

Maciej Bendorf

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7475-4986

maciek.bendorf@gmail.com

Finansowanie zamawiających subsydiowanych z perspektywy ochrony interesu publicznego

Wstęp

Ochrona interesu publicznego stanowi jedną z podstawowych funkcji systemu zamówień publicznych. Konieczność ustanowienia odpowiednich procedur wydatkowania środków przez podmioty z sektora publicznego, których fundamentem jest postulat efektywności i racjonalności, należy bez wątpienia uznać za główny powód istnienia przepisów regulujących udzielanie zamówień publicznych. Prawo zamówień publicznych stanowi tym samym przykład gałęzi prawa, która, według teorii interesu¹, w sposób idealny wpisuje się w kategorię prawa publicznego.

Należy jednak pamiętać, że z perspektywy związku z ochroną interesu publicznego katalog podmiotów zobowiązanych do przestrzegania procedur zamówień publicznych trudno nazwać jednolitym. Z jednej bowiem strony wyróżniamy takich zamawiających, jak jednostki sektora finansów publicznych, których procesy nabywcze wykazują ścisły związek z interesem publicznym, w szczególności z uwagi na fakt finansowania udzielanych przez nie zamówień ze środków publicznych, jak również biorąc pod uwagę publiczne przeznaczenie dokonywanych zakupów. Z drugiej strony w katalogu zamawiających występują takie jednostki, jak podmioty prawa publicznego czy zamawiający subsydiowani, których obowiązek udzielania zamówień nie zawsze da się w sposób niebudzący wątpliwości uzasadnić ochroną interesu publicznego.

Przedmiotem analizy prowadzonej w niniejszym materiale są zamawiający subsydiowani, których status zamawiającego uzależniony jest od

¹ Szerzej: A. Żurawik, „*Interes publiczny*”, „*interes społeczny*” i „*interes społecznie uzasadniony*”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, R. LXXV, z. 2, s. 60–62.

kumulatywnego spełnienia trzech przesłanek, w szczególności związanych z większościowym udziałem środków publicznych² w budżecie zamawianej inwestycji budowlanej³. Należy w tym miejscu podkreślić, że status zamawiającego subsydiowanego może uzyskać podmiot prywatny⁴, wobec którego wyłącznie incydentalnie, w zakresie konkretnego zamówienia, stwierdza się ryzyko naruszenia interesu publicznego na tyle znaczące, że nakłada się na niego obowiązek stosowania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków. Konstrukcja przesłanek warunkujących uznanie takich podmiotów za zamawiających, zarówno na gruncie przepisów dyrektyw UE⁵, jak i na poziomie implementujących je przepisów krajowych, budzić może wątpliwości z perspektywy postulatu ochrony interesu publicznego. Wątpliwości mogą pojawić się w zakresie związku takich zamówień z interesem publicznym, który nie zawsze jest oczywisty. Jednak również przy wykazaniu takiego związku obecna treść przepisów nie wyklucza pytań o efektywność i praktyczny zakres gwarantowanej ochrony.

Przyjmując związek z interesem publicznym jako wytyczną interpretacyjną, niniejszy artykuł koncentruje się przede wszystkim na analizie przesłanki uzyskania statusu zamawiającego subsydiowanego dotyczącej publicznego finansowania w ponad 50% określonej roboty budowlanej lub usługi, zestawiając ją z przesłanką dotyczącą wartości zamówienia, poniżej której obowiązek stosowania procedur zamówień publicznych nie powstaje⁶. W ramach zastosowanej metody dogmatyczno-prawnej, wykorzystując wykładnię funkcjonalną oraz systemową, opisane zostaną dwa kluczowe w tym przedmiocie zagadnienia:

- 1) zakres realizowanej ochrony interesu publicznego w sytuacji, gdy dany zakup jest finansowany w większości z publicznych źródeł, jednak jego wartość jest niższa od progu warunkującego powstanie obowiązku stosowania zamówień publicznych;
- 2) związek z interesem publicznym zamawiających subsydiowanych w przypadku finansowania danego zamówienia przez podmioty, które nie dysponują środkami publicznymi.

² Lub pochodzących od określonych w przepisach podmiotów, samodzielnie posiadających status zamawiającego.

³ Lub związanej z daną robotą budowlaną usługą.

⁴ P. Wiśniewski, [w:] J.E. Nowicki, P. Wiśniewski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 80.

⁵ W szczególności: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 65 ze zm.).

⁶ Poza zakresem prowadzonej analizy znajduje się natomiast trzecia przesłanka uznania za zamawiającego subsydiowanego, dotycząca określonego przedmiotu zamówienia, która będzie opisana w oddzielnym artykule.

Interes publiczny w systemie zamówień publicznych

Interes publiczny i konieczność jego ochrony stanowią wytyczną dla działań organów administracji, w szczególności w zakresie dokonywania zakupów poprzez udzielanie zamówień publicznych. Biorąc pod uwagę niejednorodny charakter katalogu podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur zamówień publicznych, przyjąć należy, że obowiązek uwzględnienia interesu publicznego w swoim procesie decyzyjnym i zakupowym spoczywać może również na podmiotach prywatnych, które realizują zadania publiczne⁷.

