to znaczy dla osób, które nie pozostają w żadnym stosunku kontroli z tym podmiotem, nawet gdy osoby te są organami administracji publicznej, powinna zostać uznana za wykonywaną na rzecz osób trzecich. (...) W braku jakiegokolwiek kontroli sprawowanej przez (...) organ administracji publicznej zlecona przez niego działalność (...) powinna zostać uznana za działalność wykonywaną na rzecz osób trzecich”. Ponadto, zgodnie z przytoczonym w zastrzeżeniach przez Zamawiającego orzeczeniem TSUE z dnia 11 maja 2016 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo, pkt. 69 i 72 „(...) podmiot odrębny pod względem prawnym musi wykonywać przeważającą część swojej działalności na rzecz «kontrolującej go jednostki lub jednostek»(...)” jednakże do obliczenia wymaganego procentu działalności “(...) należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez to przedsiębiorstwo, na podstawie zamówienia udzielonego mu przez instytucję zamawiającą niezależnie od tego, kto płaci wynagrodzenie za wykonanie tej działalności - sama instytucja zamawiająca, czy też beneficjenci świadczonych usług — oraz bez względu na obszar, na którym działalność ta jest wykonywana”. Tak więc, przez „powierzenie zadań”, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, rozumieć należy zlecenie konkretnych działań (zadań) w ramach zamówienia publicznego (odpłatnej umowy zawieranej pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, której przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane) przez konkretnego zamawiającego sprawującego kontrolę nad tą osobą prawną, a nie umowę cywilnoprawną zawartą z podmiotem trzecim, czy też ogólnie określony w Statucie przedmiot działalności albo ustawowo wskazany zakres zadań jakie osoba prawna ma prawo realizować w ramach swojej działalności. Przedstawione powyżej argumenty, wynikające z orzecznictwa TSUE, wskazują również na brak podstaw umożliwiających uznanie za prawidłowe zawartego w zastrzeżeniach twierdzenia Zamawiającego, zgodnie z którym „(...) podmiotem Zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa. Zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej PAliH w imieniu Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy”. Jak było to już podkreślane w Informacji o wyniku kontroli uprzedniej „(...) Posiadanie przez Skarb Państwa osobowości prawnej nie oznacza jeszcze, że jest on samodzielnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. (...). Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, z

wszystkimi konsekwencjami w zakresie odpowiedzialności za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. (...). Jeżeli zakres kontroli Ministra Rozwoju i Finansów nad osobą prawną, odpowiada kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, i polega na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej, oznacza to, że spełniona została przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp pozwalająca na udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Możliwość udzielenia takiego zamówienia tej osobie prawnej przez innego reprezentanta Skarbu Państwa (staciones fisci) będzie możliwe tylko jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycję z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp." Odnosząc się do dokonanej przez Zamawiającego w zastrzeżeniach analizy użytego w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp słowa „dotyczy” zawartego w sformułowaniu „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”, wskazać należy, iż nie zasługuje ona na aprobatę. Stanowi ona bowiem nadinterpretację ww. przepisu. W kontekście przywołanego powyżej orzeczenia TSUE wydanego w sprawie C-340/04, przyjęć należy, że użyte w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp 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. W żadnym wypadku słowo „dotyczy” zawarte w treści ww. przepisu nie ma na celu rozszerzenia zakresu zadań powierzonych kontrolowanej osobie prawnej na działania podmiotów trzecich, jedynie z uwagi na fakt, iż ich przedmiot jest objęty zakresem działalności kontrolowanej osoby prawnej. Zakładając więc, że przedstawione przez Zamawiającego dane stanowiące podstawę obliczenia wymaganego procentu działalności są poprawne, stwierdzić należy, że średni przychód, osiągnięty przez PAliH za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, z realizacji zadań powierzonych przez zamawiającego sprawującego nad nią kontrolę wynosi 88,16% a tym samym, nie został osiągnięty wymagany przez art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, próg ponad 90% działalności. Ponadto, na uwagę zasługuje fakt, że w przekazanych zastrzeżeniach Zamawiający stwierdził, że „(...) Agencja w dniu wszczęcia przedmiotowego postępowania spełniała przesłankę z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy w związku z ust. 8 tego artykułu”, jak również „(...) w dniu wszczęcia postępowania PAliH spełniała także przesłankę określoną w art. 67 ust. 9 ustawy” (por. str. 5 zastrzeżeń). Odnosząc się do powyższych twierdzeń Zamawiającego, wskazać należy, iż obie ww. przesłanki są względem siebie rozłączne. W związku z czym, zaistnienie przesłanki z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, wyklucza możliwość zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 9 tej ustawy i na odwrót. Tym samym, twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie uznać należy za nielogiczne i wewnątrznie ze sobą sprzeczne. Wykładnia językowa ww. przepisów wskazuje na pierwszeństwo zastosowania art. 67 ust. 8 ustawy Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy, a jedynie w sytuacji, gdy ze względów

wskazanych w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, dane obliczone zgodnie z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp 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 przesłanki z art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, co oznacza, że podstawą udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, nie była kwestia związana z reorganizacją działalności (art. 67 ust. 9 ustawy Pzp), a podstawowa zasada obliczania średniego przychodu osiągniętego przez osobę prawną lub zamawiającego za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 67 ust. 8 ustawy Pzp).

Odnosząc się jednak do zawartych w zastrzeżeniach argumentów Zamawiającego dotyczących treści art. 67 ust. 9 ustawy Pzp wskazać należy, co następuje. Zgodnie z istniejącym w tym zakresie najnowszym orzecznictwem Krajowej izby Odwoławczej (dalej: KIO), zgodzić należy się z Zamawiającym, że użytemu w ww. przepisie pojęciu „reorganizacja działalności”, powinno zostać nadane szerokie znaczenie. W wyroku z dnia 7 lutego 2017 r. (sygn. akt KIO 96/17), KIO uznała, że, (...) jednym ze sposobów reorganizacji jest zmiana zakresu działalności, na co wskazuje także Odwołujący powołując się na interpretację tego pojęcia przedstawioną przez podsekretarza stanu w Ministerstwie Rozwoju w odpowiedzi na Interpelację nr 6264. Zgodnie z wyrażonym w tej odpowiedzi stanowiskiem, za reorganizację w rozumieniu przepisów Pzp, należy uznać m.in obok przekształcenia podmiotowego jednostki, czy reorganizacji struktury właścicielskiej, także zmianę zakresu działalności przedsiębiorstwa." Jednakże, aby móc powoływać się na „reorganizację” w celu zastosowania rozwiązania zawartego w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, musi ona faktycznie zaistnieć przed dniem wszczęcia danego postępowania. Tylko w takim przypadku, zasadne jest twierdzenie, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. Jedną z zasad rządzących udzielaniem zamówień publicznych jest zasada, zgodnie z którą ocena spełniania przesłanek uprawniających do zastosowania niekonkurencyjnego trybu udzielenia zamówienia, a więc również zamówienia z wolnej ręki, następuje na dzień wszczęcia danego postępowania. W związku z powyższym, okoliczności wskazane przez Zamawiającego w zastrzeżeniach, polegające m.in. na: 1) sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji (zadanie realizowane w dniu wszczęcia postępowania i nieprzerwanie realizowane do chwili obecnej), 2) zmianie nazwy Agencji z PAliZ na PAI i H w dniu 02.02.2017 r.

3) wszczęciu procedury legislacyjnej w zakresie uchwalenia Ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAliH (druk 1603), obecnie oczekującej na podpis Prezydenta RP.

4) zmianach w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji, itp.

