

Znak sprawy RA-Z-04/WR/2019

Zielona Góra, dnia 03.01.2019 r.

## INFORMACJA NR 1 - UZASADNIENIE FAKTYCZNE WYBORU TRYBU

Dotyczy: postępowania prowadzonego w trybie z wolnej ręki przeprowadzenie warsztatów, kursów i szkoleń dla studentów uczestniczących w projekcie

Lubuski Ośrodek Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych Sp. z o.o. z siedzibą w Sulechowie jest spółką celową powołaną przez Państwową Wyższą Szkołę Zawodową w Sulechowie.

Zgodnie z § 3 Aktu Założycielskiego, Spółkę powołano jako uczelnianą spółkę celową w celu zarządzania infrastrukturą naukowo-badawczą powstałą w ramach projektu pn. „Lubuski Ośrodek Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych (LOliWA) w Kalsku” oraz w celu wykorzystania potencjału intelektualnego i technicznego Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Sulechowie i transferu wyników prac naukowych do gospodarki. Ponadto zgodnie z § 6 ust. 1 Aktu Założycielskiego, celem działalności Spółki jest:

1. zarządzanie infrastrukturą naukowo-badawczą,
2. komercjalizacja wyników badań naukowych i prac rozwojowych,
3. usługi doradcze, analizy, opinie i ekspertyzy w zakresie prowadzonych badań,
4. usługi inżynierijno techniczne w zakresie prowadzonych badań,
5. usługi tytułem korzystania z infrastruktury naukowo badawczej.

Od 01 września 2017 r., na podstawie Rozporządzenia Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego z dnia 17 lipca 2017 r. w sprawie połączenia Uniwersytetu Zielonogórskiego w Zielonej Górze oraz Państwowej Wyższej Szkoły Zawodowej w Sulechowie, PWSZ i Uniwersytet Zielonogórski funkcjonują jako jedna uczelnia, zaś PWSZ w Sulechowie stał się Wydziałem Zamiejscowym Uniwersytetu w Sulechowie.

LOliWA Sp. z o.o. zajmuje się transferem korzyści ekonomicznych na podstawie umowy Nr RPLB.02.02.00-08-001/09-00 z dnia 22 października 2010 r. o dofinansowanie Projektu pn. „Lubuski Ośrodek Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych (LOliWA) w Kalsku”, w szczególności realizacją zadań o charakterze gospodarczym na powierzonych w zarządzanie infrastrukturze, ujętych w Studium Wykonalności, m. in.: usługi analiz, usługi doradcze, usługi udostępniania infrastruktury, usługi inżyniersko-techniczne (badania, pomiary i inne). Ponadto Spółka zajmuje się pozyskiwaniem kontrahentów usług naukowo-badawczych i ich realizacją z uwzględnieniem dostępu na niedyskryminujących warunkach do usług świadczonych z wykorzystaniem infrastruktury, oraz organizacją szkoleń i kursów z wykorzystaniem infrastruktury naukowo-badawczej. Powyższe przyjęte w oparciu o dane przekazane przez Spółkę (pismo z dnia 15 listopada 2018 r.)

Zgodnie z Studium Wykonalności, LOliWA Sp. z o.o. – według danym przekazanych przez Spółkę w piśmie z dnia 15 listopada 2018 r. wraz Tabelką - prowadzi również działalność zmierzającą m.in. do przygotowania kompetentnej kadry technicznej na poziomie podstawowym, średnim i inżynierskim z zakresu inżynierii rolniczej oraz działań w celu podniesienia poziomu wykształcenia społeczeństwa, zwiększenie potencjału innowacyjnego nauki oraz informatyzacji społeczeństwa.

Według ww. pisma główne obszary działalności Lubuskiego Ośrodka Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych PWSZ w Sulechowie skupiają się wokół prac dla sektora rolno-spożywczego, a w szczególności dla przetwórstwa spożywczego, ogrodnictwa i szkółkarstwa. Wyposażenie Lubuskiego Ośrodka Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych PWSZ w Sulechowie umożliwia prowadzenie wielu innowacyjnych badań, i jest doskonałą bazą do prowadzenia warsztatów i szkoleń. LOliWA Sp. z o.o. dysponuje nowoczesnym, innowacyjnym sprzętem naukowo – badawczym, który ułatwi przekazanie praktycznej wiedzy i umiejętności. Przedmiotowa Spółka jest jedynym tak wysoko wyspecjalizowanym ośrodkiem na terenie województwa lubuskiego.

