

Zamówienie udzielane jest w trybie zamówienia z wolnej ręki na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 12 PZP (in house siostrzany).

DFR sp. z o.o. jest zamawiającym z art. 4 pkt 3 PZP.

Zamówienie ma zostać udzielone innej osobie prawnej, tj. spółce DFG sp. z o.o.

Obie spółki kontrolowane są przez tego samego zamawiającego, tj. przez Województwo Dolnośląskie (WD), który jest zamawiającym z art. 4 pkt 1 PZP.

A. Kontrola

Kontrola WD nad DFR:

WD sprawuje nad DFR kontrolę odpowiadającą kontroli nad własnymi jednostkami/służbami, o czym wprost stanowi § 6 ust. 5 umowy spółki DFR – Aktu założycielskiego. WD jest jedynym współnikiem spółki DFR, a jego Zarząd pełni funkcję Zgromadzenia Wspólników.

WD jako jedyny współnik DFR posiada dominujący wpływ na cele strategiczne oraz istotne decyzje dotyczące zarządzania sprawami DFR. Uprawnienia WD, jako jedynego współnika spółki, zostały istotnie wzmocnione względem rozwiązań wynikających z KSH poprzez szereg zapisów aktu założycielskiego DFR.

WD już w § 6 Aktu założycielskiego spółki wyraźnie określiło misję spółki i cel jej działalności. Spółka nie może podejmować działań, które nie wpisują się w realizację zadań należących do WD, a związanych z rozwojem lokalnej gospodarki.

Kontrolę WD, jako jedyny współnik, sprawuje bezpośrednio lub za pośrednictwem powoływanej przez siebie rady nadzorczej (w umowie spółki DFR wprost wskazano, że wszyscy członkowie rady nadzorczej są powoływani przez WD uchwałą Zarządu WD). W umowie spółki rozszerzono równocześnie uprawnienia rady nadzorczej względem tych, które wynikają wprost z KSH. Poza powoływaniem i odwoływaniem Członków Zarządu (§25 pkt 2), Rada nadzorcza:

- zgodnie z treścią §24 pkt 6 wyraża zgodę na każdorazowe rozporządzenie prawem lub zaciąganie zobowiązania majątkowego przez Zarząd DFR o wartości przekraczającej 500 000 zł, lecz nieprzekraczającej 3.000.000 zł (do zaciągania zobowiązań przekraczających tę wartość niezbędna jest zgoda zgromadzenia wspólników, co oznacza, że powyżej tej kwoty WD sprawuje kontrolę bezpośrednią). Jest to istotne ograniczenie swobody Zarządu, bowiem wartość, od której powstaje analizowany obowiązek jest relatywnie mała;
- uchwała i zmienia Regulamin Udzielania Pożyczek, Regulamin Poręczeń lub regulaminy innych instrumentów finansowych, a także zatwierdza regulaminy funduszy, o których mowa w § 16 pkt 6 Aktu założycielskiego (§ 24 pkt 4 i 5), co jest istotnym ograniczeniem swobody działalności Zarządu Spółki. Podstawowym przedmiotem działalności Spółki jest wpieranie MŚP poprzez stosowanie instrumentów finansowych, a więc upraszczając poprzez udzielanie MŚP wsparcia w postaci pożyczek, poręczeń itd. (por. § 6 ust. 2). Zarząd, w świetle wskazanego postanowienia Aktu założycielskiego, nie może jednak samodzielnie decydować, na jakich zasadach działalność ta będzie realizowana, bowiem warunki udzielenia każdego z rodzajów wskazanych tu instrumentów finansowych muszą zostać zaakceptowane przez Radę Nadzorczą powołaną przez Zarząd Województwa.
- zatwierdza roczne i wieloletnie plany działalności DFR sp. z o.o. (§24 pkt 12);
- może zawieszать członków Zarządu Spółki (§24 pkt 15).

Dodatkowo w Akcie założycielskim określono, że Zarząd jest wyłaniany spośród kandydatów, których wskazuje WD uchwałą Zarządu WD (§25 pkt 3). Nie istnieje więc możliwość powołania do Zarządu DFR osoby, która w pierw nie byłaby zaakceptowana przez Zarząd WD.

WD samodzielnie lub poprzez utworzoną przez siebie Radę nadzorczą sprawuje bezpośrednią i stałą kontrolę nad bieżącą działalnością spółki DFR, jak również wywiera decydujący wpływ na cele strategiczne i długoterminowe stawiane spółce.