- nie świadczą jeszcze o reorganizacji PAliH, z którą mieliśmy do czynienia na moment wszczęcia przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co

ewentualnie uprawniałoby do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności PAliH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych. Doprowadzenie do końca wskazanego przez Zamawiającego procesu legislacyjnego, wejście w życie procedowanej ustawy, oraz przeprowadzenie procesu reorganizacji PAliH w przyszłości mogłoby stanowić podstawę do ewentualnego rozważenia możliwości zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp do udzielenia przyszłego zamówienia publicznego. Powyższe stanowisko, znajduje swoje potwierdzenie w cytowanym powyżej wyroku KIO, którego fragment Zamawiający przywołał w zastrzeżeniach, a z którego wynika, że „reorganizacja to proces ze swej istoty (...) raczej długofalowy, a w przypadku reorganizacji działalności, decydujące znaczenie ma wpływ dokonanych zmian na dane finansowe podmiotu, w tym na zmianę struktury przepływów finansowych”. Powyższe rozważania mają jednak jedynie charakter marginalny i nie mający znaczenia dla zarzutu postawionego w wyniku kontroli Prezesa Urzędu. Jak wskazano powyżej, Zamawiający udzielając przedmiotowego zamówienia, przyjął jako podstawę udzielenia zamówienia ustalenie procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej według zasady określonej w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp”. W związku z powyższym, Prezes Urzędu uznał, że Zamawiający nie wykazał, że w przypadku wykonawcy PAliH spełnione zostały wymagania co do ziszczenia się przesłanki określonej w art. 67 ust. 8 ustawy Pzp (co zostało wykazane powyżej). Tym samym, podtrzymał stanowisko odnośnie naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, wskazanego w pkt 2 Informacji o wyniku kontroli uprzedniej. Na marginesie, odnosząc się do uwagi dotyczącej motywu 5 Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. 2014/24/UE, pragnę podkreślić, że polski ustawodawca zdecydował o wdrożeniu do polskiego porządku prawnego ww. Dyrektywy w zakresie zamówień in-house w sposób wynikający z art. 67 ust. 1 pkt 12-15 ustawy Pzp, tj. poprzez umożliwienie udzielania tego rodzaju zamówień w trybie zamówienia z wolnej ręki. Tak więc, możliwość bezprzetargowego udzielania zamówień in-house została zapewniona nie przez wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp w ogóle, ale przez możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, pod warunkiem spełnienia przesłanek uprawniających zamawiającego do zastosowania tego trybu. W związku z nieuwzględnieniem zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej, zgodnie z treścią art. 171a w zw. z art. 167 ust. 2 ustawy Pzp, przekazał zastrzeżenia do zaopiniowania przez Krajową izbę Odwoławczą.

Zamawiający, pismem z dnia 10 sierpnia 2017 r. skierowanym do Prezesa Krajowej Izby Odwoławczej, w związku z nieuwzględnieniem przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zastrzeżeń wniesionych w trybie art. 171a ustawy Pzp przez Ministerstwo Rozwoju, do wyników kontroli uprzedniej zamówienia współfinansowanego ze środków Unii

Europejskiej, którego przedmiotem jest realizacja branżowych programów promocji oraz promocja polskiej gospodarki na rynkach perspektywicznych oraz mając na uwadze dodatkowe uzasadnienie prawne wyrażone przez Prezesa Urzędu odnoszące się do podjętych w toku kontroli przedmiotowego zamówienia ustaleń, Ministerstwo Rozwoju, wskazało na następujące okoliczności:

Odnosnie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, zdaniem zamawiającego, zarzut podniesiony jest błędny i nieuprawniony w okolicznościach przedmiotowego postępowania. Oba przepisy, których naruszenie Prezes Urzędu zarzuca, nie odnoszą się w żadnej mierze do możliwości i zakresu ewentualnego podwykonawstwa w ramach zamówień *in-house*. Przepis art. 7 ust. 1 ustawy określa zasady prowadzenia postępowania, które konkretyzowane są w materialnych przepisach ustawy. Zdaniem zamawiającego, skuteczne postawienie zarzutu naruszenia zasady wyrażonej w art. 7 ust. 1 nie może abstrahować od wykazania naruszenia przez zamawiającego odnośnego przepisu materialnego konkretyzującego obowiązki zamawiającego (pośrednio również wykonawcy) w zakresie ograniczenia korzystania z usług podwykonawców w realizacji zamówienia *in-house*, co potwierdza m.in. wyrok KIO 96/17. Dalej podał, że tak jak przywoływaną przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zasadą w prowadzonych postępowaniach o udzielenie zamówienia jest zasada proporcjonalności i zachowania uczciwej konkurencji, tak jednym z podstawowych praw wykonawców jest prawo do korzystania w trakcie realizacji zamówienia z usług podwykonawców. Zasady i prawa wyrażone w odnośnych przepisach muszą być zatem interpretowane komplementarnie. Co istotne, ustawa nie wyłączyła w odniesieniu do zamówień *in-house* podstawowego prawa wykonawcy do powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy. Z uwagi jednak na szczególny, niekonkurencyjny tryb postępowania o udzielenie zamówienia publicznego *in-house*, ustawowo prawo to zostało wykonawcy ograniczone. Ograniczenia te zostały wyrażone *expressis verbis* treścią przepisów art. 36a ust. 2 i 2a ustawy Pzp. Wbrew stanowisku prezentowanemu przez Prezesa Urzędu, katalog ograniczeń możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcom, niezależnie od tego czy mamy do czynienia z zamówieniem udzielanym w trybie z wolnej ręki, czy w jakimkolwiek innym trybie określonym ustawą, jest katalogiem zamkniętym na gruncie przepisów prawa. Zasada legalizmu i pewności prawa nakazuje, aby dokonywać wykładni norm prawnych w pierwszym rzędzie w oparciu o reguły wykładni językowej, na co jednoznacznie wskazał Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 20 czerwca 2000 r. - sygn. I KZP 16/00 stwierdzając m.in.: „Pierwszeństwo językowych reguł wykładni jest wręcz podstawowym warunkiem funkcjonowania prawa w państwie prawnym”. Zdaniem zamawiającego nie jest uprawniona dokonana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wykładnia ograniczenia możliwości zlecenia części zamówienia podwykonawcom w zupełności pomijająca treść

obowiązujących w tym zakresie przepisów prawa. Taka wykładnia jest wprost wykładnią *contra legem* i stanowi naruszenie prawa materialnego. To przepis art. 36a ust. 2a ustawy limituje możliwość korzystania z podwykonawstwa w ramach zamówień *in-house* z jednej strony, z drugiej zaś samoistnie określa dopuszczalne granice zlecenia części zamówienia podwykonawcom w ramach tej kategorii zamówień. Za taką wykładnią normy prawnej wyrażonej powyższym przepisem przemawia również fakt wprowadzenia go do ustawy w sposób skorelowany z implementacją przepisów dotyczących zamówień *in-house* (w ramach grupy przepisów regulujących w sposób kompleksowy zamówienia *in-house*, wchodzących w życie w tej samej dacie, tj. z dniem 1 stycznia 2017 r.). Dalej wskazał na argumentację Prezesa Urzędu, że „Z uwagi na brak w przedmiotowym postępowaniu zastrzeżenia przez Zamawiającego obowiązku osobistego wykonania kluczowych części zamówienia, jak również z uwagi na fakt, iż usługi będące przedmiotem ww. postępowania nie mają charakteru usług użyteczności publicznej, dwa pierwsze ze wskazanych powyżej ograniczeń zasady określonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp, nie oddziałują ani na kontrolowane postępowanie, ani na stwierdzone w nim naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.(...)”. Jednocześnie, wychodząc poza dyspozycję przepisów dotyczących ograniczenia podwykonawstwa w ramach zamówień *in-house*, poprzestał na stwierdzeniu, że „wyływ na ograniczenie zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 ustawy Pzp w przedmiotowej sprawie ma opisany wyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, jak i obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 ustawy Pzp.”. W ocenie zamawiającego, przedmiotowa argumentacja Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, poza wskazaną już wykładnią *contra legem*, dotknięta jest błędem logicznym. Jeśli bowiem Prezes Urzędu uznał, iż dyspozycja normy prawnej przepisu art. 36a ust. 2a ustawy nie odnosiła się do niniejszego postępowania, bo zamówienie nie dotyczy świadczenia usług o charakterze publicznym i tym samym zamawiający nie naruszył przepisu ustawy określającego ramy dopuszczalnego podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house* w oparciu o normę tego przepisu, to należy zadać pytanie, w oparciu o jaki przepis prawa dotyczący *expressis verbis* dopuszczalnego zakresu podwykonawstwa lub jego ograniczenia w ramach przedmiotowego postępowania Prezes Urzędu Zamówień Publicznych poczynił ustalenia w przedmiocie naruszenia zakresu zlecanego podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house*? W oparciu o który przepis prawa w toku prowadzonej kontroli Prezes Urzędu badał zakres zlecanego podwykonawstwa w celu ustalenia czy wykonawca wykona samodzielnie kluczowe części zamówienia? Zdaniem zamawiającego, wyłączną podstawą normatywną tego badania jest przepis art. 36a ust. 2a ustawy P.z.p. Zamawiający wskazał, iż przepis art. 36a ust. 2a jest skierowany do wykonawcy zamówienia *in-house*, a jedynie pośrednio do zamawiającego, który powinien zapewnić, aby na etapie realizacji umowy o zamówienie publiczne wykonawca