Zgodnie z danymi przekazanymi przez LOIWA przychodami Spółki są wpłaty za usługi: szkoleń, analiz, doradcze, udostępniania infrastruktury, usług inżynieryjno-technicznych (badań, pomiarów i inne) oraz inne, które stanowią działalność będącą przedmiotem Projektu „Lubuski Ośrodek Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych (LOIWA) w Kalsku”.

Przychody Spółki na przestrzeni lat 2018 – 2015 według ww. pisma z dnia 15 listopada 2018 r. z podziałem na ich źródła, przedstawiono w Tabeli poniżej.

| LOIWA Sp. z o.o. - przychody netto ze sprzedaży usług (zł) |                                      |                     |               |                     |               |                   |               |                   |               |
|--|--------------------------------------|---------------------|---------------|---------------------|---------------|-------------------|---------------|-------------------|---------------|
| LP.  | Kategoria                            | 2018 r.*            |               | 2017 r.             |               | 2016 r.           |               | 2015 r.           |               |
|  |                                      | Wartość w zł        | Udział w %    | Wartość w zł        | Udział w %    | Wartość w zł      | Udział w %    | Wartość w zł      | Udział w %    |
| 1.   | Szkolenia                            | 578 700,83          | 41,83         | 258 584,77          | 24,68         |                   |               |                   |               |
| 2.   | Wynajem/dzierżawa pomieszczeń        | 374 851,54          | 27,10         | 405 785,11          | 38,74         | 10 449,56         | 3,47          | 700,00            | 0,10          |
| 3.   | Badania                              | 417 160,80          | 30,16         | 365 623,38          | 34,90         | 273 883,94        | 91,03         | 657 875,60        | 97,76         |
|  | B+R+W (vouchery i inne projekty)     | 210 166,12          | 15,19         | 110 187,05          | 10,52         | 76 037,74         | 25,27         | 551 317,88        | 81,92         |
|  | Analizy laboratoryjne                | 206 994,68          | 14,96         | 255 436,33          | 24,38         | 197 846,20        | 65,76         | 106 557,72        | 15,83         |
| 4.   | UZ/PWSZ zarządzanie infrastrukturą   | 12 195,10           | 0,88          | 14 634,12           | 1,40          | 16 538,53         | 5,50          | 14 398,09         | 2,14          |
| 5.   | Licencje                             | 449,25              | 0,03          | 2 964,97            | 0,28          |                   |               |                   |               |
|  | <b>RAZEM</b>                         | <b>1 383 357,52</b> | <b>100,00</b> | <b>1 047 592,35</b> | <b>100,00</b> | <b>300 872,03</b> | <b>100,00</b> | <b>672 973,69</b> | <b>100,00</b> |
| 6.   | transfer pomocy <i>de minimis</i> ** | 29 535,27           |               | 144 014,92          |               | 48 011,09         |               | 58 971,62         |               |

Uczelnia zamierza udzielić Spółce zamówienia z wolnej ręki, którego przedmiotem będzie prowadzenie kursy/szkolenia/warsztaty dla studentów Instytutu Nauk o Żywności i Agrotechniki WZS w Sulechowie UZ w ramach zadania 12 „podnoszenie kompetencji studentów” realizowanego w ramach projektu pod nazwą „Zintegrowany program kształcenia na Uniwersytecie Zielonogórskim” współfinansowanego ze środków Europejskiego Funduszu Społecznego w ramach osi priorytetowej: III. Szkolnictwo wyższe dla gospodarki i rozwoju, Program Operacyjny Wiedza Edukacja Rozwój, Działanie 3.5 Kompleksowe programy szkół wyższych.

Uczelnia zamierza udzielić zamówienia z wolnej ręki w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 Prawa zamówień publicznych – uczelnianej spółce celowej – Lubuskiemu Ośrodkowi Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych z siedzibą w Sulechowie. Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt

12 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. Ponadto zgodnie z art. 67 ust. 8 PZP do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b, pkt 13 lit. b, pkt 14 lit. b i pkt 15 lit. c, uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia (łącznie bez rozbicia na poszczególne lata).

