

Maciej Bendorf-Bundorf

Uniwersytet Warmińsko-Mazurski w Olsztynie

ORCID: 0000-0002-7475-4986

maciek.bendorf@gmail.com

Otrzymywanie dotacji celowych przez fundacje i stowarzyszenia a status podmiotu prawa publicznego w rozumieniu ustawy Prawo zamówień publicznych

Wprowadzenie

Zagadnienie obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje lub stowarzyszenia, które realizują zadania publiczne, korzystając z systemu dotacji celowych, posiada bardzo duże znaczenie dla praktyki funkcjonowania takich podmiotów. Z uwagi na umiejscowienie fundacji i stowarzyszeń na płaszczyźnie społeczno-gospodarczej, takie jednostki często korzystają z tej formy finansowania swojej działalności, wykorzystując zbieżność celów działania i zakresu wykonywanych zadań z zakresem funkcjonowania podmiotów publicznych, w szczególności jednostek samorządu terytorialnego. Wynik analizy takich stanów faktycznych przez pryzmat obowiązku udzielania zamówień publicznych jako podmiot prawa publicznego wykazuje niewątpliwie istotne znaczenie dla licznej grupy fundacji i stowarzyszeń.

Przepisy określające zakres podmiotowy obowiązku przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych skonstruowane są w sposób, który ma na celu zapewnić szczelność systemu zamówień publicznych. Zakupy, które posiadają status publicznych, w szczególności z uwagi na dokonywanie ich z wykorzystaniem środków publicznych, powinny być oceniane w kategoriach zamówień publicznych i wiązać się z obowiązkiem przeprowadzenia określonej przepisami procedury wyboru wykonawcy. Takie *ratio legis* jest szczególnie widoczne w przypadku art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹, który zawiera definicję podmiotu prawa publicznego. Wskazane w przepisie przesłanki uzyskania statusu takiego podmiotu,

¹ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 1129, dalej jako u.p.z.p.

w szczególności co do charakteru wykonywanej działalności, znajdują zastosowanie do fundacji i stowarzyszeń. Przepis wymaga przy tym, aby takie jednostki wykazywały odpowiedni stopień zależności od sektora publicznego, w szczególności o charakterze finansowym, przejawiającym się finansowaniem w ponad 50%.

Celem artykułu jest analiza dotacji celowej jako źródła finansowania działalności fundacji i stowarzyszeń z perspektywy przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Czy otrzymywane dotacje celowe, w sytuacji gdy stanowią one ponad 50% budżetu beneficjenta, należy oceniać w kategoriach finansowania działalności podmiotu, które implikuje stosunek zależności od sektora publicznego? Wysoką problematyczność zagadnienia kumulują wyrażone w tym zakresie poglądy przedstawicieli Urzędu Zamówień Publicznych². Pojawiające się w opiniach UZP tezy odnośnie takich stanów faktycznych wraz popierającą je argumentacją, nie posiadają charakteru wykluczającego możliwość podjęcia polemiki oraz przedstawienia tez przeciwnych.

Dotacje celowe jako forma wsparcia fundacji i stowarzyszeń

Mechanizm przekazywania dotacji celowych na realizację zadania publicznego stanowi jedną z podstawowych form współpracy pomiędzy sektorem publicznym a organizacjami pozarządowymi, w szczególności fundacjami i stowarzyszeniami³. Zgodnie z art. 221 ustawy dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych⁴, podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i nie działające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje celowe na cele publiczne, związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań. Zlecenie zadania i udzielenie dotacji następuje zgodnie z przepisami ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie⁵, a jeżeli dotyczy ono innych zadań niż określone w tej ustawie – na podstawie umowy jednostki samorządu terytorialnego z beneficjentem dotacji⁶.

² Dalej jako UZP.

³ Szerzej zob. A. Olejniczak, [w:] R. Barański, A. Olejniczak, *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, Warszawa 2012, s. 183 i nast.

⁴ T.j. Dz.U. z 2021 r., poz. 305.

⁵ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1057.

⁶ A. Zalcewicz, [w:] H. Dzwonkowski, G. Golebiewski (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, Warszawa 2014, s. 580–581. Zob również K. Sawicka, [w:] M. Karlikowska, W. Miemieć, Z. Ofiarski, K. Sawicka, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010, s. 577 i nast.; A. Ostrowska, *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Warszawa 2018, s. 263 i nast.

