

Sygn. akt: KIO/KU 45/17

UCHWAŁA
KRAJOWEJ IZBY ODWOŁAWCZEJ
z dnia 21 sierpnia 2017 r.

po rozpatrzeniu zastrzeżeń z 19.07.2017 r. zgłoszonych do Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych przez:

Skarb Państwa - Ministerstwo Rozwoju
PI. Trzech Krzyży 3/5
00 – 507 Warszawa

dotyczących Informacji o wyniku kontroli uprzedniej z 13.07.2017 r., dot. KU/44/17/DKUE)

w przedmiocie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego:

**Realizacja 9 branżowych programów promocji oraz promocja polskiej gospodarki na 5
wybranych rynkach perspektywicznych, część 1 zamówienia - Realizacja branżowego
programu promocji branży meblarskiej**

Krajowa Izba Odwoławcza w składzie:

Przewodniczący:	Katarzyna Brzeska
Członkowie:	Emil Kawa
	Marek Koleśnikow

wyraża następującą opinię:

**uwzględnia w całości zastrzeżenia Zamawiającego do naruszeń wskazanych
w informacji o wyniku kontroli uprzedniej**

Uzasadnienie

W dniu 27.02.2017 r. Skarb Państwa - Ministerstwo Rozwoju, Pl. Trzech Krzyży 3/5, 00 – 507 Warszawa zwane dalej: „Zamawiającym” – na podstawie art. 67 ust. 2 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz. U. z 2015 r., poz. 2164 z późn. zm.) zwanej dalej: „Pzp” zawiadomił Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych zwanego dalej: „Prezes UZP” o wszczęciu postępowania w częściach - w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 3 ust.1 pkt 1 – 3a Pzp na - Realizację 9 branżowych programów promocji oraz promocja polskiej gospodarki na 5 wybranych rynkach perspektywicznych, m.in. część 1 zamówienia - Realizacja branżowego programu promocji branży sprzętu meblarskiej - wnosząc o przeprowadzenie kontroli uprzedniej. Zamawiający wszczął postępowanie w trybie z wolnej ręki w dniu 24.02.2017 r. poprzez przekazanie zaproszenia do negocjacji Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. zwanej dalej: „PALiH”. Pismem z 06.03.2017 r. Prezes UZP wszczął postępowanie wyjaśniające. W dniu 05.04.2017 r. Prezes UZP wszczął kontrolę przedmiotowego postępowania.

Z ustaleń kontroli uprzedniej - pismo z 13.07.2017 r. (informacja o wyniku kontroli uprzedniej, dot. KU/43/17/DKUE) - wynikają następujące okoliczności. Po przeprowadzeniu kontroli uprzedniej przedmiotowego zamówienia na podstawie art. 161 ust. 1 w zw. z art 169 ust. 1 i 2 pkt 2 Pzp, Prezes UZP na podstawie art. 171 ust. 1 pkt 2 Pzp, zarzucił Zamawiającemu naruszenie: 1) art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp; 2) art. art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp.

Względem pierwszego naruszenia. 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 - PALiH, 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 25.05.2017 r. Prezes UZP zwrócił się do Zamawiającego m.in. o informację, czy zakres podwykonawstwa był przedmiotem wyjaśnień (uzupełnień) przez Zamawiającego i czy Zamawiający dysponuje szczegółowym wykazem prac, jakie wykonawca zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach każdej z ww. 9 części zamówienia oraz ich procentowym zakresem w ramach każdej z ww. części z osobna.

Pismem z 30.05.2017 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 pełnić rolę podwykonawcy został zawarty w § 3 ust. 9 projektu umowy. Z uwagi na zbieżność niektórych działań w ramach poszczególnych części zamówienia (takich jak: projektowanie i zabudowa stoisk narodowych na określonych w SOPZ imprezach targowych, przygotowanie projektów i produkcja gadżetów; obsługa logistyczna misji dziennikarzy i kontrahentów określonych w SOPZ) rozważana była kwestia wyboru jednego podwykonawcy dla wszystkich części." Informacja na temat szczegółowego zakresu podwykonawstwa w ramach poszczególnych części została przedstawiona w piśmie z dnia 29.05.2017 r. PAIiH, w którym podniesiono: „Brak możliwości wskazania na obecnym [etapie - dop. w:] przez wykonawcę nazw firm podwykonawców wynika z faktu, iż wykonawca będzie powierzał zadania podwykonawcom z zastosowaniem przepisów ustawy prawo zamówień publicznych". Jednocześnie zamawiający wskazał wykaz prac jakie zamierza powierzyć podwykonawcom w ramach poszczególnych części zamówienia. W przypadku „Realizacji branżowego programu promocji branży meblarskiej" (część 1) 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 09.06.2017 r. Prezes UZP 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 12.06.2017 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”.

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

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

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

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

Powyższe oznacza, że do istoty określonego powyżej zamówienia typu in-house należy po pierwsze, udzielenie go określonej osobie prawnej (wykonawcy) w wyniku przeprowadzonych z nią negocjacji w trybie z wolnej ręki (a więc z pominięciem trybów konkurencyjnych) i pod warunkiem łącznego spełnienia wymogów wskazanych w ww. przepisie. Po drugie, wykonywanie zadań objętych zamówieniem typu in-house ma się odbywać przy wykorzystaniu zasobów własnych danego Zamawiającego, albo zasobów podmiotów ściśle od danego zamawiającego uzależnionych. Tym samym, aby uzyskać zamówienie typu in-house, co do zasady, wykonawca musi być zdolny do jego realizacji samodzielnie i musi dysponować odpowiednimi zasobami umożliwiającymi jego realizację. Z kolei, Zamawiający udzielający takiego zamówienia musi mieć świadomość, że wykonawca, tj. kontrolowany przez niego podmiot, jest zdolny do wykonania takiego zamówienia i takie zamówienie wykona. Mając na uwadze treść art. 36a ust. 1 Pzp, nie można jednak całkowicie wyłączyć w przypadku udzielenia zamówień typu in-house, w tym zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, możliwości udzielenia uzyskanego przez wykonawcę w ten sposób zamówienia kolejnym podmiotom - podwykonawcom. Z uwagi natomiast, na opisany powyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, przyjęć należy, że wynikająca z art. 36a ust. 1 Pzp ogólna możliwość powierzania przez kontrolowaną osobę prawną, wykonania części zamówienia podwykonawcom, powinna być interpretowana, w tym przypadku, w sposób zawężający.

Zatem co do zasady, kontrolowany przez Zamawiającego podmiot, może otrzymać do realizacji na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, zamówienie typu in-house, jeśli jest zdolny do jego samodzielnej realizacji. Jeśli danego zamówienia typu in-house kontrolowana osoba prawna nie jest w stanie wykonać samodzielnie lub nie wykonuje samodzielnie pomimo posiadania niezbędnych zasobów i podzleca zamówienie kolejnym podmiotom - to ze swojej istoty zamówienie typu in-house przestaje mieć taki charakter. 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". Podkreślił również, za cytowaną opinią „W przypadku bowiem nieograniczonego dopuszczenia możliwości podwykonawstwa świadczeń wynikających z zadań powierzonych zamówieniem wewnętrznym, w sytuacji w której instytucje zamawiające podlegałyby podmiotom trzecim wykonywanie uzyskanych zamówień w szczególnym, ograniczającym konkurencję trybie z wolnej ręki, mielibyśmy do czynienia z istotnym zagrożeniem dla prawidłowości funkcjonowania tego mechanizmu udzielania zamówień.”. Tym samym, uznał, że niczym nieograniczone dopuszczenie możliwości stosowania podwykonawstwa w odniesieniu do zadań powierzonych w ramach zamówienia typu in-house uzyskanego na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp, stanowi istotne zagrożenie dla prawidłowości funkcjonowania tego typu mechanizmu udzielania zamówień publicznych, polegającego na udzieleniu zamówienia publicznego na zasadach niekonkurencyjnych, z pominięciem procedur udzielania zamówień publicznych, podmiotowi kontrolowanemu przez zamawiającego i zdolnemu do jego samodzielnego wykonania. Taka praktyka pozostaje w sprzeczności z wyjątkowym charakterem rozwiązania przyjętego w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp.