Funkcja ochronna systemu zamówień publicznych w przedmiocie interesu publicznego ukierunkowana jest na wyeliminowanie następujących zagrożeń: nieracjonalność wydatków, dyskryminacja wykonawców, nieuczciwa konkurencja oraz korupcja⁸. Zgodnie z ideą zamówień publicznych zakup dokonany z wyłączeniem oddziaływania wskazanych zjawisk powinien być efektywny, co należy uznać za główny cel proceduralnego systemu publicznych wydatków⁹. Efektywność, rozumiana jako najlepszy stosunek poniesionych nakładów do osiągniętych efektów, stanowi wspólny mianownik poszczególnych funkcji zamówień publicznych. Uzyskanie celu zamówienia w postaci racjonalnego zakupu możliwe jest bowiem wyłącznie w sytuacji, gdy zjawisko korupcji nie będzie wywierać wpływu na proces decyzyjny zamawiającego¹⁰, przy założeniu, że wszyscy wykonawcy traktowani będą równo, a funkcjonowanie uczciwej konkurencji nie będzie zakłócone, co pozwoli zamawiającemu wybrać ofertę obiektywnie najkorzystniejszą.

Zarówno polskie, jak i europejskie podstawy prawne systemu zamówień publicznych posiadają tożsamy cel w tym przedmiocie, mianowicie ochronę interesu publicznego poprzez zapewnienie jak najwyższej efektywności publicznych zakupów. Wydaje się jednak, że europejskie regulacje jako priorytetowe w drodze do osiągnięcia tego celu uznają zagwarantowanie jak najszerszego dostępu do krajowych rynków zamówień publicznych dla wykonawców ze wszystkich państw członkowskich. Poprzez bowiem nasilenie

⁷ T. Kocowski, *Interes publiczny, konkurencja i równe traktowania w zamówieniach publicznych*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Wrocław 2015, s. 82–83.

⁸ M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 74.

⁹ Por. M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Economic Studies” 2019, nr 3(97), s. 155. Zob. również M. Raduła, *Zamówienia publiczne a ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa – spotkanie efektywności ekonomicznej i rozwoju konkurencji z zapewnieniem bezpieczeństwa*, [w:] B. Kowalczyk, K. Kulińska-Jachowska, Ł. Prus, M. Tabernacka (red.), *Prawo administracyjne jako miejsce spotkań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jerzemu Supernatowi*, Wrocław 2024, s. 340–341.

¹⁰ Por. A. Piwowarczyk, *Warunki udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego w kontekście zjawiska korupcji*, [w:] H. Nowicki, P. Nowicki, K. Kucharski (red.), *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych*, Toruń 2020, s. 246.

efektu niezakłóconej konkurencji, w ramach postępowania, w którym oferty pochodzą od grona podmiotów nieograniczonych wyłącznie do jednego państwa, zamawiający będzie miał możliwość wybrania oferty korzystniejszej ekonomicznie oraz jakościowo od tej, którą potencjalnie by otrzymał przy wyłączeniu możliwości transgranicznego udziału w procedurze wyboru wykonawcy.

W związku z powyższym interes publiczny w procesie udzielania zamówień przez publicznych nabywców powinien być również utożsamiany z równym i nieograniczonym prawem podmiotów prywatnych do ubiegania się o realizację danej dostawy, usługi lub roboty budowlanej¹¹. Dostęp do rynku zamówień, oparty na zasadzie niedyskryminacji, oraz możliwość wygenerowania przychodu poprzez zaspokojenie publicznego zapotrzebowania przez podmiot prywatny należy traktować jako przedmiot funkcji ochronnej zamówień publicznych, stanowi bowiem czynnik warunkujący realizację postulatu zapewnienia racjonalności przy wydatkowaniu środków publicznych¹². Można postawić tezę, że w przedstawionym zakresie system zamówień publicznych chroni zarówno interes publiczny, jak i interesy indywidualne. Należy jednak przyjąć, że jest to zgodne z koncepcją hybrydyzacji instytucji prawnych i związanym z nią zatarciem granic pomiędzy interesem publicznym i prywatnym¹³.

Zamówienia subsydiowane w polskim oraz w europejskim prawie zamówień publicznych

Na gruncie ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹⁴ regulacja dotycząca zamawiających subsydiowanych jako kategorii podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy została umieszczona w odrębnym przepisie¹⁵, z czego wnioskować można o ich szczególnym, autonomicznym

¹¹ Por. J. Rokicki, [w:] A. Zdebel-Zygmunt, J. Rokicki, *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2014, s. 112.

¹² M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 98.

¹³ Szerzej: B. Liżewski, *Prawo publiczne a prawo prywatne – wybrane uwagi teoretyczne na temat hybrydyzacji instytucji prawnych*, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2018, t. 61, nr 4, s. 47 i nast.

¹⁴ T.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1320, dalej jako Pzp.

¹⁵ W tym miejscu należy przypomnieć, że w poprzednio obowiązującej ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 288) zamawiający subsydiowani wymienieni byli w jednym, obejmującym wszystkie kategorie zamawiających przepisie, tj. w art. 3 ust. 1, co skutkowało rozmyciem ich wyjątkowego charakteru. Trzeba podkreślić, że regulacją nowej ustawy Pzp zasadniczo nie wprowadzono zmian w podmiotowym zakresie obowiązku stosowania zamówień publicznych. Zastosowano jednak podział na trzy grupy zamawiających: publicznych, sektorowych oraz subsydiowanych, przy czym każda z grup uregulowana została w odrębnej jednostce redakcyjnej ustawy – M. Stepaniuk, *Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczna*

względem innych kategorii zamawiających charakterze. Zgodnie z art. 6 Pzp przepisy ustawy stosuje się do zamawiających subsydiowanych, którymi są zamawiający inni niż zamawiający publiczni lub zamawiający sektorowi, jeżeli zachodzą łącznie następujące okoliczności:

- 1) ponad 50% wartości udzielanego przez ten podmiot zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez zamawiających określonych w przepisie¹⁶;
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;
- 3) przedmiotem zamówienia są:
 - roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej¹⁷, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub
 - usługi związane z takimi robotami budowlanymi¹⁸.