Niezależnie od systemu dotacji realizowanego na podstawie ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, fundacje i stowarzyszenia mogą otrzymywać dotacje celowe na podstawie innych przepisów, w szczególności: ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie⁷, ustawy o finansowaniu zadań oświatowych⁸, a także, stosowanych samodzielnie, przepisów ustawy o finansach publicznych⁹.

Przedmiotem finansowania poprzez dotację celową mogą być cele publiczne, które pozostają w związku z zadaniami danej jednostki samorządu terytorialnego¹⁰. Mogą to być zarówno zadania przypisane danej j.s.t. na mocy przepisów prawa, jak również zadania określone w programach przyjętych przez właściwy organ stanowiący¹¹. Z punktu widzenia fundacji i stowarzyszeń realizacja powierzonego zadania publicznego pozostaje w immanentnym związku z realizacją celu statutowego danej organizacji pozarządowej. Tym samym można przyjąć, że w sytuacji gdy realizowany cel publiczny pokrywa się z celem statutowym fundacji lub stowarzyszenia, otrzymywana dotacja celowa w sposób pośredni stanowi źródło finansowania działalności danego podmiotu, umożliwiając jego funkcjonowanie oraz realizację zadań, dla których został on utworzony. Zdaniem Marcina Miemiec, dotacje celowe stanowią pomoc m.in. dla jednostek spoza sektora finansów publicznych, która przeznaczona jest na sfinansowanie lub dofinansowanie realizacji określonego celu publicznego¹².

Zasadne wydaje się wskazanie w tym miejscu, że zgodnie z badaniami statystycznymi przeprowadzonymi przez Stowarzyszenie Klon/Jawor, w ciągu ostatnich lat widoczny jest trend wzrostowy w zakresie wykorzystywania przez organizacje pozarządowe samorządowych źródeł finansowania ich działalności. W roku 2011 korzystanie ze źródeł samorządowych zadeklarowało 49% organizacji pozarządowych, w roku 2014 – 55%, natomiast w roku 2017 aż 61% organizacji¹³.

⁷ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 1133. Zgodnie z art. 28 ustawy, klub sportowy, działający na obszarze danej jednostki samorządu terytorialnego, niebędący w celu osiągnięcia zysku, może otrzymywać dotację celową z budżetu tej jednostki.

⁸ T.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 2029.

⁹ W szczególności art. 151 ustawy o finansach publicznych, w myśl którego dysponent części budżetowej może zlecić organizacji pozarządowej realizację swoich zadań na podstawie zawartej z tą organizacją umowy, przyznając jednocześnie dotację celową na realizację tych zadań.

¹⁰ Dalej jako j.s.t.

¹¹ Zob. M. Paczocha, *Głosa do wyroku WSA z dnia 19 czerwca 2006 r. (I SA/Rz 400/06)*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1–2.

¹² W. Miemiec, [w:] W. Miemiec, K. Sawicka, M. Miemiec, *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Warszawa 2013, s. 142–143.

¹³ B. Charycka, M. Gumkowska, 2018. *Kondycja organizacji pozarządowych*, Warszawa 2019, s. 38.

Pojęcie podmiotu prawa publicznego w systemie zamówień publicznych

Przesłanki uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego określa art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych¹⁴. Zgodnie z tym przepisem obowiązek przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych spoczywa na osobach prawnych, niezaliczanych do jednostek sektora finansów publicznych, które zostały utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego. Uzyskanie statusu podmiotu prawa publicznego uzależnione jest jednak od wystąpienia określonego stosunku zależności takich podmiotów od jednostek sektora finansów publicznych, innych państwowych jednostek organizacyjnych nieposiadających osobowości prawnej lub innych podmiotów prawa publicznego, które pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

- finansują je w ponad 50% lub
- posiadają ponad połowę udziałów albo akcji, lub
- sprawują nadzór nad organem zarządzającym, lub
- mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

Wprowadzenie pojęcia podmiotu prawa publicznego, jako kategorii jednostek zobowiązanych do dokonywania zakupów zgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych, nastąpiło w ramach implementacji do krajowego porządku prawnego postanowień dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych¹⁵. Uzasadniona wydaje się zatem teza, że interpretacja znaczenia tego pojęcia oraz analiza poszczególnych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego powinna zostać dokonana w oparciu o dorobek orzecznicy Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej¹⁶ w tym zakresie.

¹⁴ Analogiczną regulację zawierał art. 3 ust. 1 pkt 3 wcześniej obowiązującej ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2020 r., poz. 288). Szerzej zob. Z. Czarnik, [w:] S. Babiarczyk, Z. Czarnik, P. Janda, P. Pełczyński, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2013, s. 70–72.