wykonywał kluczowe części zamówienia samodzielnie. Podstawą tą mógłby być ewentualnie przepis art. 36a ust. 2 ustawy, który jest przepisem fakultatywnym dla zamawiającego i nie został zastosowany w tym postępowaniu, albowiem zamawiający uznał, iż dopuszczalny zakres podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house* jest określony wprost normą art. 36a ust. 2a ustawy. Zamawiający analizując możliwości udzielenia zamówienia *in-house* kontrolowanej osobie prawnej, w stosunku do której wykonuje uprawnienia właścicielskie (100% akcji należy do Skarbu Państwa) dochował należytej staranności w celu zbadania wszystkich przesłanek które warunkują możliwość udzielenia zamówienia *in-house* spółce zależnej. W szczególności również wystąpił do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z jednoznacznym zapytaniem, jak w kontekście zamiaru powierzenia PAliz S.A., zamówienia w trybie *in-house* należy interpretować ograniczenie podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house*, o którym mowa w art. 36a ust. 2a ustawy? Zamawiający otrzymał stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, powoływane na etapie składania zastrzeżeń do ustaleń kontroli uprzedniej, w którym Prezes Urzędu Zamówień Publicznych stwierdził jednoznacznie, iż „nie wynika, aby zadaniom które mają zostać powierzone przez Ministra Rozwoju do wykonania PAUZ (obecnie PAlizH) w ramach realizacji projektu pn. „Promocja gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe - Marka Polskiej Gospodarki - Brand” można było przypisać ww. cechy usług o charakterze użyteczności publicznej. Istotnie zatem wydaje się, iż do realizacji ww. zadań nie znajdzie zastosowania ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36a ust. 2a ustawy”. Wobec dokonanej przez zamawiającego prawidłowej wykładni przepisów ustawy odnoszących się do ograniczenia podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house*, potwierdzonej opinią Urzędu Zamówień Publicznych, zamawiający zdecydował się na wszczęcie postępowania w trybie zamówienia z wolnej ręki w ramach zamówienia *in-house*. Stanowisko Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyrażone w ustaleniach kontroli, z którego wynika, iż podstawą normatywną dla badania przesłanki zakresu zlecanego podwykonawstwa w ramach przedmiotowego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest - w braku możliwości zastosowania art. 36a ust. 2a ustawy - samoistnie przepis art. 7 ust. 1 ustawy, wyrażający ogólne zasady udzielania zamówień publicznych w sposób proporcjonalny i przejrzysty, czyni nieuzasadniony prawnie precedens, w którym to w przypadku uznania, iż dany charakter zamówienia nie mieści się w dyspozycji przepisu art. 36a ust. 2a ustawy, zamawiający ma obowiązek badać zakres ewentualnie zlecanego podwykonawstwa w ramach zamówienia *in-house* w oparciu o ogólne zasady, z pominięciem odnośnych regulacji dotyczących ograniczeń w zakresie korzystania z podwykonawstwa w ramach postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Zobowiązuje zamawiającego do dokonywania wykładni z pominięciem, a przedmiotowym postępowaniu nawet wbrew, jednoznacznym i nie budzącym wątpliwości interpretacyjnych przepisom ustawy. Takie podejście jest nie do pogodzenia z podstawową zasadą pewności prawa oraz zasadą

racjonalnego ustawodawcy. Skoro bowiem ustawodawca zdecydował się uregulować ograniczenie podwykonawstwa w ramach *in-house* (w grupie przepisów kompleksowo regulujących kwestię zasad korzystania z podwykonawstwa w zamówieniach publicznych), to oznacza, iż normę tą należy dekodować w ramach tych konkretnych przepisów prawa. Niezależnie od powyższej oceny prawnej, wobec podnoszonych przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rzekomych niekonsekwencji w wykazywaniu przez zamawiającego, które z elementów zamówienia mają charakter główny i zostaną wykonane samodzielnie przez wykonawcę, zamawiający ponownie wyjaśnił błędnie zinterpretowane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych wyjaśnienia zamawiającego w przedmiocie głównych części zamówienia, które wykonawca zobowiązał się wykonać samodzielnie. Precyzując składane w tym zakresie kilkakrotnie wyjaśnienia, zamawiający poinformował, że pomimo braku naruszenia przez zamawiającego normy art. 36a ust. 2a ustawy, co potwierdził Prezes Urzędu Zamówień Publicznych w stanowisku do zastrzeżeń zamawiającego w przedmiocie ustaleń kontroli uprzedniej, w przedmiotowym zamówieniu główne części zamówienia wykonawca wykona samodzielnie. Zamawiający kilkakrotnie w prowadzonej z Prezesem Urzędu Zamówień Publicznych korespondencji wskazywał na brak podstaw prawnych wskazywania kluczowych części zamówienia, powołując się również na wspomnianą wyżej opinię Prezesa UZP w zakresie braku ograniczenia podwykonawstwa w przedmiotowym zamówieniu. Dodatkowo wyjaśnił, iż zapytanie wskazane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych do zamawiającego, przekazane pismem z dn. 09.06.2017 r., brzmiało następująco: Proszę o wyjaśnienie, które z zadań wskazanych w opisach przedmiotu zamówienia w ramach poszczególnych 9 zamówień będących przedmiotem kontroli mają charakter główny tj. świadczący o istocie udzielanego zamówienia, a które z nich mają charakter pomocniczy. Formuła pytania w opinii zamawiającego świadczyła jednoznacznie o konieczności wskazania przez zamawiającego zadań głównych i zadań pomocniczych w przedmiotowym zamówieniu (nie będących „kluczowymi” w rozumieniu art. 36a ust. 2a ustawy P.z.p). W odpowiedzi na zapytanie zamawiający wyjaśnił i nadal podtrzymuje swoje stanowisko, iż wskazywanie zadań głównych w przedmiotowym zamówieniu jest niezmiernie trudne ze względu na złożony charakter zamówienia oraz wpływ wszystkich działań realizowanych w ramach każdej z 9 części zamówienia na efekt końcowy realizowanych programów, a tym samym efekt końcowy projektu i osiągnięcie zakładanych rezultatów. Zamawiający wskazując, iż za takie działanie można uznać organizację narodowych stoisk informacyjno-promocyjnych na wskazanych imprezach targowo-wystawienniczych, sugerował się prośbą Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, co do konieczności wskazania takich działań, co nie świadczyło o wskazaniu działania jako głównego pod kątem jego znaczenia i istotności dla całego zamówienia. Zamawiający stwierdził, że nie definiuje tego zadania jako kluczowego w kontekście realizacji całego zamówienia. Stwierdził, że należy mieć na względzie, iż realizacja programów promocji

stanowi jedno z działań w ramach projektu pn. „Promocja gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe - Marka Polskiej Gospodarki - Brand”, Poddziałanie 3.3.2 PO IR, jak również stanowi wskaźnik efektywności projektu. Każdy z opracowanych programów promocji dla 9 branż stanowi jedną całość i tylko zrealizowany w całości przyczyni się do osiągnięcia zakładanego efektu. Oznacza to, że w przedmiotowym zamówieniu wartościowanie istoty jego poszczególnych elementów nie jest możliwe, ponieważ wszystkie mają wpływ na efektywność realizowanych programów i ich wpływ na osiągnięcie celu projektu. Mając na względzie powyższe zamawiający podtrzymał swoje stanowisko przekazane do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych dn. 19 lipca br., iż przedmiotem analizy winien być rodzaj czynności wykonywanych osobiście przez wykonawcę oraz sposób organizacji jego wykonania, a nie ich wartość. Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A. (zwana dalej PAIH lub Agencja) posiada własne zasoby kadrowe, przy pomocy których wykona zasadnicze prace koncepcyjno-organizacyjne polegające na realizacji w całości każdego z 9 branżowych programów promocji. Działania obejmą m.in. opracowanie koncepcji głównych działań takich jak: koncepcja stoiska narodowego i standardy jego wykonania, koncepcja folderu promocyjnego, koncepcja filmu promocyjnego (pomysł, długość, wymogi techniczne), koncepcja działań kreatywnych, strategia działań promocyjnych w Internecie (plany kampanii), pomysł gadżetów i ich dystrybucja podczas działań promocyjnych, scenariusze i obsługa wizyt studyjnych, organizacji i obsługi konferencji promocyjnych, obsługa przedsiębiorców z poszczególnych branż. Powyższy charakter działań wskazuje, iż PAIH wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy, a przede wszystkim będzie odpowiedzialny za realizację programów jako całości. W działaniach promocyjnych/reklamowych, z uwagi na brak mierzalnych parametrów, najistotniejsze są pomysły i koncepcje oraz umiejętności organizacji całego procesu. Wykonawstwo zaś tych działań sprowadza się do czynności pomocniczych, technicznych i ma charakter uboczny. PAIH będzie też sam dokonywała zakupu/wynajmu powierzchni wystawienniczych na targach. Czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych takich jak np.: wykonanie projektów technicznych stoisk targowych na podstawie koncepcji opracowanych przez PAIH, wykonanie zabudowy, udostępnienie czasu emisyjnego przez portale, produkcja gadżetów, rezerwacja hoteli, zakup biletów na środki transportu, produkcja filmowa, druk folderów. Ocena istotności działań samodzielnie wykonywanych przez PAIH prowadzi do wniosku, że PAIH wykona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości, a czynności techniczne niezbędne do wykonania przedmiotu umowy są na tyle różnorodne, że stają się niemożliwe do wykonania przez jeden podmiot.