Wprowadzenie na grunt ustawy Pzp art. 6 w przedstawionej treści nastąpiło w ramach implementacji art. 13 dyrektywy 2014/24/UE¹⁹, zgodnie z którym przepisy dyrektywy znajdują zastosowanie do udzielania zamówień:

- 1) na roboty budowlane, które subsydiowane są w sposób bezpośredni w ponad 50% przez instytucje zamawiające i których szacunkowa wartość bez VAT jest równa lub wyższa niż 5 538 000 euro, jeżeli zamówienia te obejmują jeden z poniższych rodzajów działalności:
 - działalność z zakresu inżynierii lądowej i wodnej²⁰,
 - prace budowlane dotyczące budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych i wypoczynkowych, budynków szkolnych i uniwersyteckich oraz budynków wykorzystywanych do celów administracyjnych;
- 2) na usługi, które subsydiowane są w sposób bezpośredni w ponad 50% przez instytucje zamawiające i których szacunkowa wartość bez VAT

analiza zmian, Warszawa 2021, s. 6. Brak rewolucyjnych zmian w tym aspekcie ustawy wynika z konieczności zachowania zgodności krajowych przepisów z dyrektywami – J. Pieróg, Ż. Urbaniak, *Nowe prawo zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2019, nr 10, s. 8.

¹⁶ Jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, podmioty prawa publicznego, związki składające się z wymienionych podmiotów oraz zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden ze wskazanych rodzajów działalności sektorowej.

¹⁷ Określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE.

¹⁸ Określający tę kategorię zamawiających przepis ustawy Pzp z 2004 r. – art. 3 ust. 1 pkt 5 posiadał tożsamą z obecną regulacją treść. Zob. M. Lechna, A. Prigan, H. Drynkorn, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2014, s. 278.

¹⁹ Szerzej nt. europejskich źródeł prawa zamówień publicznych zob. C.H. Bovis, *EU public procurement law*, Cheltenham 2012, s. 59 i nast. Por. J. Verdeaux, *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4, s. 721 i nast.

²⁰ Wymienione w załączniku II do dyrektywy.

jest równa lub wyższa niż 221 000 euro oraz które związane są z zamówieniem na roboty budowlane opisanym powyżej²¹.

Bezpośrednie subsydiowanie a wartość zamówienia publicznego

Przesłanka określonej wartości zamówienia jako wyraz zasady proporcjonalności

Związek między faktem finansowania określonego zamówienia przez sektor publiczny a funkcją ochronną realizowaną przez system zamówień publicznych wydaje się być kwestią oczywistą. Interes publiczny w tym przypadku jest bowiem bezpośrednio utożsamiany z wydatkowanymi środkami publicznymi lub środkami pochodzących od jednostek, które same objęte są obowiązkiem stosowania zamówień publicznych. Wątpliwości mogą pojawić się jednak w odniesieniu do zakresu ochrony, która jest zapewniana przez przepisy zarówno dyrektywy, jak i ustawy Pzp. Należy bowiem pamiętać, że samo publiczne współfinansowanie w ponad 50% nie jest przesłanką wystarczającą do uzyskania przez beneficjenta środków statusu zamawiającego subsydiowanego. Okoliczność subsydiowania zawsze powinna być oceniana w parze z drugą przesłanką zastosowania omawianych przepisów, zgodnie z którą obowiązek stosowania zamówień publicznych powstanie wyłącznie w sytuacji, gdy szacunkowa wartość zamówienia będzie równa lub przekroczy tzw. progi unijne. W przypadku robót budowlanych będzie to wartość zamówienia bez VAT wynosząca co najmniej 5 538 000 euro, natomiast w przypadku zamówień na usługi związane z takimi robotami – 221 000 euro.

Ustalenie *ratio legis* ograniczenia zakresu instytucji zamówień subsydiowanych wyłącznie do zakupów o wartości równej lub przewyższającej progi unijne może zostać przeprowadzone poprzez odesłanie do ogólnego uzasadnienia dla instytucji progów unijnych. Dyrektywy UE w zakresie zamówień publicznych określają próg wartości zamówień, przy osiągnięciu których postępowanie o udzielenie zamówienia musi być w sposób bezwzględny zgodne ze wszystkimi wymogami określonymi w dyrektywach²². Prawodawca

²¹ J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015, s. 118. Art. 13 obejmuje ponadto wytyczną, która nie została zaimplementowana do polskiej ustawy. Zgodnie z dyrektywą instytucje zamawiające przekazujące subsydia mają obowiązek zapewnić przestrzeganie przepisów w przypadku, gdy subsydiowanego zamówienia nie udzielają one same lub w przypadku, gdy udzielają takiego zamówienia w imieniu i na rzecz innych podmiotów.

²² M. Bielikow-Kucharska, [w:] W. Dzierżanowski, M. Sieradzka, P. Szustakiewicz (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Warszawa 2021, s. 259.

europejski wychodzi z założenia, że wyłącznie zamówienia powyżej określonej wartości wzbudzić mogą zainteresowanie wykonawców z innych państw członkowskich, dlatego też takie elementy postępowania, jak publikacja ogłoszenia o zamówieniu w dzienniku urzędowym UE czy też dłuższe terminy na złożenie ofert, są niezbędne wyłącznie w ich przypadku. Ideę progów unijnych oraz wynikający z niej podział na procedury krajową i unijną²³ należy uznać za zgodny z zasadą proporcjonalności²⁴. W myśl bowiem art. 5 ust. 4 traktatu o Unii Europejskiej²⁵ zakres i forma działania Unii nie wykraczają poza to, co jest konieczne do osiągnięcia celów traktatów²⁶. W rzeczonym kontekście za ich cel uznać należy efektywne funkcjonowanie europejskiego rynku zamówień publicznych oraz zapewnienie dostępu do krajowych zamówień wykonawcom z innych państw członkowskich na zasadach niedyskryminacji²⁷.