Dodatkowo do zarządzania DFR mają zastosowanie postanowienia uchwały nr 6224/VI/22 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 6 grudnia 2022r. w sprawie zasad sprawowania nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z udziałem Województwa Dolnośląskiego. Z uchwały wynika, że w WD działa komórka Nadzoru Właścicielskiego, która m. in. prowadzi stały nadzór nad działalnością spółek z udziałem WD, monitoruje ich sytuacją finansową, opracowuje projekty uchwał, opinii, informacji, materiałów, analiz dla pełnomocników WD. Zgodnie z tą uchwałą członkowie rady nadzorczej DFR będący przedstawicielami WD są obowiązani cyklicznie przedkładać raporty dla Nadzoru Właścicielskiego oraz inne wskazane w uchwale informacje. Nadzór Właścicielski, na podstawie wskazanej uchwały, ma istotne uprawnienia kontrolne względem DFR, wgląd w całość działalności spółki oraz istotny wpływ na szereg decyzji podejmowanych w spółce, w tym uczestniczy w podejmowaniu uchwał przez Zgromadzenie Wspólników opracowując ich projekty. Nadzór Właścicielski współdziała z komórkami Urzędu Wojewódzkiego odpowiedzialnymi za nadzór merytoryczny nad spółkami, a więc i taki nadzór jest na bieżąco prowadzony przez WD względem DFR.

Kontrola WD nad DFG:

W przypadku DFG WD nie jest jedynym wspólnikiem spółki, jednak sprawuje nad DFR kontrolę odpowiadającą kontroli nad własnymi jednostkami/służbami. WD posiada 53,55% udziałów w spółce DFG. Zaznaczyć w tym miejscu należy, że posiadanie przez zamawiającego 100% udziałów w podmiocie trzecim – spółce prawa handlowego, choć może przemawiać za istnieniem kontroli, o której mowa w art. 214 ust. 1 pkt 12 PZP, to jednak nie jest jej warunkiem. W ślad za tym warunek posiadania przez zamawiającego dominującego wpływu na cele strategiczne i decyzje podejmowane przez taką spółkę może zostać spełniony także przez zamawiającego, który posiada większościowy pakiet udziałów w spółce, jeżeli wykazane zostanie, że umowa spółki nie ogranicza jego uprawnień, a wręcz przeciwnie, nadaje mu takie uprawnienia, które wzmacniają jego kontrolę nad taką spółką. Tak jest w przypadku DFG i WD.

WD swoje uprawnienia kontrolne wykonuje m.in. poprzez udział w zgromadzeniu wspólników. Co do zasady uchwały na zgromadzeniu wspólników zapadają bezwzględną większością głosów (art. 245 KSH). WD posiada ponad 50% udziałów w spółce. Ma więc możliwość bezpośredniego wpływu na niemal każdą decyzją podejmowaną przez Zgromadzenie Wspólników DFG. Wpływ ten przejawia się zarówno w aspekcie pozytywnym - jako możliwość wyrażenia zgody na podjęcie uchwał o określonej treści – jak i w aspekcie negatywnym, czyli poprzez możliwość niewyrażenia zgody na podjęcie uchwały o określonej treści. W tym kontekście istotne są uprawnienia zgromadzenia wspólników określone w §19 umowy spółki DFG, który określa zakres decyzji zastrzeżonych do kompetencji Zgromadzenia Wspólników. Należy również podkreślić, że w §20 umowy dodano zastrzeżenie, zgodnie z którym w przypadku niektórych uchwał (np. dotyczących podwyższenia lub obniżenia kapitału zakładowego; uchwalenia zmian w Regulaminach Poręczeń lub Gwarancji; wyrażenia zgody na obejmowanie przez DFG udziałów i akcji w podmiotach gospodarczych, których misja, cele, przedmiot i charakter działalności są zgodne celami i charakterem działalności DFG) wymagane jest

uczestnictwo i głosowanie za przyjęciem uchwały przez wspólników posiadających więcej niż 2000 udziałów w kapitale zakładowym. Powyższe wzmacnia uprawnienia WD, które posiada ponad 2000 udziałów. Akt założycielski DFG przewiduje dodatkowe wymogi w zakresie kworum. Zgromadzenie wspólników jest ważne, jeżeli jest na nim reprezentowane co najmniej 60% kapitału zakładowego (§18 ust. 1), a w sprawach dotyczących zmiany umowy spółki, wyrażania zgody na rozporządzenie prawem lub zaciąganie zobowiązań w wysokości określonej w umowie oraz wyrażania zgody na zbycie i wydzierżawienie przedsiębiorstwa kworum ustalono na poziomie 75% (§18 ust. 3). Bez udziału WD nie zostaną więc podjęte żadne istotne i strategiczne z perspektywy funkcjonowania DFG decyzje, bowiem nie zostanie osiągnięte kworum.