Odnosząc się bezpośrednio do art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP, należy wskazać, że do udzielenia zamówienia *in house* w trybie "z wolnej ręki" uprawniony jest zamawiający, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a. Tym samym, mowa tutaj o zamawiających, którzy są min. jednostkami sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych.

Jednostki sektora finansów publicznych są podmioty wymienione w art. 9 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2017 poz. 2077). Zgodnie z art. 9 pkt 11 ww. ustawy sektor finansów publicznych tworzą m.in.: uczelnie publiczne.

W związku z powyższym uczelnia publiczna (którą jest Uniwersytet Zielonogórski) jest zamawiającym, o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 – 3a PZP, a w związku z tym jest uprawniona do udzielenia zamówienia w trybie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP.

Z kolei wykonawcą zamówienia *in house* na podstawie art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP musi być osoba prawna. Lubuski Ośrodek Innowacji i Wdrożeń Agrotechnicznych Sp. z o.o. jest kapitałową spółką prawa handlowego, a więc jest osobą prawną.

Udzielenie zamówienia z wolnej ręki w trybie przewidziany w art. 67 ust. 1 pkt 12 PZP jest możliwe przy spełnieniu łącznie wszystkich trzech przesłanek, o których mowa w ww. przepisie.

Pierwszą przesłanką jest sprawowanie kontroli. Przesłanka z art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. a, zgodnie z którą zamawiający sprawuje nad 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.

Artykuł 67 ust. 1 pkt 12 PZP, wskazuje, że wykonawca, który jest zarazem zamawiającym ma sprawować kontrolę nad osobą prawną, udzielającą mu zamówienia. Na gruncie tego przepisu, definicja "sprawowania kontroli nad jednostką" została zaczerpnięta bezpośrednio z art. 12 ust. 1 dyrektywy klasycznej, która uwzględniła w tym przepisie wnioski płynące z orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości, tj. przede wszystkim orzeczenia ws. Teckal (C-107/98) oraz orzeczenia ws. Parking Brixen (C-458/03). Interpretacja pojęcia "sprawowania kontroli nad jednostką" wymaga zatem uwzględnienia przede wszystkim wykładni europejskiej i nie należy jej rozumieć tylko jako sprawowania kontroli administracyjnej nad taką jednostką. Jednostka kontrolowana przez zamawiającego to taka, której niezależność od zamawiającego z art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy PZP ma charakter formalny (jest to odrębna osoba prawna), ale pozostaje zamawiającemu ściśle podległa. Podległość wyraża się poprzez pełną zależność organizacyjną i gospodarczą od instytucji zamawiającej. Zamawiający musi sprawować niezaprzeczalną kontrolę nad instytucją kontrolowaną.

W związku z powyższym wskazać należy, że LOliWA Sp. z o.o. jest podmiotem kontrolowanym przez uczelnię. Kapitał zakładowy Spółki należy w 100% do Uniwersytetu

Zielonogórskiego, a Uczelnia jako Zgromadzenie wspólników powołuje Radę Nadzorczą (par. 21 Umowy Spółki), a ponadto jednogłośnie zatwierdza sprawozdania finansowe, udziela w ten sposób absolutorium członkom organów Spółki, podejmuje samodzielnie uchwały w sprawie zysków i strat, wnoszenia dopłat i przyjmuje programy działania Spółki (par. 24 Umowy Spółki). Ponadto Spółka jest całkowicie uzależniona gospodarczo i organizacyjnie od założyciela, bowiem podstawowym celem jej działalności jest zarządzanie infrastrukturą naukowo-badawczą, której właścicielem jest uczelnia oraz wykorzystywanie potencjału intelektualnego i technicznego uczelni i transfer wyników jej prac naukowych do gospodarki. W związku z powyższym uczelnia ma dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami Spółki, a co za tym idzie LOliWA jest tylko formalnie odrębnym od uczelni podmiotem, w pełni kontrolowanym przez Uniwersytet Zielonogórski. Nie bez znaczenia, w zakresie sprawowania kontroli, pozostaje również fakt, że Wykonawca jest uczelnianą spółką celową Zamawiającego.