Z jednej strony można zatem przyjąć, że wprowadzenie przesłanki określonej wartości zamówienia w odniesieniu do zamówień subsydiowanych jest zgodne z zasadą proporcjonalności. Nakłada bowiem na podmiot prywatny obowiązek stosowania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków tylko w przypadku robót budowlanych i usług o znaczącej wartości, w ramach których realizacja postulatu ochrony interesu publicznego jest szczególnie istotna. Z drugiej jednak strony wątpliwości budzić może praktyczna efektywność funkcji ochronnej wynikająca z takiej konstrukcji przepisu. Przykładowo, w przypadku zamówienia bezpośrednio subsydiowanego w 90% przez sektor publiczny, a którego szacunkowa wartość znajdzie się minimalnie poniżej wymaganych przez przepisy progów, obowiązek stosowania zamówień publicznych nie powstanie, mimo że faktyczna kwota wydatkowanych środków publicznych będzie znacząca. Należy jednak zgodzić się z Aleksandrą

²³ Szerzej nt. różnic między procedurą krajową i unijną zob. M. Lubiszewski, *Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2023, s. 42.

²⁴ Zasada proporcjonalności posiada fundamentalny charakter w koncepcji demokratycznego państwa prawa, co pozostaje w bezpośrednim związku z postulatem ochrony praw jednostek, a w szczególności podstawowych praw i wolności człowieka. Znaczenie tej zasady w systemach prawnych państw demokratycznych potęguje potrzeba zaspokojenia oczekiwań społeczeństwa w zakresie gwarancji, że przedstawiciele władzy ustawodawczej oraz wykonawczej, w swoich działaniach stosować będą środki proporcjonalnie i adekwatnie do racjonalnie określonego celu, w granicach prawnego umocowania – Z. Duniewska, *Zasada proporcjonalności a prawo administracyjne – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2022, t. CXXIII, s. 11.

²⁵ Dz.U. C 202 z 7.6.2016.

²⁶ Chodzi o traktat o Unii Europejskiej oraz traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.U. C 202 z 7.6.2016).

²⁷ W tym miejscu warto wskazać na wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 20 czerwca 2005 r., sygn. akt K 4/04, według którego prawa i wolności jednostek prywatnych mogą doznawać ograniczenia w drodze ingerencji legislacyjnej wyłącznie w przypadku, gdy jest to niezbędne dla ochrony interesu publicznego, gdy istnieje realna możliwość osiągnięcia poprzez tę ingerencję zamierzonych celów oraz jeżeli efekty ingerencji są proporcjonalne do ciężarów i obowiązków nałożonych na podmioty prywatne.

Sołtysińska, która stwierdza, że regulacje dyrektyw ustanawiają jedynie pewien minimalny poziom gwarancji, niezbędny dla utworzenia unijnego rynku zamówień publicznych i jego efektywnego funkcjonowania. Poszczególne państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o rozszerzeniu zastosowania instytucji zamawiającego subsydiowanego na zamówienia, w ramach których procentowy udział subsydiowania przez instytucje zamawiające będzie niższy niż 50%, jak również na zamówienia, mające za przedmiot inne roboty budowlane lub usługi, niż te wskazane w art. 13 dyrektywy²⁸. Można przyjąć, że w gestii krajowych prawodawców znajduje się również rozszerzenie zastosowania instytucji zamówień subsydiowanych na zamówienia o szacunkowej wartości poniżej progów unijnych.

Polski ustawodawca postanowił jednak nie skorzystać z tej możliwości, przenosząc z dyrektywy do krajowej ustawy również tę przesłankę objęcia zamawiających subsydiowanych obowiązkiem stosowania Pzp. Z jednej strony można to oceniać w kategoriach poprawnie przeprowadzonego procesu implementacji dyrektywy, z drugiej jednak skutkuje to wskazanym ograniczeniem zakresu ochrony interesu publicznego w odniesieniu do wydatkowanych przez podmioty prywatne środków publicznych. Brak obowiązku stosowania Pzp przez zamawiających subsydiowanych w przypadku, gdy szacunkowa wartość zamówienia jest niższa niż aktualne wartości progów UE został przy tym uregulowany w sposób niebudzący wątpliwości. Nie wynika bowiem wyłącznie z treści art. 6 Pzp, ale został potwierdzony w art. 2 ustawy, zgodnie z którym przepisy ustawy stosuje się do udzielania zamówień przez zamawiających subsydiowanych wyłącznie, gdy ich wartość jest równa lub przekracza progi unijne²⁹.

Ochrona interesu publicznego przy wartości poniżej progów unijnych

Należy zatem postawić pytanie, jakie są prawne podstawy, charakter i zakres ochrony środków publicznych lub środków od instytucji zamawiających w sytuacji, gdy przy spełnieniu wszystkich pozostałych przesłanek uznania za zamawiającego subsydiowanego, nie osiągnięto wymaganej szacunkowej wartości zamówienia? Dyrektywa uznaje takie stany faktyczne za wykraczające poza zakres niezbędnej ochrony gwarantowanej przez jej przepisy, co jest zgodne z zasadą proporcjonalności.