WD posiada również szczególne uprawnienia w zakresie wyznaczania członków rady nadzorczej DFG. W §21 ust. 1 umowy spółki wskazano, że rada nadzorcza składa się z trzech do pięciu członków. Dwóch członków rady nadzorczej wyznacza WD, a jeden członek rady nadzorczej jest wyznaczany przez Bank Gospodarstwa Krajowego (§21 ust. 2). Aktualnie rada nadzorcza jest trzyosobowa. Decydujący wpływ na działanie rady ma zatem WD (powołuje dwóch z trzech jej członków), zwłaszcza że uchwały rady nadzorczej co do zasady są podejmowane bezwzględną większością głosów (§24 ust. 5). Członkowie rady nadzorczej wyznaczeni przez WD mogą więc właściwie samodzielnie podejmować prawie wszystkie uchwały leżące w kompetencji rady nadzorczej.

Kompetencje rady nadzorczej zostały określone w §29 umowy i co najistotniejsze w kontekście kontroli mają one charakter nie tylko *stricte* nadzorczy, ale również decyzyjny, co ma istotne znaczenie z perspektywy spełnienia warunku kontroli. Rada nadzorcza DFG m.in.:

- zatwierdza regulamin funduszy, o których mowa w §19 pkt 6 Aktu Założycielskiego (§29 pkt 8) oraz wspomniane już Regulaminy Poręczeń lub Gwarancji, co analogicznie jak w przypadku DFR jest uprawnieniem odnoszącym się do kluczowego obszaru działalności spółki DFG. Podstawową działalnością DFG jest bowiem udzielanie poręczeń i gwarancji MŚP, a o sposobie wykonywania tej działalności, w świetle analizowanego postanowienia umowy spółki, spółka nie może decydować samodzielnie. Zarząd Spółki musi uzyskać zgodę Rady nadzorczej, a poprzez inne zapisy umowy spółki *de facto* WD, na wprowadzenie określonych zasad udzielania ww. instrumentów finansowych;
- wyraża zgodę na obejmowanie przez DFG udziałów i akcji w podmiotach gospodarczych, których misja, cele, przedmiot i charakter działalności są zgodne z celem działalności DFG (§29 pkt 10);
- zatwierdza roczne i wieloletnie plany działalności DFG (§29 pkt 14), a więc i w tym przypadku WD, poprzez Radę nadzorczą Spółki, w której ma większość, decyduje o ostatecznym kształcie rocznych i wieloletnich planów DFG. Brak ich zatwierdzenia skutkuje bowiem koniecznością opracowania przez Zarząd nowego planu;
- udziela zgody i instrukcji do głosowania pełnomocnikom na zgromadzeniach wspólników, w których DFG posiada 100 % udziałów (§29 pkt 16) oraz w szczególnie ważnych sprawach wymienionych w tym postanowieniu;

Zarząd DFG może mieć od jednego do trzech członków, z tym zastrzeżeniem, że w przypadku zarządu jednoosobowego członek zarządu jest wybierany spośród kandydatów wskazanych przez WD, a w przypadku zarządu dwu lub trzyosobowego WD wskazuje kandydatów na Prezesa Zarządu. Kandydaci

powinni uzyskać pozytywną opinię BGK (§31 ust. 1 i 2). Aktualnie DFG posiada jednoosobowy Zarząd, a co za tym idzie WD wskazało obecny Zarząd Spółki DFG.