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

Zarówno informacja zawarta w części II lit. D 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 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 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 Pzp w celu wyboru podwykonawców, nie może przesądzać a priori, że ww. wykonawca finalnie zastosuje jeden z przewidzianych w Pzp trybów konkurencyjnych. Użyte przez wykonawcę sformułowanie „powierzenie zadań podwykonawcom z zastosowaniem ustawy Pzp”, oznacza jedynie, że do ich wyboru stosowana będzie 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 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 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 Pzp (wyrażona w złotych równowartość kwoty 30 000 euro). Tym samym, można uznać, że mimo zastrzeżenia poczynionego w części II lit. D JEDZ, możliwa jest sytuacja, w której aż 60% zamówienia udzielonego wykonawcy w ramach zamówienia in-house zostanie udzielone podmiotom nie spełniającym przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp z pominięciem stosowania trybów konkurencyjnych przewidzianych w ustawie, chociażby z uwagi na możliwość zastosowania art. 4 ust. 1 pkt 8 Pzp.

Względem drugiego naruszenia. Z dokumentacji kontrolowanego postępowania wynika, że zamawiający zastosował do jego udzielenia tryb zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i udzielił przedmiotowego zamówienia PALiH (dawniej Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A., 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 16.12.2016 r. znak: PALiZ/BOK-WO-0002-018-KS/16) wynika:

- 1) Ministerstwo Rozwoju sprawuje nad PALiZ 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 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 PAliIZ przesłanek, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 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 24.02.2017 r. (przekazanie wykonawcy PAliH pisma z 24.02.2017 r. - zaproszenie do negocjacji w zakresie części nr 1 zamówienia). Pismem z 13.04.2017 r. Prezes UZP zwrócił się do zamawiającego o udzielenie wyjaśnień dotyczących charakteru zmian dokonanych w statucie PAliIZ oraz przekazania kopii dokumentów, w tym m.in. statutu PAliIZ oraz analiz prawnych w zakresie zasadności wyliczenia procentu swojej działalności w odniesieniu do działań powierzonych przez Skarb Państwa. Pismem z 17.05.2017 r. zamawiający przekazał m.in. statut PAliH oraz oświadczenie PAliH o spełnianiu przez spółkę warunków określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp i udzielił poniższych wyjaśnień.

„Zmiana statutu PAliIZ 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 PAliIZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia, stanowią zadania powierzone PAliIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 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 26.04.2017 r. - tabela nr 1 kolumna pierwsza „Tytuł realizacji”, są zadaniami powierzonymi PANIZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, oraz przez inne osoby prawne, nad którymi ten zamawiający sprawował lub nadal sprawuje kontrolę. W przypadku odpowiedzi przeczącej, poproszono o wskazanie zadań wymienionych w przedmiotowej tabeli, które do nich nie należą.

3) wyjaśnienie sposobu wyliczenia średniego przychodu PANIZ w latach 2014-2016, oraz procentowego udziału zadań powierzonych PANIZ przez zamawiającego sprawującego

kontrolę, o której mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w ramach tego przychodu, tj. wskazania co stanowiło jego podstawę, np. czy były to sprawozdania finansowe za lata 2014-2016.

Pismem z 30.05.2017 r. zamawiający udzielił poniższych wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia PAliH (pismo z 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 PAIH 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 02.06.2017 r. Prezes UZP 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 Pzp, nad PAliZ był Minister Skarbu Państwa czy też Minister Gospodarki.
- 2) czy wskazany w ww. piśmie z 30.05.2017 r. próg procentowy wynoszący 91,18% obejmował również zadania zlecone PAliZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30.06.2016 r. Jeżeli tak, jaki był procentowy udział, w ramach średniego przychodu osiągniętego przez PAliZ w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie przedmiotowego zamówienia, zadań powierzonych PAliZ 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 PAliZ przez Ministra Skarbu Państwa za rok 2014, 2015, oraz za okres do 30.06.2016 r., lecz jak wynika

z ww. pisma z 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 PAIiZ przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę.

Pismem z 06.06.2017 r. zamawiający udzielił wyjaśnień, oraz przekazał wyjaśnienia PAIiH (pismo z 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 PAIiZ, „nadając Agencji Statut wskazał w przedmiocie działania zakres zadań do realizacji i określił jej cele, a tym samym powierzył Agencji te cele i zadania do realizacji”. Jednocześnie, w części nadzór właścicielski był także sprawowany przez Ministra Gospodarki (par. 29 ust. 1 statutu PAIiZ z 08.08.2012 r.), który to Minister był jednocześnie podmiotem finansującym zadania powierzone Agencji przez Ministra Skarbu. Ponadto, zgodnie z Zarządzeniem Ministra Gospodarki z 16.11.2012 r. w sprawie podziału pracy w Kierownictwie Ministerstwa Gospodarki, PAIiZ (Dz. Urzędowy Ministra Gospodarki z 2012 r., poz. 23), nadzór nad wykonywaniem zadań przez PAIiZ sprawował jeden z Podsekretarzy Stanu. Tak więc w sytuacji dotyczącej PAIH uznać należy, iż w stosunku do PAIH 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 Pzp, był Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Skarbu Państwa i Ministra Gospodarki.

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

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

Pismem z 12.06.2017 r. zamawiający przekazał pismo PAIiH z 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 23.06.2017 r. mając na uwadze ww. odpowiedź zamawiającego, Prezes UZP zwrócił się do zamawiającego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie sposobu powierzania przez Ministra Skarbu Państwa zadań w ramach poniższych umów:

- 1) umowa z 16.10.2015 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Zagranicznych - 2,31%)
- 2) umowa z 29.01.2016 r. (zadania finansowane przez Ministra Spraw Wewnętrznych i Administracji).

Pismem z 26.06.2017 r. zamawiający przekazał w załączeniu wyjaśnienia PAIH z 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 SA za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia - zgodnie z przepisem art. 67 ust. 8 ustawy Pzp, to wskazuję na możliwość alternatywnego sposobu ustalenia średniego przychodu PAIH 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 ustalenia średniego przychodu PAIH za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.". Prezes stwierdził, co następuje. Przepis art. 67 ust. 1 pkt 12 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 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 Pzp. Należą do nich podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a Pzp. Tym samym, przez Zamawiających wskazanych w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, rozumieć należy następujące grupy podmiotów:

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

Tym samym, Zamawiającymi, którzy mają prawo udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, są wyłącznie podmioty, które należą do jednej ze wskazanych powyżej grup. Powyższe twierdzenie jest spójne z wydaną, na potrzeby przedmiotowej kontroli uprzedniej, opinią Departamentu Prawnego z 23.05.2017 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, wskazał, 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 Pzp. O ile, na podstawie otrzymanej dokumentacji postępowania, przesłanki określone w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a i c) Pzp, można uznać za spełnione, to przechodząc do analizy przesłanki zawartej w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp wskazać należy co następuje. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) 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 Pzp.