Odnośnie naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp podniesiono, że niezależnie od kwestionowania przez Zamawiającego stanowiska Prezesa

Urzędu Zamówień Publicznych odnośnie powyższego naruszenia (w tym zakresie zamawiający podtrzymuje argumentację i stanowisko zawarte w zastrzeżeniach do wyniku kontroli), zamawiający podkreśla, iż nawet przy przyjęciu hipotetycznego założenia, iż zamawiający w toku postępowania nie wykazał spełniania przez wykonawcę przesłanki określonej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy P.z.p., tj. że 90% działalności wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego, ustalonej w sposób określony w art. 67 ust. 8 ustawy, to podkreślić należy, że w toku wyjaśnień składanych Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych w trakcie kontroli - pisma z dnia 26 czerwca i 7 lipca br., Zamawiający wskazał, iż w trakcie postępowania uwzględniał także okoliczności (znane mu urzędowo, z uwagi na sprawowanie kontroli nad wykonawcą) dotyczące reorganizacji działalności wykonawcy, objęte dyspozycją przepisu art. 67 ust. 9 ustawy. Wiedza własna Ministra Rozwoju i Finansów oraz wyjaśnienia i informacje przedłożone przez wykonawcę, potwierdzają możliwość zastosowania przepisu art. 67 ust. 9 ustawy dla ustalenia, że 90% działalności wykonawcy dotyczy wykonywania zadań powierzonych przez zamawiającego. W ocenie zamawiającego, zmiana w toku trwającego, niezakończono jeszcze postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, przepisu powiązanego (instrukcyjnego dla sposobu wyliczenia proporcji procentowej segmentów działalności wykonawcy) z przepisem stanowiącym podstawę zastosowania trybu zamówienia *in-house* nie stanowi zmiany podstawy prawnej i uzasadnienia wyboru trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki. Podstawą prawną prowadzonego postępowania jest przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy, zaś przepisy art. 67 ust. 8 lub art. 67 ust. 9 ustawy są przepisami stosowanymi w związku z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy. Zdaniem zamawiającego, zmiana w toku postępowania jedynie przepisu powiązanego z przepisem stanowiącym podstawę prawną trybu postępowania, określającym jedynie zasadę liczenia % działalności wykonawcy wykonywanej na rzecz zamawiającego, jeśli przesłanki wskazane w tym przepisie istniały w chwili wszczęcia postępowania, a nawet zmaterializowały się w toku postępowania, przed jego ostatecznym rozstrzygnięciem w postaci udzielenia zamówienia publicznego, nie stanowi naruszenia przepisów postępowania uniemożliwiającego zawarcie ważnej umowy. Taka zmiana w ocenie zamawiającego nie jest też wewnętrznie sprzeczna i nielogiczna. Wykazany przez wykonawcę % działalności wykonywanej na rzecz zamawiającego w okresie 3 lat poprzedzających udzielenie zamówienia jest wiarygodny, jak również wiarygodny jest wskazany % tej działalności ustalony na podstawie prognoz handlowych. Skorzystanie z przesłanki wiarygodnych prognoz handlowych wskazanych w dyspozycji art. 67 ust. 9 ustawy P.z.p., która to przesłanka wobec jej ziszczenia się w toku postępowania, możliwa była do zastosowania w postępowaniu, niezależnie od wskazanej na dzień wszczęcia postępowania przesłanki z art. 67 ust. 8 ustawy, nie może być kwalifikowane jako naruszenie przepisów ustawy uniemożliwiający zawarcie ważnej umowy. Przyjęcie odmiennego poglądu, przy założeniu, że

wg aktualnego stanu faktycznego i prawnego możliwe i obiektywnie uzasadnione jest oparcie się na wiarygodnych prognozach handlowych wobec przeprowadzonej reorganizacji PAlIH SA, czyniącej nieadekwatnym odwoływanie się do danych historycznych dotyczących struktury przychodów z działalności Spółki, zgodnie z przepisem art. 67 ust. 8 ustawy, prowadziłyby do konieczności powtórzenia przez zamawiającego postępowania w oparciu o tą samą podstawę prawną, *de facto* na tych samych zasadach, tylko z formalną zmianą, polegającą na wskazaniu jednego, innego przepisu powiązanego, co wydaje się przeczyć zasadzie racjonalności postępowania. Jak wynika z końcowych fragmentów stanowiska Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, Prezes UZP nie wyklucza możliwości zastosowania normy art. 67 ust. 9 ustawy wobec wykonawcy.

Krajowa Izba Odwoławcza uznała, że zastrzeżenia zasługują na uwzględnienie.

Na wstępie Izba zwraca uwagę, że wyrażana w formie uchwały opinia, zgodnie z art. 167 ust. 3 ustawy Pzp, ma na celu ze swej istotny przedstawienie poglądu Izby, z jednej strony co do ustaleń faktycznych i oceny prawnej Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych [Prezes Urzędu lub Kontrolujący] stwierdzonych w toku kontroli naruszeń, z drugiej zaś, co do argumentacji zamawiającego, który uprawniony jest - na podstawie art. 167 ust.1 ustawy Pzp – do przedstawienia zastrzeżeń, w których kwestionuje ustalenia, co do naruszeń w ich warstwie faktycznej i/lub prawnej, wskazanych w Informacji o wyniku kontroli.

Izba mając na uwadze ustalenia faktyczne i prawne w niniejszej sprawie nie podzieliła stanowiska Prezesa Urzędu, że udzielenie zamówienia: „*Realizacja branżowego programu promocji branży biotechnologicznej i farmaceutycznej*” (BDG-V-2611.11.2017.MP) – część 7 projektu pn. „*Realizacja branżowych programów promocji oraz promocja polskiej gospodarki na rynkach perspektywicznych*”, na rzecz Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu, na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp - w trybie zamówienia z wolnej ręki (in-house) – stanowiłoby naruszenie wskazanego przepisu.

W pierwszej kolejności Izba stwierdza, że w zawiadomieniu z dnia 27/02/2017 r. skierowanym przez Ministerstwo Rozwoju [zamawiający] do Prezesa Urzędu na podstawie art. 67 ust.2 ustawy Pzp w jego punkcie I podano cyt.: (...) *zawiadamiam o wszczęciu w trybie zamówienia z wolnej ręki w dniu 24 lutego 2017 r. następujących postępowań:*

- 1) *Realizacja branżowego programów promocji branży meblarskiej (nr sprawy BDG-V.2611.2.2017.KB),*
- 2) *Realizacja branżowego programów promocji branży sprzętu medycznego (nr sprawy BDG-V.2611.9.2017.IM),*

- 3) *Realizacja branżowego programów promocji branży maszyn i urządzeń (nr sprawy BDG- V.2611.13.2017.PC),*
- 4) *Realizacja branżowego programów promocji branży jachtów i łodzi (nr sprawy BDG-V.2611.7.2017.KR),*
- 5) *Realizacja branżowego programów promocji branży budowy i wykańczania budowli (nr sprawy BDG-V.2611.10.2017.GK),*
- 6) *Realizacja branżowego programów promocji branży części samochodowych i lotniczych (nr sprawy BDG-V.2611.3.2017.KB),*
- 7) *Realizacja branżowego programów promocji branży biotechnologicznej i farmaceutycznej (nr sprawy BDG-V.2611.11.2017.MP),*
- 8) *Realizacja branżowego programów promocji branży Moda Polska (nr sprawy BDG- V.2611.6.2017.MR),*
- 9) *Realizacja branżowego programów promocji branży kosmetycznej (nr sprawy BDG-V.2611.5.2017.AD)”.*

W/w postępowania dotyczą zamówienia udzielanego w częściach, którego przedmiotem jest realizacja 9 branżowych programów promocji polskiej gospodarki oraz promocja polskich marek na 5 wybranych rynkach perspektywicznych. Zamówienie zostało podzielone na 14 części. Udzielenie zamówienia każdej z części odbywać się będzie każdorazowo w procedurze unijnej, z uwagi na szacunkową wartość poszczególnych części. Całkowita wartość zamówienia, dla wszystkich 14 części została oszacowana na kwotę 54 915 942,60 PLN, tj.: 13 153 834,25 euro.