W art. 67 ust. 1 pkt 12 lit. b) ustawy PZP ujęto kolejną przesłankę, która musi być spełniona, aby było możliwe udzielenie zamówienia z wolnej ręki. Przesłanka jest spełniona, jeśli ponad 90% działalności kontrolowanego zamawiającego dotyczy wykonywania zadań powierzonych mu przez zamawiającego sprawującego kontrolę, o której mowa w lit. a, lub przez inną osobę prawną, nad którą ten zamawiający sprawuje kontrolę, o której mowa w lit. a. Reguły obliczenia procentu działalności, które należy interpretować w świetle brzmienia dyrektywy klasycznej, opisane zostały w art. 67 ust. 8 i 9 ustawy PZP. Zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 8 ustawy PZP do obliczania procentu działalności, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), uwzględnia się średni przychód osiągnięty przez osobę prawną lub zamawiającego w odniesieniu do usług, dostaw lub robót budowlanych za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia. Natomiast zgodnie z brzmieniem art. 67 ust. 9 ustawy PZP, w przypadku, gdy ze względu na dzień utworzenia lub rozpoczęcia działalności przez osobę prawną lub zamawiającego lub reorganizację ich działalności, dane dotyczące średniego przychodu za 3 lata poprzedzające udzielenie zamówienia są niedostępne lub nieadekwatne, procent działalności, o którym mowa w ust. 1

pkt 12 lit. b), pkt 13 lit. b), pkt 14 lit. b) (a także pkt 15 lit. c)), ustala się za pomocą wiarygodnych prognoz handlowych.

LOliWA Sp. z o.o. uzyskuje ponad 90% przychodu z działalności powierzanej przez Uczelnię, co wynika z ww. Tabeli przygotowanej przez Spółkę.

Prezes Urzędu Zamówień Publicznych wydał w tym zakresie opinię prawną pn. „Współpraca Publiczno – Publiczna w rozumieniu Ustawy Prawo Zamówień Publicznych”. W świetle ww. opinii „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” (Współpraca Publiczno – Publiczna w rozumieniu Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, s. 13). W opinii wskazano również, w jaki sposób należy rozumieć pojęcie zadań powierzonych, wskazując, że „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. 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 jej podstawową działalnością, czy też nie. Jeśli działania podejmowane przez spółkę (i przychody przez nią uzyskiwane) dotyczą sfery objętej zadaniami powierzonymi, ale pozostają neutralne dla tych zadań (np. spółka gminna gospodaruje wysypiskiem śmieci

i obok opłat za odbiór gminnych odpadów dodatkowo przyjmuje odpady od podmiotów trzecich za wynagrodzeniem) to taka działalność dodatkowa nie wchodzi w zakres wymaganych 90% działalności” (Współpraca Publiczno – Publiczna w rozumieniu Ustawy Prawo Zamówień Publicznych, s. 14).

Przychód wskazane w ww. Tabeli przychodów z trzech ostatnich lat dotyczy przychodów uzyskiwanych m.in. od podmiotów trzecich w ramach działalności opisanej i ujętej w Akcie założycielskim i Studium Wykonalności.

Ostatnią przesłanką udzielenia zamówienia z wolnej ręki jest brak w kontrolowanej osobie prawnej bezpośredniego udziału kapitału prywatnego, przy czym zaznaczyć należy, że zgodnie z art. 67 ust. 10 zakazu udziału kapitału prywatnego, o którym mowa w ust. 1 pkt 12 lit. c, pkt 13 lit. c i pkt 14 lit. c, nie stosuje się do:

- 1) osób prawnych z udziałem partnera prywatnego wyłonionego zgodnie z ustawą z dnia 19 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym (Dz.U. z 2015 r. poz. 696 i 1777) lub
- 2) udziału pracowników reprezentujących w sumie do 15% kapitału zakładowego spółki, posiadających łącznie do 15% głosów na zgromadzeniu wspólników albo walnym zgromadzeniu. Odnosząc się do ww. przesłanki wskazać należy, że 100% kapitału zakładowego Spółki należy do uczelni, jako podmiotu tworzącego uczelnianą spółkę celowa.

Powyższe wyczerpuje ustawowe warunki zastosowania trybu.