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

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

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

Zgodnie z cytowaną powyżej opinią Departamentu Prawnego UZP z 23.05.2017 r. „(...) w celu wyliczenia 90% działalności kontrolowanego podmiotu na rzecz zamawiającego lub innej osoby prawnej, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a) - bierze się pod uwagę średni przychód osiągnięty przez kontrolowaną osobę prawną

w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Przychód taki powinien uwzględniać całą działalność prowadzoną przez podmiot, z czego ponad 90% musi być generowane w ramach zadań powierzonych mu przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą. Poprzez „zadania powierzone” należy bez wątplenia rozumieć zadania zlecone w różnej formie przez instytucję zamawiającą podległej osobie prawnej. Bez znaczenia pozostaje przy tym źródło przychodu, zlecający zadanie nie musi być jednocześnie płatnikiem za daną usługę. Niezbędne jest jednak, aby płatności odzwierciedlone w strukturze przychodów osoby prawnej były ściśle związane z konkretnym poleceniem podmiotu zamawiającego wykonania zadania powierzonego. Do progu 90% działalności nie należy zatem zaliczać zadań pochodnych (pożytków) w formie dostaw, usług i robót budowlanych, z których spółka czerpie dodatkowy przychód. Nie ma przy tym znaczenia czy ten dodatkowy przychód jest związany z podstawową działalnością spółki, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (realizowanie zadania na rzecz innego ministra niż kontrolującego, dotyczy działalności spółki, ale pozostaje neutralne względem zadań zleconych przez kontrolującego ministra) to taka działalność dodatkowa zasadniczo nie powinna wchodzić w zakres wymaganych 90% działalności.”. W związku z powyższym, brak jest możliwości zaliczenia do zadań powierzonych przez zamawiającego, o których mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, zadań wynikających z:

- 1) umowy z 16.10.2015 r. zawartej przez PAlIH 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 29.01.2016 r. zawartej przez PAlIH (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 PAIiH przez Ministra Gospodarki, a następnie Ministra Rozwoju i Ministra Rozwoju i Finansów oraz PARP można uznać za działalność PAIiH dotyczącą wykonywania zadań powierzonych jej przez zamawiającego sprawującego kontrolę lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp. Tym samym, w przedmiotowym postępowaniu nie została spełniona przesłanka zawarta w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp. Powyższe oznacza brak możliwości udzielenia kontrolowanego zamówienia wykonawcy PANH, w trybie zamówienia z wolnej ręki, na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp i stanowi naruszenie ww. przepisów mające wpływ na wynik postępowania.

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

Na marginesie, w nawiązaniu do pism zamawiającego z 26.06.2017 r. oraz z dnia 07.07.2017 r. wskazujących na alternatywną możliwość zastosowania w przedmiotowej sprawie art. 67 ust. 9 Pzp, wskazać należy, że w niniejszym postępowaniu zamawiający w celu obliczenia procentu działalności PANH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp zastosował art. 67 ust. 8 Pzp. W związku z czym, poniższe rozważania na temat ewentualnej możliwości zastosowania art. 67 ust. 9 Pzp, mają charakter czysto teoretyczny i nie mogą prowadzić do zmiany przyjętych na etapie wszczęcia niniejszego postępowania podstaw prawnych ustalenia procentu działalności PANH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp skutkujących zastosowaniem art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp do udzielenia przedmiotowego zamówienia typu in-house.

Zgodnie z art. 67 ust. 9 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 PAIiH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych (procedowana w Sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez PAIiH), nie uprawniają zamawiającego, na obecnym etapie, do ustalenia w przedmiotowym postępowaniu procentu

działalności PANH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp. Tym samym, rozważenie zasadności zastosowania art. 67 ust. 9 Pzp, do ustalenia procentu działalności PANH, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) 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 określone w art. 67 ust. 9 Pzp reorganizacji działalności ww. wykonawcy jeszcze nie doszło. Jak wynika z porównania treści § 3 Statutu PAIiZ z 08.08.2012 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 PAIiZ z 08.08.2012 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 PAIH 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 Pzp.

Po zapoznaniu się z wynikami kontroli, Zamawiający zgłosił zastrzeżenia z 19.09.2017 r. (znak: BDG-V.2611.9.2017.IM IK:389614) /wpływ 19.07.2017 r./ do wyników kontroli uprzedniej, w których podniósł co następuje. Zastrzeżenia do zarzutu naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W otrzymanej informacji pokontrolnej, na str. 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 Pzp.

Po pierwsze: w ocenie Zamawiającego interpretacja przepisu art. 36a ust. 1 Pzp nie może być dokonywana w oderwaniu od całej regulacji objętej art. 36a Pzp, w tym od normy

przepisu ust. 2a tego artykułu, którego dyspozycja jednoznacznie określa zakres i kategorie usług, które wykonawca zamówienia typu in-house jest obowiązany wykonać osobiście.

Pominięcie dyspozycji art. 36a ust. 2a nie jest niczym uzasadnione. Skoro bowiem ustawodawca w normie przepisu art. 36a ust. 1 dopuszcza jako zasadę powierzanie wykonania części zamówienia podwykonawcy, w ust 2 tego artykułu wskazuje w jakich przypadkach Zamawiający jest uprawniony do postawienia wymogu osobistego wykonania przez wykonawcę zamówienia, a w normie ust. 2a reguluje podwykonawstwo w przypadku zamówień typu in-house, to właśnie ta regulacja określa granice dopuszczalnego podwykonawstwa w zamówieniach typu in-house. Przepis ust. 2a art. 36a 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 12.03.1997 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, zapewnienie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizację różnego rodzaju potrzeb kulturalnych. Podobne definiowanie działań o charakterze użyteczności publicznej odnajdujemy w ustawach o samorządzie terytorialnym. Porównanie zakresu przywołanych definicji pojęcia działań o charakterze użyteczności publicznej z zakresem działań objętych przedmiotem kontrolowanego zamówienia jednoznacznie wskazuje, iż przedmiot zamówienia objęty kontrolowanym postępowaniem nie mieści się w katalogu działań użyteczności publicznej, nie jest bowiem ukierunkowany na zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności

w drodze usług powszechnie dostępnych, a przeciwnie obejmuje promocje wybranych branż - specjalności eksportowych i już z tej przyczyny nie służy zaspokajaniu potrzeb zbiorowych. Z tych powodów uwzględniając dyspozycję przepisu art. 36a ust. 2a Pzp zarzut naruszenia art. 67 ust.1 pkt.12 w zw. art. 7 ust.1 jest bezzasadny.

Powyższe stanowisko zostało potwierdzone w opinii Prezesa UZP z 15.09.2016 r. UZP/DP/O/026/463(4)/16/OS KW-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 PAMZ (obecnie PAHH) 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 PALiH wykona istotne, najważniejsze czynności stanowiące zasadniczą część przedmiotu umowy i oparte na kluczowym know-how Agencji. W działaniach promocyjnych/reklamowych, z uwagi na brak mierzalnych parametrów, najistotniejsze są pomysły i koncepcje oraz umiejętności organizacji całego procesu. Wykonawstwo zaś tych działań sprowadza się do czynności pomocniczych, technicznych i ma charakter uboczny. PALiH będzie też sam dokonywała zakupu/wynajmu powierzchni wystawienniczych na targach. Czynności, które zostaną powierzone podwykonawcom będą dotyczyły czynności technicznych takich jak np.: wykonanie projektów technicznych stoisk targowych na podstawie koncepcji opracowanych przez PALiH, wykonanie zabudowy, udostępnienie czasu emisyjnego przez portale, produkcja gadżetów, rezerwacja hoteli, zakup biletów na środki transportu, produkcja filmowa, druk folderów. Ocena istotności działań osobiście wykonywanych przez PALiH prowadzi do wniosku, że PALiH wykona zasadniczą część zamówienia, niezależnie od ich wartości.

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), wydatkując środki publiczne, w tym środki unijne (np. Projekt wg umowy nr POPW.Ot.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 Pzp. 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 Pzp, która zdaniem Zamawiającego determinowała właśnie, w okolicznościach niniejszego postępowania, możliwość zlecenia w ramach podwykonawstwa przez PALiH części zamówienia o charakterze technicznym, nie kluczowym z punktu widzenia podstawowego celu zamówienia. 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.

Zastrzeżenia do zarzutu naruszenia art 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp.

W Informacji pokontrolnej zarzucono naruszenie przepisu art. 67 ust.1 pkt.12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp, wskazując, iż PAliH nie spełniała warunku określającego, że 90% działalności o której mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt. 12 Pzp 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. Negując powyższe stwierdzono. Dokonując wykładni językowej przepisu art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp stwierdził, 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 07.07.2017 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” /Wyrok z dnia 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04, Carbotermo SpA i Consorzio Alisei przeciwko Comune di Busto Arsizio i AGESP SpA, ECU:EU:C:2006:30S, pkt 67/.