Dodatkowo do zarządzania DFG mają zastosowanie postanowienia uchwały nr 6224/VI/22 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 6 grudnia 2022r. w sprawie zasad sprawowania nadzoru właścicielskiego nad spółkami prawa handlowego z udziałem Województwa Dolnośląskiego. Uchwała dotyczy bowiem także spółek z większościovym udziałem WD, a taką spółką jest DFG. Z uchwały wynika, że w WD działa komórka Nadzoru Właścicielskiego, która m. in. prowadzi stały nadzór nad działalnością spółek z udziałem WD, monitoruje ich sytuacją finansową, opracowuje projekty uchwał, opinii, informacji, materiałów, analiz dla pełnomocników WD. Zgodnie z tą uchwałą, członkowie rady nadzorczej DFG będący przedstawicielami WD są obowiązani cyklicznie przedkładać raporty dla Nadzoru Właścicielskiego oraz inne wskazane w uchwale informacje. Nadzór Właścicielski, na podstawie wskazanej uchwały, ma istotne uprawnienia kontrolne względem DFG, wgląd w całość działalności spółki oraz istotny wpływ na szereg decyzji podejmowanych w spółce, w tym uczestniczy w podejmowaniu uchwał przez Zgromadzenie Wspólników, opracowując ich projekty. Nadzór Właścicielski współdziała z komórkami Urzędu Wojewódzkiego odpowiedzialnymi za nadzór merytoryczny nad spółkami, a więc i taki nadzór jest na bieżąco prowadzony przez WD względem DFR.

Dodać należy, że pozostałym wspólnikami DFG są również podmioty publiczne (jednostki sektora finansów publicznych), tj. Bank Gospodarstwa Krajowego, samorządy - Miasto Oleśnica, Gmina Legnica, Gmina Polkowice, Gmina Wałbrzych oraz stowarzyszenie zraszające samorządy - Sudeckie Stowarzyszenie Inicjatyw Gospodarczych.

B. Przychody

Przepis art. 214 ust. 1 pkt 12 lit. b PZP nie jest precyzyjny, stąd w celu uniknięcia jakichkolwiek wątpliwości poniżej wykazane zostanie, że przeważająca część przychodów DFR, jak i DFG pochodzi z realizacji zadań powierzonych im przez WD lub odpowiednio podmioty kontrolowane przez nie w sposób, o którym mowa w lit. A powyżej.

Przychody DFR:

Przeważająca część przychodów DFR pochodziła z realizacji zadań powierzonych jej przez WD.

§ 6 Aktu założycielskiego DFR określa cel działania DFR, którym jest realizowanie zadań na rzecz WD w zakresie wsparcia MŚP za pomocą instrumentów finansowych, w tym zwrotnymi instrumentami finansowymi. W ramach tego celu, zgodnie z § 6 ust. 3 Aktu założycielskiego, DFR może otrzymywać, w drodze dopłat na oddzielny od innych kapitałów Spółki, specjalny kapitał rezerwowy. § 13 Aktu określa zasady dokonywania przez WD dopłat do specjalnego kapitału rezerwowego i przesądza, że zasady wykorzystania tego kapitału określa uchwała Zgromadzenia Wspólników.

Cel, o którym mowa w Akcie założycielskim, DFR realizuje obecnie głównie w oparciu o środki pochodzące z wkładu wniesionego w ramach RPO WD 2007-2013 do Instrumentu Inżynierii Finansowej „Dolnośląski Fundusz Powierniczy” pozostałe po wykonaniu zobowiązań wynikających z umowy o dofinansowanie projektu „Dolnośląski Fundusz Powierniczy”, tj. środków niezaangażowanych w umowy z MŚP oraz pochodzących ze zwrotów od MŚP (tzw. środki post-JEREMIE). Środki, o których mowa, zostały przekazane DFR przez WD na podstawie uchwały nr 1948/V/16 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 9 marca 2016r., zmienionej uchwałą nr

765/VI/19 Zarządu Województwa Dolnośląskiego z dnia 28 maja 2019r. Zgodnie z powołaną uchwałą środki, o których mowa, zostały przekazane DFR jako dopłaty do jej kapitału z przeznaczeniem na specjalny kapitał rezerwowy. Środki z tego kapitału mogą być przeznaczane wyłącznie na rzecz MŚP, w sposób zgodny z przyjętą Strategią Inwestycyjną zatwierdzoną przez Zarząd WD.

DFR jest także na etapie wygaszania ostatnich pożyczek z projektu JEREMIE. Środki z projektu JEREMIE zostały przekazane DFR do dyspozycji przez WD na podstawie uchwały Zarządu Województwa Dolnośląskiego nr 419/V/15 z dnia 8 kwietnia 2015r.