Z perspektywy prawa unijnego, analiza omawianego zagadnienia powinna uwzględnić tezy zawarte w Komunikacie wyjaśniającym Komisji dotyczącym

²⁸ A. Sołtysińska, [w:] A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 212–213.

²⁹ H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2023, s. 41.

prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych³⁰. Komunikat łączy takie sytuacje z obowiązkiem przestrzegania przez instytucje zamawiające zasad traktatowych, w szczególności: zakazu dyskryminacji ze względu na przynależność państwową, zasad dotyczących swobody przepływu towarów, swobody świadczenia usług i przedsiębiorczości oraz niedyskryminacji i równego traktowania. Wydaje się jednak, że z uwagi na postulat ochrony interesu publicznego określone w traktacie zasady powinny obowiązywać również podmiot prywatny, który wydatkuje środki publiczne, jednak nie kwalifikuje się do uznania za zamawiającego subsydiowanego³¹.

Z perspektywy natomiast prawa polskiego w pierwszej kolejności powinno się zwrócić uwagę, że w poprzednio obowiązującej ustawie Pzp z 2004 r. w takich przypadkach zastosowanie znajdował art. 3 ust. 3. Przepis wprowadzał zasadę, zgodnie z którą jeżeli jeden z podmiotów posiadających status zamawiającego przyznawał środki finansowe na dofinansowanie projektu, mógł uzależnić ich przyznanie od zastosowania przy ich wydatkowaniu zasad równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Na tej podstawie beneficjent dofinansowania nie stawał się podmiotem zobowiązanym do stosowania ustawy Pzp, a jedynie był zobligowany do przeprowadzenia w ramach wydatkowania otrzymanych środków procedury quasi-zamówieniowej, która musiała być oparta na trzech określonych w przepisie zasadach. Takie rozwiązanie wydawało się być rozwiązaniem prawidłowym, ponieważ z jednej strony obejmowało ochroną środki publiczne, wyłączając pełną swobodę kontraktowania wobec ich dysponenta, z drugiej natomiast nie nakładało na beneficjenta obowiązku stosowania sformalizowanej procedury określonej w ustawie Pzp³².

W związku z powyższym za dyskusyjny należy uznać brak odpowiednika art. 3 ust. 3 w ustawie Pzp z 2019 r. W ślad za tym nasuwa się pytanie, czy w obecnym stanie prawnym, beneficjenci dofinansowania ze strony instytucji zamawiających nie doznają żadnego ograniczenia ich swobody w zakresie wyboru wykonawcy „zamówienia” finansowanego z udziałem środków z sektora publicznego? W świetle obowiązujących przepisów należy uznać, że ochrona środków publicznych w takich przypadkach nadal jest zagwarantowana, przy czym wątpliwości budzić może jej zakres. Obecnie bowiem zasady wydatkowania środków otrzymanych w ramach dofinansowania projektów określone są w *Wytycznych dotyczących kwalifikowalności wydatków na lata*

³⁰ Dz.U. C 179 z 1.8.2006.

³¹ Powyższą tezę potwierdza fakt, że wskazany komunikat stanowi jeden z dokumentów będących podstawą dla *Wytycznych dotyczących kwalifikowalności wydatków na lata 2021–2027* (o czym szerzej w dalszej części artykułu).

³² Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania...*, s. 222 i nast.

2021–2027³³. Stanowią one podstawowy dokument wykorzystywany przy ocenie tego, czy poniesione w ramach projektu wydatki kwalifikują się do finansowania z funduszy unijnych. Określają zasady, którymi beneficjent musi się kierować przy zawieraniu umów z wykonawcami, w szczególności zaś zasadę konkurencyjności, która stanowi główny postulat wobec takich wydatków. Zasygnalizowane wątpliwości co do zakresu ochrony środków publicznych na podstawie wytycznych wynikać mogą z założenia, że określone w nich zasady dotyczą wyłącznie wydatkowania środków pochodzących z funduszy unijnych. Należy jednak wskazać jednak, że wytyczne mają zastosowanie do wydatków ponoszonych w ramach finansowania UE, jak również współfinansowania krajowego z budżetu państwa oraz wkładu własnego³⁴. Takie rozszerzenie zakresu zastosowania wytycznych nie likwiduje jednak wszystkich wątpliwości we wskazanym zakresie. Pozostaje pytanie o obowiązujące zasady przy wydatkowaniu środków pochodzących z dofinansowania z budżetu jednostek samorządu terytorialnego. Zastosowanie w takich przypadkach znajdzie ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych³⁵, w szczególności jej art. 43³⁶ oraz 44³⁷, przy czym zasady wydatkowania środków powinny być skonkretyzowane w treści umowy o dofinansowanie³⁸.

Subsydiowanie przez instytucje zamawiające bez udziału środków publicznych

Dokonując bezpośredniego zestawienia treści art. 13 dyrektywy z implementującym go art. 6 ustawy Pzp, można zauważyć odmienny sposób uregulowania sposobów subsydiowania zamówienia, które implikują powstanie obowiązku stosowania zamówień publicznych przez beneficjenta. Dyrektywa określa wyłącznie podmiotowe źródła subsydiowania, stwierdzając, że z zamówieniem subsydiowanym będziemy mieli do czynienia w przypadku wielośćściowego subsydiowania go przez instytucje zamawiające. Z perspektywy dyrektywy więc kluczowy jest fakt pochodzenia środków finansowych od

³³ Wytyczne zostały wydane na podstawie art. 5 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 28 kwietnia 2022 r. o zasadach realizacji zadań finansowanych ze środków europejskich w perspektywie finansowej 2021–2027 (Dz.U. z 2022 r., poz. 1079).