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 Pzp, bowiem przychody z wykonywania umowy dla MZS 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 Pzp jest minister właściwy do spraw gospodarki. Jednakże zastosowanie językowej wykładni norm prawnych, powinno być poddane weryfikacji przy zastosowaniu wykładni systemowej. Prowadzi ona do wniosku, że podmiotem Zamawiającym, sprawującym kontrolę jest Skarb Państwa. Zatem wszystkie przychody z działalności powierzanej 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 Pzp.

Ponadto wskazał, iż w dniu wszczęcia postępowania PAliH spełniała także przesłankę określoną w art, 67 ust 9 Pzp. Art. 67 ust. 9 Pzp 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, W-wa 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 Pzp 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, W-wa 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 ustalenia wskazanych danych lub ich nieadekwatność musi wynikać z okoliczności „obiektywnych związanych ze zmianami organizacyjnymi po stronie któregośkolwiek z zainteresowanych podmiotów, wówczas należy przyjąć inną miarę do stosownych obliczeń. Tą inną miarą będą wiarygodne prognozy handlowe. Zgodnie z językowym znaczeniem słowa prognoza, jest to przewidywanie przyszłości na podstawie zdarzeń już znanych. Terminu tego w ustawie nie należy definiować zawężająco. Z prognoz, o których mowa w art. 67 ust. 9 Pzp, musi wynikać w sposób wiarygodny, spełnienie przesłanek, o których mowa powyżej. Mogą to być wszelkie dokumenty, wyceny, sprawozdania, bilanse, analizy finansowe zawarte porozumienia etc, zarówno sporządzone przez podmioty wyspecjalizowane, świadczące usługi w tym obszarze, ale również przez samych zainteresowanych, z których będą wynikać określone fakty. 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, PAIiH niewątpliwie w zasadniczy sposób zmienia zakres swoich zadań oraz zakres i sposób finansowania, co oznacza iż podlega procesowi reorganizacji. Zgodnie z uchwałą Nr 14/2016 Rady Ministrów z 16.02.2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” PAIiH powierza się nowe zadania w zakresie szeroko

rozumianej promocji polskiej gospodarki, w szczególności poprzez wspieranie polskich przedsiębiorstw za granicą za pomocą utworzonych nowych struktur, stanowiących zasadniczą zmianę struktury organizacyjnej PAliH, co wynikało m.in. z negatywnej oceny działalności Wydziałów Promocji Handlu i Inwestycji, które były tworzone w stolicach państw przy ambasadach RP, a nie w centrach prowadzenia działalności gospodarczej.

W takich okolicznościach zdecydowano o potrzebie skupienia zadań realizowanych dotychczas przez Wydziały Promocji Handlu i Inwestycji w jednej instytucji, która stanie się punktem pierwszego kontaktu dla eksportera i inwestora i stanowić będzie centrum wiedzy dla przedsiębiorcy planującego rozwój działalności inwestycyjnej bądź eksportowej. Potwierdzeniem powyższych założeń jest usytuowanie zadań i roli PAliH w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030) przyjętej uchwałą Rady Ministrów z 14.02.2017 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 02.09.2016 r. do realizacji zadania pn. „Wspieranie polskich przedsiębiorców w ekspansji eksportowej na wybranych rynkach”, polegającego na sukcesywnym otwieraniu w wybranych lokalizacjach oddziałów Agencji pn. Zagraniczne Biura Handlowe, co odpowiada reorganizacji o której w przepisie art. 67 ust. 9 Pzp. Zadanie to było realizowane w dniu wszczęcia 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 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 23.02.2017 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 07.07.2017 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 14.02.2017 r.) dokonanej przez Ministerstwo Rozwoju można również wnioskować, iż w kolejnych latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednich środków, w tym 71,7 mln PLN w 2019 r. Jednocześnie, Zamawiający zaprezentował tabelaryczne zestawienie proporcji przychodów za lata 2017-2019 według źródeł ich pozyskania, co ma uzasadniać wiarygodność ich pozyskania. W Tabeli nr 1 wskazany został średni przychód za 3 lata, tj. 2017-2019 w wysokości 67.400.588,3 oraz w rozbięciu na zadania powierzone 63.051.825,7 i pozostałą działalność 4.348.762,7. Tabela nr 2 określa przychody za rok 2017 - udział procentowy. Zgodnie z tą tabelą zadania powierzone przez MR w 2017 r. PALiH wynoszą 90,19%. Z kolei Tabela nr 3 określa przychody za lata 2017 - 2019 - udział procentowy. Zgodnie z tą tabelą zadania powierzone przez MR za lata 2017-2019 PALiH wynoszą 93,55%. Na zadania te, stosownie do wyjaśnień złożonych przez Zamawiającego składają się wyłącznie zadania powierzone przez Ministra Rozwoju. Natomiast kwestionowane przez Prezesa Urzędu przychody wynikające z umowy zawartej z Ministrem Spraw Zagranicznych (dalej: MSZ) lub z Ministrem Spraw Wewnętrznych i Administracji (dalej: MSWiA) wykazano w „pozostałej działalności” i 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.

Podkreślił, iż 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 KIO o sygn.. akt: 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.”

Niezależnie od powyższej argumentacji, wskazał, iż zadania dotyczące promocji gospodarki, w tym wspierania rozwoju eksportu i inwestycji polskich za granicą oraz wspierania napływu bezpośrednich inwestycji zagranicznych, są niewątpliwie zadaniami znajdującymi się w domenie Państwa, co wynika z przepisu art. 9 ustawy z 04.09.1997 r. o działach administracji rządowej. Zgodnie z motywem 5 preambuły do Dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. „(...) żaden przepis w niniejszej dyrektywie nie zobowiązuje państw członkowskich do zlecania podmiotom zewnętrznym świadczenia usług, które chcą świadczyć samodzielnie lub zorganizować w sposób inny niż w drodze zamówień publicznych w rozumieniu niniejszej dyrektywy (...)”. 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.

Prezes UZP w odpowiedzi z 03.08.2017 r. (znak: UZP/DKZP/WKZ5/420/2(14)/17/RB dot. KU/44/17/DKUE) na zastrzeżenia od wyniku kontroli uprzedniej w związku z przeprowadzoną przez Prezesa UZP kontrolą uprzednią wskazał, iż nie uwzględnia zastrzeżeń Zamawiającego dotyczących naruszeń Pzp. Oдноśnie pierwszego naruszenia. W pierwszej kolejności wskazał, że w piśmie z 06.06.2017 r. przy którym przekazane zostało również pismo PALiH z 06.06.2017 r., Zamawiający wyjaśnił, że „przedmiotem niniejszych zamówień nie są usługi użyteczności publicznej (wydana w przedmiotowej sprawie opinia Departamentu Prawnego UZP z 15.09.2016 r. znak: UZP/DP/O/026/463(4)/16/OS KW-6888/16).” Mając na uwadze powyższy fakt, Prezes UZP uwzględniając argumentację zawartą we wskazanych powyżej pismach, nie podniósł w Informacji o wyniku ww. kontroli uprzedniej, zarzutu naruszenia przez zamawiającego art. 36a ust. 2a 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, przedstawionej przez Zamawiającego interpretacji, zgodnie z którą usługi stanowiące przedmiot niniejszego zamówienia, nie stanowią usług o charakterze użyteczności publicznej, a tym samym nie podlegają

dyspozycji art. 36a ust. 2a Pzp. W związku z powyższym, również zawarte w art. 36a ust. 2a 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 Pzp. Stanowisko Prezesa UZP, na które powołuje się w zastrzeżeniach Zamawiający (opinia z 15.09.2016 r. znak: UZP/DP/O/026/463(4)/16/OS KW-6888/16, stanowiąca odpowiedź na zapytanie Ministra Rozwoju z 29.08.2016 r.) w pełni potwierdzało tę tezę. Tym samym też - jak wskazano powyżej - u podstaw zarzutu postawionego Zamawiającemu nie leżało naruszenie art. 36a ust. 2a Pzp. Warto przy tej okazji zauważyć, że w ww. opinii Prezesa UZP, znajduje się również odwołanie do stanowiska Prezesa UZP z 23.08.2016 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 UZP wyrażonego w opinii z 23.08.2016 r. (znak: UZP/DP/O/026/463/16/OS dot. KW-6344/16) przygotowanej na wniosek Ministra Rozwoju z 05.08.2016 r. warto podkreślić, że w przypadku dopuszczenia nieograniczonej możliwości podwykonawstwa 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 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 kategorię zakazu obejścia zasady konkurencyjności i przejrzystości zamówień publicznych oraz z poszanowaniem zasady powszechności zamówień publicznych.” Powyższe, biorąc pod uwagę ustalenia kontroli Prezesa UZP 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.