¹⁵ 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.) oraz dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.U. UE L Nr 94, s. 243 ze zm.). Szerzej nt. europejskich źródeł prawa zamówień publicznych zob.: C.H. Bovis, *EU Public Procurement Law*, Cheltenham 2012, s. 59 i nast.; por. również: 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.; J. Pawelec, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2015.

¹⁶ Dalej jako TSUE.

Mimo potencjalnej analogii pomiędzy art. 4 pkt 3 u.p.z.p. a obowiązującym na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych¹⁷ przepisem art. 4 ust. 1 pkt 6, który zobowiązywał do stosowania jej przepisów państwowe i komunalne jednostki organizacyjne oraz jednostki zależne, które wykonywały zadania o charakterze użyteczności publicznej, prowadzona analiza powinna następować w oderwaniu od poglądów doktryny wypracowanych na podstawie ustawy o zamówieniach publicznych. Wydaje się bowiem, że ustawodawca w sposób zamierzony zrezygnował z wykorzystanego w poprzedniej ustawie pojęcia „zadań o charakterze użyteczności publicznej”, wprowadzając w jego miejsce zaimplementowane z dyrektyw pojęcie „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”, nakierowując tym samym na wykładnię pojęcia podmiotu prawa publicznego występującą w ramach linii orzeczniczej TSUE¹⁸. Istotne przy tym jest, że sformułowane na podstawie orzecznictwa TSUE rozumienie podmiotu prawa publicznego pozostaje aktualne niezależnie od nowelizacji przepisów krajowych czy zmian w źródłach europejskiego prawa zamówień publicznych¹⁹. Zdaniem TSUE pojęcie podmiotu prawa publicznego stanowi autonomiczne pojęcie europejskiego porządku prawnego. W toku ustalania, czy konkretny podmiot wypełnia warunki objęcia obowiązkiem przestrzegania dyrektyw zamówieniowych, TSUE bierze co prawda pod uwagę krajowe normy prawa, jednak wyłącznie w celu stwierdzenia, czy spełnione są przesłanki przewidziane w dyrektywach²⁰.

Dotacje celowe jako źródło finansowania fundacji i stowarzyszeń w opiniach UZP

Zagadnienie źródeł finansowania organizacji pozarządowych, w tym w formie dotacji celowych, w kontekście obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych, było przedmiotem szeregu opinii UZP. Zajmowane w tym zakresie stanowisko UZP z jednej strony należy uznać spójne, z drugiej jednak wydaje się powielać wcześniej postawione tezy, odnosząc się w poszczególnych dokumentach do uprzednio przedstawionych analiz i argumentacji. Wspólnym mianownikiem dla wszystkich opinii w tym temacie jest orzeczenie TSUE w sprawie Cambridge²¹, które UZP poddał analizie, a następnie jej wynik przyjmował za wytyczną interpretacyjną przy wykładni zagadnień bar-

¹⁷ Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 1994 r., Nr 76, poz. 344 ze zm.).

¹⁸ M. Stachowiak, [w:] M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, s. 54.

¹⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 38.

²⁰ Orzeczenie TSUE z 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00.

²¹ Orzeczenie TSUE z 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98.

dziej szczegółowych lub jedynie pośrednio związanych z przedmiotem rozstrzygnięcia w sprawie TSUE.

Odwołanie się do tez przedstawionych w danym wyroku występuje w szeregu opinii zamieszczonych na portalu UZP²², jednak wykorzystanie stanowiska TSUE bezpośrednio przy ocenie sytuacji prawnej fundacji i stowarzyszeń następuje w opinii *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3²³ oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*. W danej opinii UZP wskazuje, że pod pojęciem finansowania w ponad 50% należy rozumieć przypadki przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie, co wiąże się z powstaniem stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania pomiędzy beneficjentem środków a podmiotem publicznym. Finansowanie, o którym mowa w ustawowej definicji podmiotu prawa publicznego, nie może być przy tym utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za określone świadczenie, do którego zobowiązuje się beneficjent, w szczególności na podstawie umowy o wykonanie zadania publicznego. W opinii wprost stwierdzono, że „nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu tego przepisu. Nie mamy do czynienia z finansowaniem danego podmiotu (fundacji, stowarzyszenia), gdy środki publiczne przekazywane są temu podmiotowi na sfinansowanie lub współfinansowanie konkretnych projektów czy własnych zamierzeń inwestycyjnych, ale pozostających w sferze zainteresowań podmiotów publicznych. Jeżeli zatem środki finansowe przekazywane przez instytucje publiczne przekraczają nawet 50% wszystkich dochodów podmiotu, ale są one przekazywane w zamian za konkretne świadczenia, których realizacją jest zainteresowany podmiot publiczny (państwo), w takich okolicznościach nie zostaje spełniona przesłanka, o której mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 lit. a²⁴ ustawy Pzp”²⁵.