Zadaniem powierzonym przez WD DFR jest więc wsparcie MŚP za pomocą instrumentów finansowych, zaś środki na realizację tego celu zostały przekazane DFR przez WD jako dopłata do kapitału Spółki z przeznaczeniem na specjalny kapitał rezerwowy (post – JEREMIE) lub jako środki z projektu JEREMIE, z tym zastrzeżeniem, że te ostatnie środki są wyłącznie oddane do dyspozycji DFR, nie stając się środkami własnymi DFR.

Przychody DFR ze sprzedaży usług w latach 2020 – 2023, na podstawie danych pochodzących ze sprawozdań finansowych DFR, kształtowały się następująco:

Rok	Przychody ze sprzedaży ogółem	Przychody z działalności powierzonej	Inne	Stosunek % przychodów z powierzenia do przychodów ogółem
1.	2.	3.	4.	5.
2020	5 954 375,35	5 953 775,35	600,00	99,99 %
2021	3 939 262,19	3 938 662,19	600,00	99,98 %
2022	13 956 436,00	13 950 272,47	6 163,53	99,96 %
2023	16 344 708,94	16 339 762,69	4 946,25	99,97 %

Za przychody z działalności powierzonej DFR uznano odsetki z tytułu pożyczek udzielonych ze środków post-JEREMIE oraz odsetki z pożyczek udzielonych w ramach projektu JEREMIE w proporcji do udziału własnego.

Przychody DFG:

Przeważająca część przychodów generowanych przez DFG w latach 2020 – 2023 pochodziła od osoby prawnej, tj. DFR, nad którą kontrolę, o której mowa w lit. A powyżej, sprawuje WD.

DFG została utworzona w celu świadczenia pomocy w postaci udzielania poręczeń i gwarancji za zobowiązania mikro, małych i średnich przedsiębiorców działających na obszarze województwa dolnośląskiego, wynikających z umów kredytu, pożyczki, leasingu, factoringu, emisji obligacji korporacyjnych, zapłaty wadium, należytego wykonania umowy i/lub rękojmi i/lub gwarancji jakości (§ 6 ust. 2 Aktu założycielskiego). Zadania podejmowane w celu realizacji tego celu są zadaniami powierzonymi DFG przez WD.

W celu realizacji ww. zadań DFR zawarło z DFG

1. w wyniku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie przetargu nieograniczonego:

- a) Umowę o pośrednictwo finansowe nr 1/12/2018/PJ/REPO/UI z dnia 19 grudnia 2018 r.,
- b) Umowę o pośrednictwo finansowe nr 2/12/2018/PJ/REPO/UII z dnia 19 grudnia 2018 r.

2. na podstawie art. 214 ust. 1 pkt 12 ustawy Prawo zamówień publicznych:

Umowę o pośrednictwo finansowe nr 1/11/2023/PJ/REPO2 z dnia 20 grudnia 2023 r.

Umowy zakładają, że z tytułu ich realizacji, tj. zarządzania Portfelem Poręczeń Zabezpieczonych Regionalnym Reporęczeniem pośrednik – DFG otrzyma wynagrodzenie liczone zgodnie z zapisami ww. umów.

Przychody DFG ze sprzedaży usług w latach 2020 – 2023, na podstawie danych pochodzących ze sprawozdań finansowych, kształtowały się następująco:

Rok	Przychody ze sprzedaży ogółem	Przychody z działalności powierzonej - Przychód z wynagrodzenia z tytułu realizacji umów o pośrednictwo finansowe z DFR (REPO)	Stosunek % przychodów z powierzenia do przychodów ogółem
1.	2.	3.	4.
2020	1 314 271,45	1 197 361,72	91,10 %
2021	793 578,74	737 177,85	92,89 %
2022	1 549 806,92	1 519 622,27	98,05 %
2023	1 749 093,12	1 622 894,26	92,78 %

Wymóg wynikający z art. 214 ust. 1 pkt 12 lit b Pzp jest więc spełniony. 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.

C. Brak kapitału prywatnego

W kontrolowanym zamawiającym (DFR) i w zamawiającym sprawującym kontrolę (WD) nie ma bezpośredniego udziału kapitału prywatnego. Warunek jest spełniony. Zamawiającym sprawującym kontrolę jest WD, a DFR jest spółką, której jedynym udziałowcem jest WD.

Advokat Marek Rybicki

ADCA PRAWNY
Rafał Wiatr