Podkreślił, że konstrukcja stwierdzonego naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp opiera się na wyjątkowym charakterze zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 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 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 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 Pzp, doznaje ograniczeń. Dwa pierwsze z nich wynikają z kolejnych ustępów art. 36a 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 Pzp, nie oddziałują ani na kontrolowane postępowanie, ani na stwierdzone w nim naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. Natomiast, wpływ na ograniczenie zasady wyrażonej w art. 36a ust. 1 Pzp w przedmiotowej sprawie ma opisany powyżej charakter zamówienia udzielanego na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, jak i obowiązek równego traktowania wykonawców i zachowania uczciwej konkurencji oraz proporcjonalności i przejrzystości, o których mowa w art. 7 ust. 1 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 spełniania wszystkich przesłanek określonych w art. 67 ust. 1 pkt 12 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 Pzp.

Odnosząc się do kwestii oceny działań (części zamówienia) jaka ma zostać wykonana przez PANH, 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 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 12.06.2017 r. wskazał, że *„(...) ograniczenie podwykonawstwa wynikające z art. 36a ust. 2a 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 2) 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 PAHH „*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 PAHH (...). Ocena istotności działań osobiście wykonywanych przez PAHH prowadzi do wniosku, że PAHH 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 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 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 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 UZP, „*iz 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 II lit. D (dalej: JEDZ), oraz do informacji zawartej w piśmie PAIH z 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 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 Pzp.

Czym innym bowiem jest zobowiązanie się przez wykonawcę wybranego w ramach przedmiotowego zamówienia, do stosowania przepisów 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 Pzp. Pierwszy rodzaj zobowiązania oznacza jedynie, że dany podmiot zobowiązuje się stosować 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 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 uznał, 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 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 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 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 obciążona ryzykiem. Podkreślił przy tym 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.

Odniesienie drugiego naruszenia. W odniesieniu z kolei do zastrzeżeń wniesionych wobec naruszenia art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 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) Pzp w zw. z art. 67 ust. 8 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) Pzp wskazał, co następuje. Zgodnie z wyrokiem Trybunału Sprawiedliwości UE (TSUE) z 29.11.2012 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: „PAliIZ”), 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 16.10.2015 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) Pzp.

Jeszcze raz podkreślił, że zgodnie z opinią Departamentu Prawnego UZP z 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 wątpienia 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. (...) 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) 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 PAliH. 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) 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) 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 powierzanymi 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 08.12.2016 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 11.05.2016 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) 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 Pzp. (...). Jednostka sektora finansów publicznych (m.in. właściwy minister) jest osobnym zamawiającym w rozumieniu art. 67 ust. 1 pkt 12 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 (stationes fisci) będzie możliwe tylko jeśli zakres kontroli tego reprezentanta nad osobą prawną wypełniać będzie dyspozycją 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) 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, przyjmując należy, że użyte w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) 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) 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” (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 Pzp, wyklucza możliwość zaistnienia przesłanki z art. 67 ust. 9 Pzp i na odwrót. Tym samym, twierdzenia Zamawiającego w tym zakresie uznać należy za nielogiczne i wewnętrznie ze sobą sprzeczne. Wykładnia językowa ww. przepisów wskazuje na pierwszeństwo zastosowania art. 67 ust. 8 Pzp do obliczania procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) Pzp, a jedynie w sytuacji, gdy ze względów wskazanych w art. 67 ust. 9 Pzp, dane obliczone zgodnie z art. 67 ust. 8 Pzp są niedostępne lub nieadekwatne, pojawia się możliwość zastosowania przepisu art. 67 ust. 9 Pzp i posłużenia się wiarygodnymi prognozami handlowymi. Zamawiający w toku kontroli nie powoływał się na wypełnienie przesłanki z art. 67 ust. 9 Pzp, co oznacza, że podstawą udzielenia zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, nie była kwestia związana z reorganizacją działalności (art. 67 ust. 9 Pzp), a podstawowa zasada obliczania średniego przychodu osiągniętego przez osobę prawną lub zamawiającego za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (art. 67 ust. 8 Pzp).

Odnosząc się jednak do zawartych w zastrzeżeniach argumentów Zamawiającego dotyczących treści art. 67 ust. 9 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 07.02.2017 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 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 PANH 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) 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 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 Pzp.

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 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 Pzp w ogóle, ale przez możliwość udzielenia zamówienia z wolnej ręki, pod warunkiem spełnienia przesłanek uprawniających zamawiającego do zastosowania tego trybu.

Jednocześnie Prezes UZP, poinformował stosownie do treści art. 171 a Pzp w zw. z art. 167 ust. 2 Pzp, wobec nieuwzględnienia zastrzeżeń od wyniku kontroli uprzedniej o ich przekazaniu do zaopiniowania przez Krajową Izbę Odwoławczą.

Na tym tle Krajowa Izba Odwoławcza zobowiązana była na podstawie art. 167 ust. 3 Pzp wydać niniejszą uchwałę.

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

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp. W tym zakresie, należy wskazać, że wiążącą jest zasada prymatu trybów konkurencyjnych wobec niekonkurencyjnych (art. 10 ust.1 Pzp). Jednakże, powyższe nie ma charakteru bezwzględnego. Można od nich odstąpić, przy czym wyłącznie w przypadkach w ustawie określonych (art. 10 ust. 2 Pzp). W wypadku art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp ważne jest, aby zastosowanie trybu wynikające z tego przepisu miało miejsce, gdy zmaterializują się okoliczności które wynikają z dyspozycji zawartych w tym przepisie. W ocenie składu orzekającego, zarzut naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp w zw. z art. 7 ust. 1 Pzp jest niezasadny. Dokonana wykładnia w informacji o wynikach kontroli nie ma oparcia w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ani w innych przepisach dotyczących kwestii podwykonawstwa. Odwołanie się do art. 7 ust. 1 Pzp jest wynikiem w dużej mierze określonych założeń przyjętych w toku kontroli, zwłaszcza w kontekście uznania, że podwykonawcy zostaną wybrani w sposób nie gwarantujący pełnego poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości.

Nadto, w informacji o wynikach kontroli zakłada się niezależnie od art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp, iż co do zasady wykonawca, któremu udziela się tego zamówienia musi być zdolny do

wykonania samodzielnie danego zamówienia i dysponować odpowiednimi zasobami to umożliwiającymi.

W tym kontekście istotny jest również art. 36a ust. 1 Pzp zawierający ogólną zasadę o możliwości powierzenia wykonania części zamówienia podwykonawcy oraz wyjątki z ust. 2 i 2a art. 36 a Pzp. W pierwszym wypadku - Zamawiający może zastrzec obowiązek osobistego wykonania przez wykonawcę (czyli jest to zależne od Zamawiającego):

- 1) kluczowych części zamówienia na roboty budowlane lub usługi,
- 2) związanych z rozmieszczeniem i instalacją, w ramach zamówienia na dostawy (art. 36a ust. 2 Pzp). W drugim, Wykonawca, któremu udzielono zamówienia na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12-14, którego przedmiotem jest świadczenie usług użyteczności publicznej lub roboty budowlane, jest obowiązany osobiście wykonać kluczowe części tych usług lub robót (art. 36a ust. 2a Pzp).