Szacunkowa wartość poszczególnych części zamówienia, których dotyczy przedmiotowe zawiadomienie, przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których uzależniony jest obowiązek przekazywania Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi i wynosi odpowiednio (...), wskazano na wartości przypisane do poszczególnych części. W uzasadnieniu faktycznym podano, co następuje cyt. (...):

a) Uzasadnienie dotyczące sprawowania kontroli:

Przesłanka sprawowania przez zamawiającego nad danym podmiotem kontroli podobnej do kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, sprowadza się do pełnienia kontroli polegającej na wywieraniu decydującego wpływu na cele strategiczne kontrolowanego podmiotu, jak i na jego kluczowe decyzje. W dyrektywie klasycznej zostało przyjęte funkcjonalne podejście w zakresie definiowania takiej kontroli, gdyż ustawodawca unijny nie determinuje sposobu jej sprawowania, a jedynie efekt w postaci wywierania decydującego wpływu na istotne decyzje jednostki zależnej. „Nie ma przy tym znaczenia, czy osoba taka jest podmiotem prawa publicznego, czy prywatnego, a zatem może to być również spółka prawa

handlowego. Istotna bowiem nie jest forma prawna, ale rzeczywiste zagwarantowanie sprawowania kontroli przez instytucję zamawiającą."

Polska Agencja Inwestycji i Handlu 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 z akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezes Rady Ministrów członkowie Rady Ministrów, pełnomocnicy Rządu lub państwowe osoby prawne (Dz.U. 2017 poz.10), obecnie uprawnienia właścicielskie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów. Powyższe uprawnienia zostały przekazane na rzecz Ministra Rozwoju i Finansów, kierującego m.in. działem gospodarka, na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy z dnia 16 grudnia 2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. 2016 poz. 2259).

Na podstawie art. 303 § 1 Kodeksu spółek handlowych w spółce jednoosobowej jedyny akcjonariusz wykonuje wszystkie uprawnienia Walnego Zgromadzenia. Jak wynika z zapisów statutu Agencji uprawnienia kontrolne Skarbu Państwa wykonywane aktualnie przez Ministra Rozwoju i Finansów wobec Agencji konsumują przesłankę sprawowania kontroli. Organ wykonuje uprawnienia Walnego Zgromadzenia, w tym powołuje cały skład Rady Nadzorczej Agencji (§ 26 ust 2 pkt 14 statusu). Ponadto organowi /przysługuje bezpośrednio uprawnienie do odwołania Członków Zarządu, strategiczne decyzje Zarządu wymagają zgody Rady Nadzorczej (§18 statutu) lub uchwały Walnego Zgromadzenia. Wskazane 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.

Do podobnych wniosków doprowadza analiza orzecznictwa TSUE oraz wytycznych Komisji Europejskiej, zgodnie z którymi 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 reprezentowany w organach decyzyjnych; oraz jaki jest zakres uprawnień przyznanych zarządowi - co w przedmiotowej sprawie, z uwagi na wyżej wskazane okoliczności, potwierdza spełnianie w stosunku do Agencji przesłanki kontroli, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy.

b) Uzasadnienie dotyczące zakresu działalności:

Zgodnie z przepisem art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b ustawy zamawiający może udzielić zamówienia w trybie z wolnej ręki, tzw. zamówienia in-house, jeżeli ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami. Na podstawie art. 67 ust. 8 ustawy do obliczania procentu działalności, o którym mowa w powyżej wskazanym przepisie, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez kontrolowanego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia.

W zakresie określenia spełnienia przez Agencję przesłanki procentu działalności kontrolowanej osoby prawnej niezbędne jest odwołanie się do orzecznictwa TSUE odnośnie do udzielania zamówień w trybie in-house. Nie istnieje bowiem jeszcze orzecznictwo krajowe do art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy, ze względu na fakt, że przepis ten wszedł do porządku prawnego w dniu 1 stycznia 2017 r.

Interpretacja przepisów prawnych wymaga zastosowania wykładni tekstu prawnego, mającej na celu wyekstrahowanie norm prawnych z przepisów. W przypadku, w którym znaczenie norm da się wyinterpretować wprost za pomocą reguł językowych i gramatycznych pierwszą stosowaną metodą wykładni powinna być wykładnia językowa. Zarazem w sytuacji, gdy wyniki wykładni językowej nie są w pełni zadowalające, m.in. z powodu istnienia wątpliwości interpretacyjnych, bezprzedmiotowości przepisu lub ewidentnej sprzeczności z celami regulacji, należy zastosować wykładnię funkcjonalną (celowościową), pozwalającą na wyinterpretowanie znaczenia norm prawnych z celów, jakim ma służyć dana regulacja oraz jej uzasadnienia, przy założeniu racjonalności działań prawodawcy. Posiłkowo zastosować należy także wykładnię systemową, odwołującą się do umiejscowienia danego przepisu w akcie normatywnym lub systemie prawa i w kontekście określonych przepisów znajdujących się w danym akcie. W niniejszej sprawie, o czym poniżej, zastosowanie wykładni językowej nie jest wystarczające dla określenia zakresu unormowania, i niezbędne jest oparcie się o wykładnię funkcjonalną.

W zakresie wykładni językowej stwierdzić należy, że ustawodawca przy określaniu zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej posłużył się sformułowaniem „dotyczy wykonywania zadań powierzonych”. Zgodnie z założeniem racjonalności ustawodawcy uznać trzeba, że użycie słowa „dotyczy” nie ma charakteru przypadkowego, ale stanowi odzwierciedlenie celowego zamierzenia ustawodawcy. Tak więc skoro ustawodawca nie posłużył się sformułowaniem, że „w 90% działalność obejmuje wykonywanie zadań powierzonych” lecz sformułowaniem, że „90% działalności dotyczy wykonywania zadań powierzonych” uznać należy, że celowo dokonał rozszerzenia tego zakresu. Zgodnie bowiem ze słownikiem języka polskiego słowo dotyczyć oznacza tyle co „odnosić się do kogoś lub do czegoś”. Tak więc biorąc po uwagę wykładnię językową tego przepisu 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej powinno odnosić się do wykonywania zadań powierzonych.

W kontekście powierzania zadań należy odnieść się do pojęcia zamawiającego sprawującego kontrolę. W przypadku uznania, że jest nim minister wykonujący uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa na podstawie regulacji ustawowej należy odpowiedzieć na pytanie o zakres i sposób powierzenia zadań.

W statucie Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. określono w § 3 cel działania Spółki. Zgodnie z powyższym zapisem statutu celem działania Spółki 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. Biorąc pod uwagę fakt, że minister sprawujący kontrolę nad Agencją nadaje jej statut, tym samym określa cele a przez to de facto powierza Agencji zadania. Uznać należy, poprzez analizę m.in. przepisów statutu Agencji, że ma ona za zadanie promocję Polski i polskiej gospodarki, a jej zadania nastawione są na realizację tego celu. Tak więc nie ma tu znaczenia, jaki podmiot finansuje konkretne czynności wykonywane przez Agencję - znaczenia ma tu fakt, że czynności te dotyczą wykonywania zadań powierzonych przez kontrolującego, jakim jest właściwy minister. Zgodnie z orzecznictwem europejskim przy ocenie możliwości zastosowania trybu in-house należy uwzględnić wszelką działalność wykonywaną przez przedsiębiorstwo. Jak bowiem stwierdził TSUE „nie ma znaczenia, kto płaci wynagrodzenie temu przedsiębiorstwu. Przy zastosowaniu powyżej wskazanej konstrukcji, to jest uznaniu, że zamawiającym jest minister właściwy do spraw gospodarki a pojęcie zadań powierzonych odnosi się do zadań wykonywanych przez Agencję, niezależnie od jakiego podmiotu pochodzi wynagrodzenie, Agencja. Spełnia wymóg skali działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy. Zastosowanie językowej wykładni norm prawnych, powinno być poddane weryfikacji przy zastosowaniu wykładni systemowej. Prowadzi ona do wniosku, że podmiotem zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa. Z literalnego brzmienia przepis art. 12 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy wynikać mogłoby, że chodzi tu o zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy, jednakże w niniejszej sprawie wykładnia taka pozbawiona byłaby sensu i sprzeczna byłaby z założeniami instytucji zamówienia in-house wypracowanymi przez orzecznictwo Unii Europejskiej, które z kolei znalazło odzwierciedlenie w legislacji unijnej i krajowej. Należy zauważyć, że do dnia 30 czerwca 2016 r. uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa w stosunku do Agencji wykonywał Minister Skarbu Państwa. W okresie po wejściu w życie powyżej wskazanego, przepisu uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa, w zakresie określonym w ustawie, w stosunku do Agencji wykonywał minister właściwy do spraw gospodarki. 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 i 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 staciones fisci, które finansowały przedsięwzięcia realizowane przez Agencję 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 niemożliwości 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 j Skarb Państwa, służą realizacji celów statutowych niemających charakteru komercyjnego. Nawet i przyjmując, że część działalności nie dotyczy wykonywania zadań powierzonych, lecz ma charakter j działalności komercyjnej, co jednak w przypadku Agencji nie występuje, to jej skala i zakres są na tyle i niewielkie, że nie stanowi ona konkurencji dla innych podmiotów działających w tym segmencie 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 bezsprzeczne, szczególnie w kontekście pojęcia sprawowania kontroli w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a ustawy, że do przychodów Agencji w okresie trzech lat 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.