³⁴ *Wytyczne dotyczące kwalifikowalności wydatków na lata 2021–2027*, s. 11.

³⁵ T.j. Dz.U. z 2024 r., poz. 1530.

³⁶ Zgodnie z tym przepisem prawo realizacji zadań finansowanych ze środków publicznych przysługuje ogółowi podmiotów, chyba że odrębne ustawy stanowią inaczej.

³⁷ W szczególności ust. 3 przepisu, który stanowi, że wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów; 2) w sposób umożliwiający terminową realizację zadań; 3) w wysokości i terminach wynikających z wcześniej zaciągniętych zobowiązań.

³⁸ Szczegółowa analiza tego zagadnienia wykracza poza zakres merytoryczny niniejszego artykułu i stanie się przedmiotem odrębnego opracowania.

określonych kategorii podmiotów, bez znaczenia przy tym jest czy środki te posiadają status środków publicznych. Ustawa Pzp natomiast wprowadza dwie formy publicznego finansowania, które warunkują uzyskanie statusu zamawiającego subsydiowanego. W ślad za przepisem dyrektywy określa podmiotowe źródła subsydiów, stanowiąc, że obowiązek stosowania ustawy powstaje w sytuacji, gdy ponad 50% wartości udzielanego zamówienia jest finansowane przez zamawiających, o których mowa w art. 4³⁹ i art. 5 ust. 1 pkt 1⁴⁰. To podmiotowe określenie pochodzenia subsydiów poprzedzone jest jednak formą przedmiotową, stanowiącą jego alternatywę, mianowicie zamówienie subsydiowane może być również w ponad 50% ze środków publicznych.

Sposób regulacji tej przesłanki wykorzystany przez polskiego ustawodawcę należy uznać za bardziej skuteczny z perspektywy ochrony interesu publicznego, jak również z perspektywy postulatu szczelności proceduralnego systemu publicznych wydatków. Przede wszystkim mamy określoną podmiotową formę subsydiowania, którą w zakresie katalogu podmiotów przekazujących środki uznać należy za spójną z katalogiem określonym w przepisie dyrektywy. Dodatkowo jednak ustanowiono ogólne zabezpieczenie środków publicznych w takich stanach faktycznych, wprowadzając zasadę, że niezależnie od statusu prawnego podmiotu przekazującego środki, jeżeli posiadają one charakter środków publicznych, przy ich wydatkowaniu stosować należy określone prawem procedury⁴¹.

Niezależnie jednak od tego, czy analizie poddawana jest dyrektywa, czy polski przepis, wykorzystany sposób regulacji przesłanki bezpośredniego subsydiowania może w praktyce prowadzić do sytuacji, których uzasadnienie z perspektywy ochrony interesu publicznego może nie być tak oczywiste. W katalogu podmiotów, od których mogą pochodzić subsydia wymieniono podmioty prawa publicznego⁴², charakteryzujące się tym – podobnie jak zamawiający subsydiowani – że stanowią jednostki spoza sektora publicznego, a ich obowiązek stosowania zamówień publicznych ma charakter warunkowy i aktywizuje się dopiero przy spełnieniu określonych przesłanek⁴³. Środki,

³⁹ Jednostki sektora finansów publicznych; inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej; podmioty prawa publicznego oraz związki składające się z wymienionych podmiotów.

⁴⁰ Zamawiający publiczni w zakresie, w jakim wykonują jeden z określonych rodzajów działalności sektorowej.

⁴¹ Przy spełnieniu pozostałych przesłanek w zakresie zamawiających subsydiowanych.

⁴² Szerzej: M. Bendorf-Bundorf, *Otrzymywanie dotacji celowych przez fundacje i stowarzyszenia a status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54, s. 10 i nast.

⁴³ Zgodnie z art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy pod pojęciem „podmiot prawa publicznego” należy rozumieć podmiot, który posiada wszystkie następujące cechy: został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego; posiada osobowość prawną; jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega

którymi dysponują podmioty prawa publicznego, często nie posiadają statusu środków publicznych⁴⁴, w związku z czym należy rozważyć, czy subsydiowanie zamówienia przez taki podmiot uzasadnia nałożenie na beneficjenta obowiązku stosowania publicznoprawnych procedur wydatkowania środków. W danym stanie faktycznym brak jest bowiem głównego przedmiotu ochrony interesu publicznego realizowanego przez system zamówień publicznych. Czy w takich przypadkach uzasadniony jest wniosek o kolizji rzeczowej regulacji z zasadą proporcjonalności? Wskazana sytuacja może być zobrazowana przez następujący schemat: podmiot spoza sektora publicznego przekazuje niepubliczne środki podmiotowi prywatnemu. Czy legislacyjna ingerencja w swobodę kontraktowania przy wydatkowaniu otrzymanych środków jest w tym przypadku konieczna?