Żadne z ograniczeń wynikających z art. 36 a ust. 2 i 2a Pzp nie ma zastosowania w przedmiotowym stanie faktycznym, co także wynikało z informacji o wynikach kontroli i odpowiedzi na zastrzeżenia. Zamawiający nie zastrzegł osobistego wykonania, ani usługi nie mają też charakteru użyteczności publicznej.

Jednakże, Izba nie podziela także stanowiska, jakoby w przedmiotowym zamówieniu główną część zamówienia Wykonawca któremu udzielono tego zamówienia (Państwowa Agencja Inwestycji i Handlu S.A. zwana dalej: „PALiH”) nie wykona samodzielnie. W ocenie Izby, w informacji o wynikach kontroli i odpowiedzi na zastrzeżeniach brak jest obiektywnego spojrzenia na tą kwestię. Oparto się nie na Szczegółowym Opisie Przedmiotu Zamówienia stanowiącym załącznik nr 2 do zaproszenia do negocjacji, ale udzielonej odpowiedzi z 12.06.2017 r. Przy czym, także w tej odpowiedzi Zamawiający wskazywał na istniejące uwarunkowania wynikające z przedmiotu zamówienia powodujące, że określenie zadań o charakterze głównym jest niezmiennie trudno. Niewątpliwie stanowisko Zamawiającego z zastrzeżeń, odnośnie posiadania przez Wykonawcę własnych zasobów kadrowych odnośnie prac koncepcyjno-kadrowych jest trafne w kontekście właśnie owego załącznika nr 2 oraz informacji z przebiegu negocjacji (str. 13 protokołu kontroli uprzedniej). Zasadnicza bowiem część zamówienia, mająca niewymierny charakter odnosiła się do – „Promocji gospodarki w oparciu o polskie marki produktowe – Marka Polskiej Gospodarki – Brand” (str. 1 załącznika nr 2 do zaproszenia do negocjacji). Kwestie zaś zaprojektowania stoisk informacyjno-promocyjnych (4.1.1.1), przedstawienia scenariuszy co do działań kreatywnych (4.1.3.1), zaplanowania kampanii promocyjnych w Internecie (4.2.1), zaprojektowania folderów (4.4.1), przedstawienia propozycji gadżetów (4.5.3), przedstawienia propozycji scenariuszy wizyt studyjnych (4.6.1) oraz przygotowanie materiału promocyjnego co musi być poprzedzono koncepcją filmu promocyjnego oraz relacji fotograficznej (4.6.4 – q i r),

czyni twierdzenia Zamawiającego co do przewagi i wiodącego charakteru działań kreatywnych i koncepcyjnych nad czynnościami technicznymi za wiarygodne i uzasadnione.

W konsekwencji planowane powierzenie przez Wykonawcę – PAliH, z którym prowadzono negocjacje realizacji części zamówienia podwykonawcy lub podwykonawcom nie świadczy o udzieleniu zamówienia *in-house* z naruszeniem przesłanek zastosowania trybu zamówienia z wolnej ręki. Stanowisko takie byłoby uzasadnione, gdyby art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, przewidywał ograniczenia możliwości powierzania jego realizacji podwykonawcom, a tak nie jest. W konsekwencji argumentacja Prezesa UZP przedstawiona na poparcie przedmiotowego zarzutu jest chybiona. Nie znajduje oparcia w żadnym z ustawowych warunków dopuszczalności udzielenia zamówienia *in-house*. Opiera się wyłącznie na rzekomym naruszeniu przepisu art. 7 ust. 1 Pzp. Mając jednak na względzie, że wyraża ten przepis jedną z ogólnych zasad systemu zamówień publicznych, doznającą konkretyzacji w przepisach Pzp regulujących szczegółowe kwestie związane z ich udzielaniem, nie może - w opinii Izby - stanowić samodzielnej podstawy stwierdzonego w treści informacji o wyniku kontroli naruszenia.

Izba nie podzieliła także założenia, że owi podwykonawcy zostaną wybrani przez Wykonawcę – PAliH w sposób nie gwarantujący pełnego poszanowania zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców oraz proporcjonalności i przejrzystości. Założenie zostało dokonane w oparciu o JEDZ oraz pismo Wykonawcy z 29.05.2017 r. Izba wskazuje, że dokonano założenia negatywnego co do sposobu wyboru podwykonawców, mimo że z przytoczonych w informacji o wynikach kontroli danych można równie dobrze przyjąć założenie odwrotne. Negatywne stwierdzenie definitywne w tym zakresie jest nieuzasadnione i przedwczesne.

Z uwagi na powyższe, Izba uwzględniła zastrzeżenia odnośnie pierwszego zarzutu.

Odnosnie zarzutu naruszenia przez Zamawiającego art. 67 ust. 1 pkt 12 w zw. z art. 67 ust. 8 Pzp.

Skład orzekający nie podzielił argumentacji Zamawiającego o możliwości ustalenia współczynnika, o którym mowa w przepisie art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp w oparciu o art. 67 ust. 8 Pzp. W ocenie Izby u podstaw błędu Zamawiającego legło nieuzasadnione przekonanie, że Zamawiającym sprawującym kontrolę, o którym mowa w pierwszym z przywołanych przepisów jest, w odniesieniu do PAliH, Skarb Państwa. Jednakże, Izba uznała, że Zamawiający zasadnie podnosił w toku wyjaśnień udzielanych Prezesowi UZP podczas kontroli, ale także w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania, iż był uprawniony do udzielenia zamówienia PAliH na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp, gdyż w dniu wszczęcia postępowania realizował się konieczny warunek udzielenia zamówienia

w zakresie współczynnika (w zakresie lit. b) na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp. Należy zauważyć, że art. 67 ust. 8 i 9 Pzp mają charakter pomocniczy względem art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp i same w sobie nie są podstawą udzielenia zamówienia. Przy czym, niewątpliwie, aby Zamawiający mógł udzielić zamówienia na podstawie art. 67 ust.1 pkt 12 Pzp musi ustalić, czy spełnia przesłankę odnośnie współczynnika, czyli muszą zaistnieć obiektywne przesłanki wskazane w ust. 8 albo 9. W ocenie Izby, jeżeli w toku kontroli okazało się, że procent działalności, wyliczony na podstawie ust. 8, nie uprawniał Zamawiającego do zastosowania art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, rolą Prezesa UZP było ustalenie, czy spełniona została przesłanka z ust. 9 wskazanego artykułu, zwłaszcza, jeżeli w toku kontroli (a nawet w zawiadomieniu o wszczęciu postępowania) Zamawiający na tę okoliczność zwracał uwagę. Celem kontroli winno być przede wszystkim ustalenie, czy Zamawiający mógł co do zasady zastosować tryb z wolnej ręki, nie zaś okoliczność, czy zastosował odpowiednie zasady obliczania wymaganego procentu działalności spółki. Podkreślić należy, że zarzucono Zamawiającemu naruszenie art. 67 ust. 1 pkt 12 w związku z art. 67 ust. 8 Pzp, nie zaś samego art. 67 ust. 8 Pzp. Wobec braku zbadania przesłanki wskazanej w art. 67 ust. 9 Pzp, brak jest podstaw do przyjęcia, że Zamawiający w dniu wszczęcia postępowania nie był uprawniony do zastosowania trybu z wolnej ręki.

Względem zaś art. 67 ust.1 pkt 12 lit. b Pzp Izba podnosi, że nie może być ten artykuł interpretowany w oderwaniu od motywu 32 preambuły dyrektywy 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, ze zm.; dalej – dyrektywa zamówieniowa lub dyrektywa), zgodnie z którym procedury przewidziane w dyrektywie nie powinny mieć zastosowania do zamówień publicznych udzielanych kontrolowanym osobom prawnym, jeżeli instytucja zamawiająca sprawuje nad daną osobą prawną kontrolę podobną do kontroli, jaką sprawuje nad własnymi jednostkami, pod warunkiem że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą lub przez inne osoby prawne kontrolowane przez tę instytucję zamawiającą, bez względu na to, kto jest beneficjentem wykonywanego zamówienia.