Powyżej przedstawiona analiza wskazuje na możliwość wliczenia do przychodów 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. Takie rozwiązanie uznać należy za słuszne, także w kontekście przytaczanego już wyroku TSUE w sprawie Carbotermo and Consorzio Alisei.

Jak wynika z informacji przekazanych 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 stacje fisci Skarbu Państwa. Agencja dysponuje analizami prawnymi, które wskazują za zasadne wyliczenie procentu swojej działalności w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa.

c) *Uzasadnienie dotyczące braku udziału kapitału prywatnego:*

Forma działalności Agencji - jednoosobowa spółka Skarbu Państwa w której 100% kapitału zakładowego należy do Skarbu Państwa, wskazuje jednoznacznie na brak w strukturze właścicielskiej udziału kapitału prywatnego.

W punkcie II z kolei tego zawiadomienia zamawiający – Ministerstwo Rozwoju - podał, że cyt. (...) wnosi o przeprowadzenie kontroli uprzedniej zgodnie z art. 169 ust 2 ustawy. Wartość całkowita wszystkich części zamówienia przekracza kwotę, od której uzależniony jest obowiązek przeprowadzenia kontroli uprzedniej. Zamawiający wskazuje, że pomimo udzielania przedmiotowego zamówienia w częściach, każda z nich odnosi się do tożsamyh uwarunkowań prawnych określonych w przesłance zastosowania tego trybu postępowania. Przesłanka na którą powołuje się zamawiający odnosi się nie do przedmiotu poszczególnych zamówień, a do podmiotu któremu planowane jest udzielenie zamówień i powiązań tego podmiotu z Zamawiającym, co jest kluczowe dla wypełnienia przesłanek, o których mowa w przepisie będącym podstawą udzielenia przedmiotowych zamówień w trybie z wolnej ręki. Dlatego zasadnicze znaczenie z punktu widzenia dalszych działań zamawiającego ma ocena przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych poprawności przyjętych rozwiązań, w szczególności w kwestii zaliczania do 90 % wskaźnika przychodów Agencji osiągniętych z tytułu realizacji powierzonych jej statutowo przez ministra właściwego do spraw gospodarki zadań, realizowanych także na rzecz innych Skarbu Państwa i finansowanych przez te jednostki Skarbu Państwa (np. MSZ, MSW itp.).”

W Informacji o wyniku kontroli przedmiotowego postępowania z dnia 17/07/2017 Prezes Urzędu podniósł dwa zarzuty, z tym że kluczowy dotyczy naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp z uwagi na kwestionowane w kontroli zastosowanie do udzielenia przedmiotowego zamówienia trybu określanego mianem in-house. Subsydiarnie w przypadku pierwszego naruszenia nawiązano do art. 7 ust. 1 ustawy Pzp, a w przypadku drugiego do ust. 8 powołanego art. 67 tej ustawy.

W zakresie pierwszego ze wskazanych naruszeń - art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp - i w odpowiedzi na zastrzeżenia Prezes Urzędu stwierdził, że (...) możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną (wykonawcę) wykonania części zamówienia typu in-house podwykonawcom, powinna być interpretowana w sposób

zawężający, tj. taki, który nie doprowadzi do wypaczenia mechanizmu udzielania tego typu zamówień w sposób z jakim mamy do czynienia w przedmiotowej sprawie. Specyfika zamówienia in-house sprzeciwia się bowiem możliwości pośredniego dopuszczenia do wykonania istotnej części zamówienia przez podwykonawcę, a więc podmiot zewnętrzny nie dający gwarancji spełniania wszystkich przesłanek 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. posiada 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 przewidzianych w ustawie Pzp". Z kolei w Informacji o wyniku kontroli (str 5) – jak wskazał zgłaszający zastrzeżenia podano, że: (...) wykonanie zadań objętych zamówieniem typu in-house" ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego Zamawiającego albo zasobów podmiotów ściśle od danego Zamawiającego uzależnionych. Tym samym aby uzyskać zamówienie typu in- house, co do zasady wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację."

Zdaniem Izby, wnioski Prezesa Urzędu są nieuprawnione. Z żadnego przepisu ustawy Pzp nie wynika obowiązek osobistej realizacji zamówienia, także w przypadku wykonawcy, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14 ustawy Pzp. Izba zwraca uwagę, że w przypadku zamówień in - house, nawet gdy przedmiotem zamówienia jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub robót budowlanych, obowiązek osobistego wykonania w świetle przepisów art. 36a ust. 1 i ust. 2a ustawy Pzp dotyczy tylko kluczowych części tych usług lub robót. Jak bezspornie ustalił organ kontrolujący przedmiot zamówienia w tym postępowaniu nie jest usługą użyteczności publicznej, ani robotą budowlaną, zatem wskazane w powołanym art. 36 ust.2a Pzp zastrzeżenie w tej sprawie również nie ma zastosowania. Prezes Urzędu także nie wykazuje, że w tym postępowaniu zastrzeżono w przypadku tej usługi – tak jak to stanowi art. 36a ust. 2 pkt 1 Pzp – obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę: „1) *kluczowych części zamówienia na (...) usług*". Z tego chociażby powodu wskazane przez Kontrolującego naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12, dodatkowo powiązane z art. 7 ust.1 ustawy Pzp nie znajduje oparcia w przepisach o zamówieniach publicznych. Niewątpliwie jak wskazywano w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania (...), [co prawda w kontekście drugiego z naruszeń] *Interpretacja przepisów prawnych wymaga zastosowania wykładni tekstu prawnego, mającej na celu wyekstrahowanie norm prawnych z przepisów. W przypadku, w którym znaczenie norm da się wyinterpretować*

wprost za pomocą reguł językowych i gramatycznych pierwszą stosowaną metodą wykładni powinna być wykładnia językowa. Zarazem w sytuacji, gdy wyniki wykładni językowej nie są w pełni zadowalające, m.in. z powodu istnienia wątpliwości interpretacyjnych, bezprzedmiotowości przepisu lub ewidentnej sprzeczności z celami regulacji, należy zastosować wykładnię funkcjonalną (celowościową), pozwalającą na wyinterpretowanie znaczenia norm prawnych z celów, jakim ma służyć dana regulacja oraz jej uzasadnienia, przy założeniu racjonalności działań prawodawcy". W zakresie zatem pierwszego ze wskazanych naruszeń art. 67 ust.1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust.1 ustawy Pzp zastosowanie wykładni językowej jest wystarczające dla określenia zakresu unormowania, i nie jest niezbędne wspieranie się wykładnią funkcjonalną. Wbrew twierdzeniom Kontrolującego przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ani inne wskazywane w Informacji przepisy, nie przewidują warunku – braku możliwości powierzania realizacji zamówienia podwykonawcom - pod którym może być udzielone zamówienie w trybie in-house.

W tym miejscu Izba zauważa, że celem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu – zgodnie z art. 161 ust. 2 ustawy Pzp i na co wskazywał Kontrolujący w reasumpcji stanowisk - jest sprawdzenie zgodności postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy – Prawo zamówień publicznych i tym samym – szczególnie w sytuacji, gdy nie zastosowanie się do normy prawnej powoduje dla jej adresata sankcje – w tym przypadku jak podano w zaleceniach unieważnienie postępowania na podstawie art. 93 ust.1 pkt 7 ustawy Pzp - nie można dokonywać interpretacji z zastosowaniem wykładni zastrzeżonych dla sytuacji tylko ściśle określonych.