Odpowiedzi na postawione pytania należy udzielić, biorąc pod uwagę postulat szczelności systemu zamówień publicznych, który wydaje się utożsamiać chroniony w takiej sytuacji interes publiczny. Właśnie zapobieganie omijaniu przepisów przez podmioty posiadające status zamawiającego stanowiło bezpośredni powód wprowadzenia takiej konstrukcji przesłanki subsydiowania. Niezależnie od statusu środków, które są przekazywane przez podmiot prawa publicznego w celu wsparcia zamówienia subsydiowanego, ciążyący na nim obowiązek stosowania zamówień publicznych przechodzi wraz ze środkami na beneficjenta. Mimo że podmioty prawa publicznego, z perspektywy w szczególności ich formy organizacyjno-prawnej, nie są zaliczane do sektora publicznego, niemniej jednak na gruncie zamówień publicznych wymienione są w katalogu zamawiających publicznych, obok podstawowej grupy zamawiających, tj. jednostek sektora finansów publicznych. Takie podmioty charakteryzują się wysokim stopniem zależności w szczególności od jednostek państwowych lub jednostek samorządu terytorialnego, które wywierają mogący decydujący wpływ na ich działalność. Ten specyficzny związek z sektorem publicznym i związany z nim status na gruncie prawa zamówień publicznych uzasadniają, zarówno z perspektywy zasady proporcjonalności, jak i ochrony interesu publicznego, umieszczenie podmiotów prawa publicznego w katalogu podmiotowych źródeł finansowania zamówień subsydiowanych. W przeciwnym bowiem przypadku takie podmioty mogłyby unikać ciążącego na nich obowiązku stosowania zamówień publicznych w drodze przekazania środków innemu podmiotowi w celu sfinansowania inwestycji budowlanej, której realizacja znajduje się w zakresie ich działalności statutowej.

nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów, bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

⁴⁴ W szczególności gdy dana jednostka została uznana za podmiot prawa publicznego, na podstawie przesłanki innej niż finansowanie w ponad 50% przez sektor publiczny.

Zakończenie

Przepis art. 6 ustawy Pzp, określający przesłanki uzyskania statusu zamawiającego subsydiowanego i nałożenia na podmiot prywatny obowiązku stosowania zamówień publicznych, należy ocenić pozytywnie z perspektywy prawidłowości procesu implementacji dyrektywy UE. Przenosi on bowiem wprost przesłanki określone w dyrektywie, co wpływa na jednolitość i przejrzystość stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych na całym rynku wewnętrznym Unii Europejskiej. Niestety we wskazanym przypadku kompletność procesu implementacji pozostaje w konflikcie z postulatem efektywnej ochrony interesu publicznego przez system zamówień. Kluczowym problemem jest bowiem ograniczenie obowiązku stosowania zamówień publicznych przez takie podmioty wyłącznie do zamówień o wartości równej lub wyższej od progów unijnych. Argumentem za przyjęciem takiego rozwiązania może być zgodność z zasadą proporcjonalności, jednak budzi ono wątpliwości w kontekście tematu niniejszego artykułu. Zamówienia subsydiowane w przeważającej części z publicznych źródeł, jednak o wartości poniżej progów unijnych, w praktyce będą wyjęte spod reżimu zamówień publicznych. Zasadny wydaje się postulat *de lege ferenda* do polskiego ustawodawcy, aby wprowadził obowiązek stosowania zamówień publicznych wobec zamawiających subsydiowanych poniżej progów UE przy założeniu, że progiem wartości zamówienia będzie 130 000 zł. Oznaczać to będzie obowiązek zamawiających subsydiowanych do wydatkowania otrzymanych środków w ramach procedury krajowej, co nadal można uznać za proporcjonalne, w szczególności gdy zestawia się to z postulatem efektywnej ochrony interesu publicznego.

W zakresie drugiego ze wskazanych we wstępie zagadnień, mianowicie związku z interesem publicznym zamówień subsydiowanych przez podmiot, który nie dysponuje środkami publicznymi, za kluczowy należy uznać postulat szczelności systemu zamówień publicznych. Finansowanie zamówień subsydiowanych nawet bez udziału środków publicznych jednak przez podmiot, który samodzielnie posiada status zamawiającego, oceniać trzeba właśnie przez ten pryzmat. Rozstrzygające dla ustalenia związku takich stanów faktycznych z interesem publicznym jest posiadanie przez podmiot przekazujący środki statusu zamawiającego. Taka kwalifikacja na gruncie ustawy Pzp stanowi argument przemawiający za uznaniem beneficjenta dofinansowania za podmiot obowiązany do przestrzegania odpowiednich procedur przy jego wydatkowaniu. W przeciwnym bowiem przypadku podmiot, od którego pochodzą subsydia, mógłby w stosunkowo łatwy sposób ominąć ciążący na nim obowiązek stosowania Pzp, wykorzystując pośrednictwo innego podmiotu w zleceniu danej roboty budowlanej.

Potrzeba szczegółowej analizy przesłanek uzyskania statusu zamawiającego subsydiowanego z perspektywy ochrony interesu publicznego może

spotkać się z głosami krytyki. Mogą one wynikać z założenia, że ta kategoria zamawiających w praktyce systemu zamówień publicznych nie występuje lub występuje na tyle rzadko, że ich praktyczny wpływ na efektywność funkcji ochronnej zamówień publicznych jest znikomy. Potencjalna krytyka wydaje się jednak tracić swoją zasadność, gdy uwzględni się dane ze *Sprawozdania Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2023 r.*⁴⁵ w zakresie udziału poszczególnych kategorii zamawiających w całym krajowym rynku zamówień. Nie powinno stanowić zaskoczenia, że najliczniejszą grupę zamawiających (94,45%) stanowią zamawiający publiczni, natomiast zamawiający sektorowi to już tylko 2,02% ogółu podmiotów udzielających zamówień. Na tle tego zamawiający subsydiowani, ze swoim 3,07% udziałem w rynku, stanowią grupę, wobec której tezy o znikomym znaczeniu dla praktyki zamówień publicznych ocenić należy jako błędne. Porównując udział w rynku zamawiających subsydiowanych z podmiotami prawa publicznego⁴⁶, których udział wyniósł jedynie 4,19%⁴⁷, znaczenie tych pierwszych wydaje się być jeszcze bardziej istotne, pamiętając jednak, że próg wartości zamówienia, od którego powstaje obowiązek stosowania ustawy przez podmioty prawa publicznego wynosi 130 000 zł i nie jest – jak w przypadku zamawiających subsydiowanych – zrównany z progami unijnymi. Ponadto poza zakresem obowiązku udzielania zamówień publicznych przez zamawiających subsydiowanych znajdują się zamówienia w przedmiocie dostaw, co niewątpliwie również ma wpływ na ich stosunkowo mniejszy udział w krajowym rynku zamówień.