Mimo że przytoczony motyw dyrektywy stanowi o jej niestosowaniu w okolicznościach w nim wskazanych, polski ustawodawca zdecydował, że tego typu zamówienia podlegają Pzp. i mogą być udzielane w trybie z wolnej ręki. Jednocześnie zdecydowano o podniesieniu minimalnego zakresu działalności kontrolowanej osoby prawnej zleconej przez kontrolującego zamawiającego z 80% do 90%. Wskazany motyw stanowi, iż warunkiem niestosowania dyrektywy jest okoliczność, że kontrolowana osoba prawna prowadzi ponad 80 % swojej działalności w ramach wykonywania zadań powierzonych jej przez kontrolującą instytucję zamawiającą. Interpretacja tego zapisu nie pozostawia wątpliwości co do tego, iż

chodzi tu o działalność powierzoną bezpośrednio przez Zamawiającego. Tak też powinien być odczytywany analogiczny warunek wskazany w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp. Bez znaczenia jest tu fakt, że dyrektywa tego rodzaju zamówień nie obejmuje w ogóle, natomiast Pzp stanowi, iż mogą być one udzielane w trybie z wolnej ręki. Należy mieć bowiem na względzie, że cały czas mowa jest o zamówieniach tego samego rodzaju, z tą różnicą, że w ustawodawstwie europejskim nie są one objęte reżimem dyrektywy, a w Polsce podlegają Pzp. Definicje tych zamówień w obu wskazanych aktach prawnych, jeśli nawet nie są dosłowne, to pod względem znaczeniowym nie mogą się od siebie różnić.

Izba, jak było to sygnalizowane na wstępie, nie podziela stanowiska Zamawiającego, iż wykładnia systemowa art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b Pzp prowadzi 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 Pzp.

Art. 67 ust. 1 pkt 12 posługuje się terminem „zamawiającego, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a”. Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1, ustawę stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych. Zgodnie zaś z art. 9 pkt 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 roku o finansach publicznych (Dz. U. z 2016 roku, poz. 1870 ze zm.), sektor finansów publicznych tworzą organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały. Tym samym uznać należy, że Ministerstwu Rozwoju jest Zamawiającym w rozumieniu Pzp. Podkreślenia wymaga, że art. 3 ust. 1 pkt 1-3a nie obejmuje swym zakresem Skarbu Państwa. Innymi słowy, Skarb Państwa nie jest Zamawiającym w rozumieniu Pzp, w związku z czym brak jest podstaw do uznania, że Zamawiającym, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, może być Skarb Państwa.

Potwierdzeniem powyższego są również definicje „instytucji zamawiających” oraz „instytucji administracji centralnej” zawarte w dyrektywie zamówieniowej. W myśl art. 2 ust. 1 pkt 1 dyrektywy, przez „instytucje zamawiające” należy rozumieć: państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Zgodnie zaś z pkt. 2, „instytucje administracji centralnej” to instytucje zamawiające wymienione w załączniku I oraz – w przypadku korekt lub zmian dokonanych na poziomie krajowym – podmioty będące ich następcami prawnymi. Wspomniany wyżej załącznik nr I „Instytucje administracji centralnej” w części dot. Polski wymienia Ministerstwo Gospodarki. W związku z tym, iż Ministerstwo Rozwoju powstało na mocy rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 7 grudnia 2015 r. w sprawie utworzenia Ministerstwa Rozwoju oraz zniesienia Ministerstwa

Gospodarki, uznać należy, iż jest ono instytucją zamawiającą również w rozumieniu dyrektywy. Cytowany już wyżej motyw 32 preambuły dyrektywy zamówieniowej posługuje się terminem „instytucja zamawiająca”. Termin ten należy rozumieć tak, jak o tym stanowią wskazane wyżej definicje „instytucji zamawiających” i „instytucje administracji centralnej”. Tym samym przyjąć należy, że to to instytucja zamawiająca (w rozpoznawanym przypadku Ministerstwo Rozwoju) musi sprawować kontrolę nad wskazaną osobą prawną.

Nie ulega wątpliwości, że właścicielem PAliH jest w 100% Skarb Państwa, na którego rzecz w stosunkach cywilnoprawnych działają *stationes fisci*. Należy jednak mieć na uwadze, że uprawnienia właścicielskie Skarbu Państwa wykonywane są na podstawie zasad i poprzez podmioty, o których mowa w ustawie z 16.12.2016 r. o zasadach zarządzania mieniem państwowym (Dz. U. poz. 2259). Ustawa 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, wykaz spółek, w których Prezes RM przekazał swoje uprawnienia właścicielskie innym osobom, określa się w drodze rozporządzenia. Rozporządzenie Rady Ministrów z 03.01.2017 r. w sprawie wykazu spółek, w których prawa z akcji Skarbu Państwa wykonują inni niż Prezes Rady Ministrów członkowie Rady Ministrów, pełnomocnicy Rządu lub państwowe osoby prawne (Dz. U. poz. 10) w poz. 306 załącznika wskazuje, że prawa z akcji Skarbu Państwa wobec Polskiej Agencji Inwestycji i Handlu S.A. z siedzibą w Warszawie wykonuje Minister Rozwoju i Finansów.

Realizacja praw z akcji Ministra Rozwoju i Finansów wobec PAliH odpowiada wskazanemu w art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a Pzp warunkowi kontroli polegającej na dominującym wpływie na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami PAliH. 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). Wskazując zatem na powyższe, Izba uznała, że Zamawiającym sprawującym kontrolę nad PAIH w rozumieniu art. 67 ust.1 pkt 12 lit. a Pzp jest Minister Rozwoju i Finansów, którego obsługę zapewnia Ministerstwo Rozwoju. Stanowisko, iż Zamawiającym miałby być w tym przypadku Skarb Państwa, w świetle powyższego, nie może być uznane za zasadne.

Izba, natomiast, jak było to sygnalizowane na wstępie, uznała za słuszne stanowisko Zamawiającego, iż był uprawniony do udzielenia PAIH zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, ponieważ w dniu wszczęcia postępowania PAIH spełniała przesłankę z art. 67 ust. 9 Pzp. Przywołany art. 67 ust. 9 Pzp 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. Jednocześnie, Izba podkreśla, że niezrozumiałe jest stanowisko z odpowiedzi na zastrzeżenia, że w toku kontroli Zamawiający nie powoływał się na przesłanki z art. 67 ust. 9 Pzp.

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania (str. 5 - pierwszy akapit od góry) Zamawiający zawarł, że: *„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).”*

Z kolei pismem z 26.06.2017 r. Zamawiający stwierdził, że: *„Niezależnie od powyższego, jeśli Prezes UZP zakwestionowałby zaliczenie powyżej wymienionych zadań do ustalenia średniego przychodu osiągniętego przez PAIH za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia - zgodnie z przepisem art. 67 ust.8 ustawy pzp, to wskazuję na możliwość alternatywnego sposobu ustalenia średniego przychodu PAIH S.A., tj. na podstawie przepisu art. 67 ust. 9 ustawy pzp. Wyjaśniam, iż PAIH S.A. w zasadniczy sposób zmienia zakres swojego finansowania i realizacji zadań statutowych. Obecnie procedowana jest w sejmie ustawa o wykonywaniu zadań z zakresu promocji polskiej gospodarki przez Polską Agencję Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna, 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.”

Z kolei pismem z 05.07.2017 r. Prezes UZP zgodnie z informacją z protokołu kontroli zwrócił się do Zamawiającego o udzielenie szczegółowych wyjaśnień w zakresie:

- spełnienia na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań o udzielenie zamówień, przesłanki określonej w art. 67 ust. 9 Pzp umożliwiającej zastosowanie rozwiązania, zgodnie z którym procent działalności można ustalić za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych;
- wiarygodności prognoz handlowych, które mogłyby stanowić podstawę wyliczenia procentu działalności, o którym mowa w art. 67 ust. 1 pkt 12 Pzp, w kontekście trwającego procesu legislacyjnego wskazanego w przywołanym powyżej piśmie.