Izba dodatkowo zwraca uwagę, że przedmiotem tego zamówienia jest usługa promocji, a nie budowa stoisk, jak to podkreślał Kontrolujący, interpretując niesłusznie zawężająco stanowisko Ministerstwa Rozwoju wyrażone w odpowiedziach na stawiane kierunkowo, w oderwaniu od realiów tej sprawy, pytania. Z dostępnych źródeł – „Promocja” – to marketingowe przedsięwzięcie podmiotu, które ma na celu m.in. wytworzenie pozytywnej opinii o przedsiębiorstwie lub instytucji. Promocja zwana jest również polityką komunikacji i jest prowadzona m.in. z zastosowaniem takich narzędzi, jak targi, wystawy czy pokazy branżowe, co wymaga oprzyrządowania i wykonania prac w sensie technicznym – [wybudowanie – złożenie tzw. „straganu” w przypadku tego zamówienia], jednakże kluczowa jest praca intelektualna i jej wartość, a nie wartość pracy fizycznej. W przypadku przedsięwzięcia (także cz.7), którego dotyczy przedmiot zamówienia – zgodnie z Opisem przedmiotu zamówienia – jest promocja Polski, polskiej gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe , wpisujące się w obszary KIS (Krajowe Inteligentne Specjalizacje), a zatem m.in.

promowanie i rozwój innowacyjności w Polsce. Przedmiotem analizy w przypadku tego przedmiotu zamówienia – jak podnosił Zamawiający - powinien być zatem sposób organizacji jego wykonania, oraz rodzaj i zakres wykonywanych osobiście przez wykonawcę kluczowych w tym zamówieniu czynności, a nie ich wartość. Agencja [PALiH] - jak wyjaśniał Zamawiający - posiada własne zasoby kadrowe, przy pomocy których wykona zasadnicze prace koncepcyjno-organizacyjne polegające na opracowaniu koncepcji głównych działań takich jak np.: koncepcja stoiska narodowego i standardy jego wykonania, koncepcja folderu promocyjnego, koncepcja filmu promocyjnego (pomysł, długość, wymogi techniczne), koncepcja działań kreatywnych, strategia działań promocyjnych w Internecie (plany kampanii). Zatem istotne czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy są oparte na kluczowym know-how Agencji. PALiH będzie też sama dokonywała zakupu/wynajmu powierzchni wystawienniczych na targach, a czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych przykładowo wskazanych, takich jak: wykonanie zabudowy na podstawie projektów technicznych stoisk targowych wykonanych z kolei na podstawie koncepcji opracowanych przez PALiH (...).

Wobec powyższego Izba uznała zarzut naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 ustawy Pzp za niezasadny.

Odnosnie drugiego naruszenia art. 67 ust 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 ustawy Pzp Izba miała na uwadze następujące okoliczności:

W zawiadomieniu z dnia 27/02/2017 r. na str 2 akapit 3 pod tabelą Zamawiający wskazał: „Zamówienia udzielane są na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy, zgodnie z którym Zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy może udzielić zamówienia z wolnej ręki osobie prawnej, jeżeli spełnione są łącznie następujące warunki:

a) zamawiający sprawuje nad tą osobą prawną kontrolę, odpowiadającą kontroli sprawowanej nad własnymi jednostkami, polegającą na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami tej osoby prawnej; warunek ten jest również spełniony, gdy kontrolę taką sprawuje inna osoba prawna kontrolowana przez zamawiającego w taki sam sposób,

b) ponad 90% działalności kontrolowanej osoby prawnej dotyczy wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a,

c) w kontrolowanej osobie prawnej nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego”.

Niewątpliwie zatem podstawą udzielenia zamówienia był art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, która to okoliczność nie jest sporna. W zakresie spornym natomiast Izba wskazuje, że ustawa Pzp w cyt. art. 67 w jego ust. 8 i 9 podaje dwie możliwe – jak zaznaczał Prezes Urzędu - rozłączne metodologie ustalania wymaganego przychodu *na poziomie 90 % wskaźnika działalności*. Na podstawie ust. 8 ustawy do obliczania procentu działalności, o którym mowa w powyżej wskazanym przepisie: (...) *uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez kontrolowanego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia*". Z kolei w myśl ust.9 tego przepisu: „*W przypadku gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych*".

Powołane przesłanki z ust.8 i ust.9 przepisu traktowane - jak wskazał Prezes Urzędu - rozłącznie - wobec art. 67 ust. 1 pkt 12 mają zdaniem Izby charakter subsydiarny i same w sobie nie są podstawą udzielenia zamówienia. Z kolei zastosowanie jako podstawy udzielenia zamówienia [trybu *in-house*] art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp wymaga, wykazania wymaganego przepisem przychodu w oparciu o jedną z dwóch wskazanych metodologii. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający na str 4/5 akapit odpowiednio ostatni i pierwszy powołanego zawiadomienia z 27/02/2017 – w zakresie spornego przychodu - podał: (...) *do dnia 30 czerwca 2016 r. uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa w stosunku do Agencji wykonywał Minister Skarbu Państwa. W okresie po wejściu w życie powyżej wskazanego, przepisu uprawnienia przysługujące Skarbowi Państwa, w zakresie określonym w ustawie, w stosunku do Agencji wykonywał minister właściwy do spraw gospodarki. 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 staciones fisci, które finansowały przedsięwzięcia realizowane przez Agencję 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". W reasumpcji tej części zawiadomienia w lit. b podano: (...) z informacji przekazanych 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 żądań następowało przez inne stanoes fisci Skarbu Państwa Agencja dysponuje analizami prawnymi, które wskazują za zasadne wyliczenie procentu swojej działalności w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa".

Odnosząc się w pierwszej kolejności do sformułowanego w Informacji naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp w zw. z ust. 8 tego przepisu, Izba podzieliła stanowisko Prezesa Urzędu, co do braku wykazania udziału procentowego działalności wyliczanego na podstawie wskazanego ust. 8 ustawy Pzp. Nie zgodziła się bowiem ze stanowiskiem Zamawiającego wyrażonym w zawiadomieniu i zastrzeżeniach, że w niniejszym postępowaniu podmiotem zamawiającym jest Skarb Państwa, a zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej PAliH w imieniu Skarbu Państwa, w tym od Ministra Spraw Zagranicznych, zaliczyć należy do przychodów o których mowa w art. 67 ust.1 pkt.12 lit. b) ustawy Pzp. Przede wszystkim przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp wskazuje na „zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a". Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 - ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie z kolei z art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2016r., poz. 1870 ze zm.), sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Tym samym uznać należy, że nie Skarb Państwa, a Ministerstwo Rozwoju, jest zamawiającym w tej sprawie w rozumieniu ustawy Pzp. Zdaniem Izby art. 3 ust. 1 pkt 1-3a do którego odsyła przepis art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp nie obejmuje swym zakresem Skarbu Państwa. Potwierdzeniem tego są również definicje „instytucji zamawiających" oraz „instytucji administracji centralnej" zawarte w dyrektywie zamówieniowej. Co prawda w myśl art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy, przez „instytucje zamawiające" należy rozumieć także państwo, obok władz regionalnych lub lokalnych oraz podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego, jednakże zgodnie z pkt 2, „instytucje administracji centralnej" to instytucje zamawiające wymienione w załączniku I, a – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi.

Wymieniony załącznik nr I „Instytucje administracji centralnej” w części dot. Polski wymienia Ministerstwo Gospodarki. Ministerstwo Rozwoju z kolei utworzone zostało na podstawie rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju oraz zniesienia Ministerstwa Gospodarki, a zatem jest ono instytucją zamawiającą również w rozumieniu dyrektywy. Także za takim rozumieniem „instytucji zamawiającej” przemawia motyw 32 preambuły dyrektywy zamówieniowej posługując się terminem „instytucja zamawiająca”. Termin ten należy rozumieć tak, jak o tym stanowią wskazane wyżej definicje „instytucji zamawiających” i „instytucje administracji centralnej. Tym samym instytucja zamawiająca (w rozpoznawanym przypadku Ministerstwo Rozwoju) musi sprawować kontrolę nad wskazaną osobą prawną. Izba miała także na uwadze, że właścicielem PAliH jest w 100% Skarb Państwa, jednakże uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa wykonywane są na podstawie zasad i przez podmioty, wskazane w ustawie z dnia 16 grudnia 2016r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. poz. 2259). Ustawa ta w art. 7 ust. 1 wykonywanie praw z akcji przyznaje Prezesowi Rady Ministrów. Z kolei, zgodnie z art. 8 ust. 1 tejże ustawy, Prezes Rady Ministrów może te uprawnienia przekazać innemu członkowi Rady Ministrów, pełnomocnikowi Rządu lub państwowej osobie prawnej. W myśl ust. 2 Prezes RM w drodze rozporządzenia z dnia 3 stycznia 2017 r. przekazał swoje uprawnienia właścicielskie [realizację praw z akcji] - w poz. 306 załącznika - wobec Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie - Ministrowi Rozwoju i Finansów. Realizacja praw z akcji wobec PAliH odpowiada wskazanemu w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp warunkowi kontroli polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Agencji. Dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje w sprawach PAliH można wywieść przede wszystkim w sposób bezpośredni z generalnych uprawnień właścicielskich przewidzianych w Kodeksie spółek handlowych oraz postanowień Statutu Spółki. I tak, zgodnie z rozdz. IV „Prawa i obowiązki akcjonariusza” § 10 ust. 1 Statutu PAliH (akt notarialny z dnia 14 kwietnia 2017 roku Repertorium A 13819/17), prawa z akcji Skarbu Państwa wykonuje minister właściwy do spraw gospodarki. Minister Rozwoju i Finansów wykonuje zatem wszystkie uprawnienia przysługujące walnemu zgromadzeniu i jest w stanie podjąć każdą decyzję przewidzianą w ramach kompetencji walnego zgromadzenia spółki. Dominujący wpływ Ministra Rozwoju i Finansów oznacza zdolność do samodzielnej kontroli i swobody decyzyjności we wszystkich istotnych sprawach PAliH. Na podstawie § 20 ust. 1 Statutu ma on prawo powoływać członków rady nadzorczej, czyli organu wykonującego stały nadzór nad działalnością spółki, dysponującego uprawnieniem do powoływania i odwoływania wszystkich członków zarządu spółki (§ 14 ust. 3 Statutu). Powyższe regulacje prawne wskazują zatem, że 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). Tym samym Izba stwierdza, że w tej sprawie:

- ✓ przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp nie może być interpretowany w taki sposób, że działalność PAIiH ma odnosić się do wykonywania zadań powierzonych, realizowanych na rzecz innych ministerstw;
- ✓ zamawiającym sprawującym kontrolę nad PAIiH w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. a) ustawy Pzp jest Minister Rozwoju i Finansów, którego obsługę zapewnia Ministerstwo Rozwoju;
- ✓ nie może być uznane za zasadne stanowisko, że zamawiającym w zakresie tego postępowania miałby być Skarb Państwa.

Izba jednocześnie nie znalazła podstaw do kwestionowania stanowiska Zamawiającego, że był on uprawniony do udzielenia PAIiH [Agencji] zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp. W stanie faktycznym sprawy należało bowiem uwzględnić przesłankę z art. 67 ust.9 tej ustawy, którą wskazany wykonawca w dniu wszczęcia postępowania spełniał. Izba zwraca uwagę, że Zamawiający już w zawiadomieniu z dnia 27/02/2017 sygnalizował możliwą do zastosowania przesłankę z ust.9, aczkolwiek skupiając się na okolicznościach z ust.8 oparł się na błędnie przyjętej interpretacji „jednostki zamawiającej”, o czym mowa było powyżej. Także w toku kontroli poinformował – pismo z dnia 26/06/2017 - o możliwym alternatywnym sposobie ustalenia średniego przychodu PAIiH S.A. w oparciu o powoł. art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. W tym piśmie przedstawił dla tej Agencji zmianę zakresu finansowania i realizacji zadań statutowych, która uwzględniała przepisy procedowanej w Sejmie ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAIiH SA, uchwalonej 7/07/2017, zakładającej otrzymywanie przez Agencję środków pochodzących z budżetu państwa, m.in. w formie dotacji podmiotowej, dotacji celowych oraz środków unijnych. W tych wyjaśnieniach podano także prognozowaną skalę przychodów na lata 2017/2018, określając przychody z tych tytułów na kwotę ok. 46 mln zł., a także wskazano na dodatkowe, przychody od Skarbu Państwa - z innych tytułów. Organ kontrolujący, jak sam przyznał, zaniechał zbadania, czy w istocie, w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki PAIiH spełniała warunki w zakresie prowadzonej działalności, ustalone na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, stwierdzając m.in., że spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia danego postępowania, w związku z czym planowane przekształcenia PAIiH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych nie uprawniają zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu działalności PAIiH,

o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy Pzp za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 ustawy Pzp. Kontrolujący – nie badając tej przesłanki - wskazał jednocześnie, że przedstawione informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 ustawy Pzp reorganizacji działalności Agencji jeszcze nie doszło. W tym przypadku jako dowód powołał porównanie treści § 3 Statutu PAIiI z dnia 8 sierpnia 2012 r. oraz § 3 Statutu PAIiH zawartego w formie aktu notarialnego (repertorium A nr 38614/2016), stwierdzając, że nie uległ – aktualnie - zmianie zasadniczy zakres i cel działania Agencji. Izba nie zgodziła się z tym stanowiskiem wskazując, że reorganizacja działalności PAIiH jest prowadzona od kilkunastu miesięcy, czego potwierdzeniem jest uchwała Nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju”, którą Agencji powierzono nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, oraz szereg innych podjętych czynności, na które zamawiający zwracał uwagę w złożonych zastrzeżeniach. Ta okoliczność niewątpliwie istniała w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Izba zwraca uwagę, że w zastrzeżeniach do wyniku kontroli Zamawiający zwrócił uwagę na działania, jakie miały miejsce w spółce m.in:

- ✓ powierzenie Spółce z dniem 2 września 2016 r. do realizacji zadania pn. „Wspieranie polskich przedsiębiorców w ekspansji eksportowej na wybranych rynkach”, polegającego na sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji pn. Zagraniczne Biura Handlowe;
- ✓ dokonanie z dniem 02/02/2017 przez Skarb Państwa zmiany nazwy Agencji z: Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych SA na Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A.;
- ✓ podjęcie przez Ministra Rozwoju i Finansów prac legislacyjnych dotyczących uchwalenia ustawy o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu SA [ustawa z dnia 7 lipca 2017 r.];
- ✓ zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji (likwidacja komórek organizacyjnych, reorganizacja innych komórek) implikujące też zmiany kadrowe.

W ocenie Izby działania te uprawniają do przyjęcia, że w PAIiH ma miejsce reorganizacja, która była prowadzona także w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie przedmiotowego zamówienia. Niewątpliwie reorganizacja - z uwagi na różnorodny charakter działań - jest procesem długotrwałym i brak jest podstaw do przyjęcia, że o reorganizacji decyduje wyłącznie zmiana jej działalności uwidoczniiona w Statucie. Izba zwraca oczywiście uwagę, że stosownie do art. 67 ust. 9 ustawy Pzp, sam fakt reorganizacji nie jest wystarczający do zastosowania trybu in house. Tak jak wynika z treści tego przepisu warunkiem *sine qua non* jest okoliczność, że reorganizacja powoduje, że dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. W tej sprawie mamy do czynienia – jak wskazywał Zamawiający - z nieadekwatnością danych w związku z prowadzoną

reorganizacją i zgodnie z prezentacją prognozy: w 2017 roku zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 90,19% działalności, a pozostała działalność stanowić będzie 9,81% ogólnej działalności; w latach 2017-2019 zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 93,55% działalności, zaś pozostałe zadania – 6,45% działalności.

Izba podkreśla, że Prezes Urzędu tych okoliczności, który miał dostęp do takich danych w toku kontroli nie kwestionował ich, co do zasady, i tym samym Izba uznała, że podane wyliczenia potwierdzają prognozy wymagane ust.9 wskazanego art. 67 ustawy Pzp. Izba dodatkowo stwierdza, że jeżeli procent działalności, wyliczony na podstawie ust. 8, nie potwierdzał wymaganego wskaźnika, a okoliczności wskazywały, że jednostka jest „w reorganizacji działalności”, to rolą Kontrolującego – tak jak w stanie faktycznym tej sprawy - było ustalenie, czy spełniona została przesłanka z ust. 9 wskazanego artykułu, zwłaszcza, że w toku kontroli także ta przesłanka była przedmiotem zainteresowania kontrolujących. Izba ponownie zwraca uwagę, że celem kontroli prowadzonej przez Prezesa Urzędu – tak jak sam podkreślał w reasumpcjach swojego stanowiska - jest przede wszystkim ustalenie, czy zamawiający mógł co do zasady zastosować tryb in-house w zw. z przesłanką z lit. b), a nie – jak w niniejszej sprawie, czy zastosowano odpowiedni model obliczania wymaganego przepisem wskaźnika.

Izba w konkluzji stwierdza, że w okolicznościach faktycznych sprawy brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający w dniu wszczęcia postępowania nie był uprawniony do zastosowania dla udzielenia tego zamówienia trybu z wolnej ręki z powołaniem się na art. 67 ust.1 pkt 12 ustawy Pzp. Izba tym samym nie zgodziła się z zaleceniem sformułowanym na str 17 Informacji o wyniku kontroli przez Kontrolującego cyt.: *W związku z powyższym, na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 w zw. z art. 146 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zalecam 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*”.

Reasumując Izba stwierdza, że podlegają uwzględnieniu w całości zastrzeżenia podnoszone przez Zamawiającego w piśmie z dnia 19 lipca 2017 r.

Wobec powyższego, Krajowa Izba Odwoławcza, działając na podstawie art. 167 ust.3 ustawy – Prawo zamówień publicznych wyraziła opinię, jak w sentencji uchwały.

.....

.....

.....