Wykaz literatury

- Bendorf-Bundorf M., *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, WPiA UWM, Olsztyn 2018.
- Bendorf-Bundorf M., *Otrzymywanie dotacji celowych przez fundacje i stowarzyszenia a status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2021, nr 54.
- Bovis C.H., *EU public procurement law*, Elgar European Law, Cheltenham 2012.
- Duniewska Z., *Zasada proporcjonalności a prawo administracyjne – zagadnienia wybrane*, „Studia Prawno-Ekonomiczne” 2022, t. CXXIII.
- Dzierżanowski W., Sieradzka M., Szustakiewicz P. (red.), *Leksykon zamówień publicznych*, Wolters Kluwer, Warszawa 2021.

⁴⁵ *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2023 r.*, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2023-roku> (data dostępu: 3.05.2025).

⁴⁶ Takie podmioty, podobnie jak zamawiający subsydiowani, stanowią podmioty spoza sektora finansów publicznych, a ich obowiązek stosowania ustawy Pzp z funkcjonalnego ujęcia może być oceniany analogicznie, jak w przypadku podmiotów otrzymujących subsydia.

⁴⁷ Por. *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych...*, s. 21.

- Kowalczyk B., Kulińska-Jachowska K., Prus Ł., Tabernacka M. (red.), *Prawo administracyjne jako miejsce spotkań. Księga jubileuszowa dedykowana profesorowi Jerzemu Supernatowi*, Wyd. UW, Wrocław 2024.
- Lechna M., Prigan A., Drynkorn H., *Prawo zamówień publicznych*, LexisNexis, Warszawa 2014.
- Liżewski B., *Prawo publiczne a prawo prywatne – wybrane uwagi teoretyczne na temat hybrydyzacji instytucji prawnych*, „Zeszyty Naukowe Katolickiego Uniwersytetu Lubelskiego” 2018, t. 61, nr 4.
- Lubiszewski M., *Prawo zamówień publicznych*, C.H. Beck, Warszawa 2023.
- Nowak H., Winiarz M. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2023.
- Nowicki H., Nowicki P. (red.), *Prawo zamówień publicznych. Stan obecny i kierunki zmian*, Presscom, Wrocław 2015.
- Nowicki H., Nowicki P., Kucharski K., *Państwo a gospodarka. Nowe prawo zamówień publicznych*, Wyd. Adam Marszałek, Toruń 2020.
- Nowicki J.E., Wiśniewski P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2023.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Pieróg J., Urbaniak Ż., *Nowe prawo zamówień publicznych*, „Przetargi Publiczne” 2019, nr 10.
- Sołtysińska A., Talago-Sławoj H., *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2016.
- Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z funkcjonowania systemu zamówień publicznych w 2023 r.*, <https://www.gov.pl/web/uzp/sprawozdanie-prezesa-uzp-z-funkcjonowania-systemu-zamowien-publicznych-w-2023-roku>.
- Stepaniuk M., *Nowa ustawa – Prawo zamówień publicznych. Praktyczna analiza zmian*, C.H. Beck, Warszawa 2021.
- Verdeaux J., *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4.
- Wieloński M., *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa 2013.
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Economic Studies” 2019, nr 3(97).
- Zdebel-Zygmunt A., Rokicki J., *System zamówień publicznych w Polsce*, Difin, Warszawa 2014.
- Żurawik A., „Interes publiczny”, „interes społeczny” i „interes społecznie uzasadniony”. *Próba dookreślenia pojęć*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2013, R. LXXV, z. 2.

Summary

Financing of subsidized contracting authorities from the perspective of public interest protection

Keywords: public economic law, public procurement, subsidised contracting authorities, public interest, principle of proportionality, public works contracts.

In the catalogue of entities obliged to apply public procurement regulations, subsidised contracting authorities constitute a specific category. These are entities from outside the public sector, whose status of a contracting authority results solely from the characteristics of the contract being awarded. One of the conditions for obtaining the status of a subsidised contracting authority is financial support for a given construction work or service connected to it in excess of 50% from public funds or by specific entities from the public sector.

The aim of the article is to analyse the condition of public financing of subsidised contracting authorities from the perspective of the public interest. Two key issues are analysed: 1) the scope of protection of the public interest implemented in a situation where a given contract is financed mostly from public sources, but its value is lower than the threshold determining the obligation to apply public procurement procedures; 2) the issue of connection with the public interest of subsidised contracting authorities in the case of financing a given contract by entities that do not have public funds at their disposal.

Regarding the first of these issues, the author concludes that this solution should be considered appropriate from the perspective of the correctness of the directive implementation process, but it may lead to a situation in which construction works co-financed to a significant extent from public sources will be excluded from the public procurement regime, which may pose a threat to the public interest. Regarding the second problem, the key issue is the requirement for the tightness of the public procurement system and the qualification of the entity from which the subsidies originate to the group of public contracting authorities, which sufficiently justifies the connection of such factual situations with the public interest.