W odpowiedzi pismem z 07.07.2017 r. Zamawiający stwierdził, że: „Dyspozycja przepisu art. 67 ust. 9 pzp zezwala na ustalenie procentu o którym mowa w ust. 1 pkt 12 art. 67 pzp, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych w przypadku reorganizacji działalności podmiotu.

Taka właśnie sytuacja dotyczy PAIH, spółki której zgodnie z uchwałą Nr 14/2016 Rady Ministrów z dnia 16 lutego 2016 r. w sprawie przyjęcia „Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju” 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 PAIH, co wynikało m.in. z negatywnej oceny działalności Wydziałów Promocji, Handlu i Inwestycji [dopisek wł. WPHI], 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 WPHI 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.

Ustalono, że zadania te będą realizowane przez PAIH, a konsekwencją tego są:

- 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 [dop. wł. mowa] w przepisie art. 67 ust. 9 pzp. Zadanie to 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;
- dokonanie przez Skarb Państwa zmiany nazwy Agencji z: Polska Agencja Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. na

Polska Agencja Inwestycji i Handlu S.A., co nastąpiło z dniem 02.02.2017 r. - tj. data wpisu w rejestrze przedsiębiorców KRS; -wszczenie 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 14 lutego 2017 r. i obecnie ustawa procedowana jest w Sejmie);

- zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji, implikujące też zmianami kadrowymi.

2. Powyższej opisane, zachodzące zmiany organizacyjne w działalności Agencji (trwające na dzień wszczęcia przedmiotowych postępowań) skutkują zasadniczą zmianą struktury przyszłych przychodów Agencji, co pozwala uznać, iż średnie przychody Agencji za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia mogą nie być adekwatne. Jak wynika z treści projektu ww. Ustawy Agencja pozyska środki z dotacji celowych i podmiotowych w 2017 r. w wysokości 45,5 mln PLN, natomiast z Oceny Skutków Regulacji (z dnia 14 lutego 2017 r.) dokonanej przez Ministerstwo Rozwoju wynika, iż w kolejnych latach przewiduje się przeznaczenie dla Agencji odpowiednio: 45,5 mln PLN w 2018 r., 71,7 mln PLN w 2019 r., a w następnych latach do 2026 r. po 102,5 mln PLN. Powyższe przychody w proporcji do środków przewidywanych do pozyskania z działalności własnej (przewidywane w planie finansowym, skorygowane faktycznym wykonaniem do chwili obecnej) za rok 2017 stanowią 90,15%.

Wiarygodność powyższych informacji wynika zarówno z realizowanej obecnie przez Agencję umowy dotacyjnej, w tym prowadzenie procesu tworzenia Zagranicznych Biur Handlowych, prawdopodobieństwa graniczącego z pewnością uchwalenia Ustawy, która obecnie jest na etapie skierowania do II czytania w Sejmie oraz zapewnień i deklaracji składanych przez Ministra Rozwoju i Finansów co do zabezpieczenia źródeł finansowania dla Agencji oraz usytuowania Agencji w strukturze Grupy Polskiego Funduszu Rozwoju ."

Jak wynika z informacji o wyniku kontroli, Prezes UZP zaniechał zbadania, czy w istocie, w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki PAliH spełniała warunki w zakresie prowadzonej działalności, ustalone na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp. Stwierdził jedynie, iż spełnianie przesłanek uprawniających do zastosowania trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki podlega ocenie na dzień wszczęcia danego postępowania, w związku z czym planowane przekształcenia PAliH w zakresie jego finansowania i realizacji zadań statutowych 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 Pzp, za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych, na podstawie art. 67 ust. 9 Pzp. Ponadto wskazał, iż przedstawione przez Zamawiającego

informacje i dokumenty sugerują, że do określonej w art. 67 ust. 9 Pzp reorganizacji działalności ww. wykonawcy jeszcze nie doszło, gdyż – jak wynika z porównania treści § 3 Statutu PAliIZ z 8.08.2012 r. oraz § 3 Statutu PAliH zawartego w formie aktu notarialnego (repertorium A nr 38614/2016) – do tej pory nie uległ zmianie zasadniczy zakres i cel działania PAliZ.

W ocenie Izby, z takim stanowiskiem nie sposób się zgodzić. Reorganizacja PAliH trwa co najmniej od kilkunastu miesięcy, o czym świadczy uchwała Nr 14/2016 Rady Ministrów z 16.02.2016 r. w sprawie przyjęcia „*Planu na rzecz odpowiedzialnego rozwoju*”, gdzie PAliH powierzono nowe zadania w zakresie szeroko rozumianej promocji polskiej gospodarki, oraz szereg innych podjętych czynności, na które zamawiający zwracał uwagę w złożonych zastrzeżeniach. Bez wątplenia reorganizacja ta miała miejsce w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Brak jest podstaw do uznania, iż dopiero zmiana zasadniczego zakresu i celu działania Agencji w Statucie spółki uprawnia do stwierdzenia, że doszło do reorganizacji. W związku z brakiem legalnej definicji „*reorganizacji*” wydaje się, iż należy posłużyć się jej znaczeniem spoza języka prawniczego, możliwie najbliższym oddającym procesy zachodzące w reorganizowanej spółce. Najprościej rzecz ujmując wskazać należy, iż jest to „*ponowna organizacja*” – przebudowa, usprawnienie. W spółkach prawa handlowego z pewnością będą to łączenia, podziały i przekształcenia spółek, ale również zmiana schematu organizacyjnego, wymiana kadry pracowniczej, wprowadzenie zmian w systemie finansowania, przystosowanie profilu działania spółki do innej grupy odbiorców itp.

Zamawiający w zastrzeżeniach do wyniku kontroli zwrócił uwagę na następujące działania, jakie miały miejsce w spółce:

- powierzenie Spółce z dniem 02.09.2016 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, utworzenie w lutym 2017 r. w Kenii spółki zależnej,
- 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.,
- 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,
- zmiany w zakresie struktury wewnętrznych komórek Agencji (likwidacja komórek organizacyjnych, reorganizacja innych komórek) implikujące też zmiany kadrowe.

W ocenie Izby działania te uprawniają do stwierdzenia, że w PAliH ma miejsce reorganizacja, która trwała w dniu wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Z uwagi na różnorodny charakter działań oczywistym wydaje się stwierdzenie, że reorganizacja jest procesem długotrwałym i brak jest podstaw do przyjęcia, że o reorganizacji decyduje wyłącznie zmiana jej działalności uwidoczniiona w Statucie.

Jak wskazuje treść art. 67 ust. 9 Pzp, sam fakt reorganizacji nie jest wystarczający do zastosowania trybu z wolnej ręki. Warunkiem *sine qua non* jest okoliczność, że reorganizacja powoduje, iż dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne. W ocenie Izby, w rozpoznawanym przypadku nie może być mowy o niedostępności danych, o których mowa we wskazanym przepisie. Zamawiający zresztą takich okoliczności nie podnosił. Zwracał natomiast uwagę na nieadekwatność danych w związku z prowadzoną reorganizacją i zaprezentował dane, z których wynika, że w 2017 roku zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 90,19% działalności, zaś pozostała działalność stanowić będzie 9,81% ogólnej działalności oraz dane, z których wynika, że w latach 2017-2018 zadania powierzone Agencji przez Ministerstwo Rozwoju stanowiąc będą 93,55% działalności, zaś pozostałe zadania – 6,45% działalności.

W związku z tym, iż podane przez Zamawiającego dane, ustalone na podstawie art. 67 ust. 8 Pzp, różnią się od danych ustalonych na podstawie ust. 9, przyjąć należy, iż są one nieadekwatne w rozumieniu tegoż ustępu, co uprawniało Zamawiającego do jego zastosowania. Ponownego podkreślenia wymaga fakt, iż Prezes UZP okoliczności tych nie zbadał, w związku czym Izba przyjęła, iż przyjęte przez Zamawiającego wartości odpowiadają prawdzie.

Z uwagi na powyższe, Izba uwzględniła zastrzeżenia odnośnie drugiego zarzutu.

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

Przewodniczący:

.....

Członkowie:

.....

.....