²² Por. w szczególności opinie prawne UZP: *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE, Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydające środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych oraz Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych*. Opinie prawne dostępne na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne> (data dostępu: 28.06.2021).

²³ Obecnie: art. 4 pkt 3 u.p.z.p.

²⁴ Obecnie w art. 4 pkt 3 lit. a u.p.z.p.

²⁵ *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5* – opinia prawna dostępna na stronie internetowej UZP: <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne> (data dostępu: 28.06.2021).

Analiza orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej

Orzeczenie „Cambridge”

Tak jak to zostało wskazane, przedstawione poglądy UZP oparte są na tezach wyrażonych w orzecznictwie TSUE, w szczególności w wyroku z 3 października 2000 r. w sprawie C-380/98²⁶ tzw. sprawa Cambridge. Przedmiotem rozstrzygnięcia TSUE była kwestia obowiązku udzielania zamówień publicznych przez brytyjskie uniwersytety, a konkretnie zagadnienia wypełnienia przez takie jednostki przesłanek uzyskania statusu podmiotu prawa publicznego. Przedstawiciele uczelni sprzeciwiali się bezwzględnemu traktowaniu uniwersytetów jako podmioty prawa publicznego i zobowiązaniu do przestrzegania procedur udzielania zamówień publicznych określonych w dyrektywach²⁷.

W sprawie jako bezsporne uznano spełnianie przez uniwersytety dwóch pierwszych przesłanek uznania za podmiot prawa publicznego, a mianowicie posiadanie przez jednostkę osobowości prawnej oraz ustanowienie w celu zaspokajania potrzeb w ogólnym interesie, które nie wykazują charakteru handlowego ani przemysłowego. Za równie oczywisty uznano brak spełnienia dwóch ostatnich warunków, dotyczących nadzoru nad zarządem oraz wyznaczenia przez podmioty publiczne większości członków organów administrujących, zarządzających lub nadzorczych. Sporną kwestię, o której wyjaśnienie zwrócono się do TSUE, stanowiła natomiast przesłanka odnosząca się do źródeł finansowania działalności danego podmiotu. Pierwsze z pytań, z którymi zwrócono się do TSUE, dotyczyło użytego w dyrektywach zwrotu „finansowane w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”. Wątpliwości dotyczyły tego, czy pojęcie to obejmuje takie źródła finansowania działalności uniwersytetów, jak:

- a) granty przeznaczone na finansowanie projektów naukowo-badawczych,
- b) środki uzyskane w ramach zapłaty za realizację zamówień publicznych w przedmiocie usług w postaci prac naukowo-badawczych, wykonywanych na rzecz konkretnych podmiotów publicznych,
- c) środki wypłacane za realizację innych zamówień, w przedmiocie takich usług jak organizacja konferencji lub doradztwo,
- d) przekazywane przez władze lokalne stypendia, z których pokrywano koszty czesnego określonych studentów²⁸.

²⁶ W cytowanej opinii brak jest bezpośredniego wskazania na to orzeczenie jako źródło stawianych tez, jednak w tekście znajduje się odesłanie do opinii *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, w której autor bezpośrednio powołuje się na dany wyrok TSUE.

²⁷ M. Lemke, D. Piasta, *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, Warszawa 2006, s. 75–80.

²⁸ Ibidem, s. 75–80.

Ustosunkowując się do spornej kwestii, TSUE wskazał, że wszystkie kryteria określone w trzecim warunku definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach mają na celu odzwierciedlać stosunek bliskiej zależności danej jednostki od państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego. Podkreślił jednak, że nie wszystkie przypadki przekazywania środków przez wskazane kategorie podmiotów wywołują taki skutek; nie wszystkie stanowią tym samym finansowanie ze środków publicznych w rozumieniu przyjętym w dyrektywach. TSUE wyraźnie stwierdził, że pod pojęciem finansowania ze środków publicznych nie należy rozumieć w szczególności płatności, które stanowią zapłatę za wykonane usługi. Wniosekując *a contrario*, należałoby uznać, że wszystkie podmioty prywatne, które występują w roli wykonawców zamówień publicznych na rzecz publicznych zamawiających, są finansowane przez podmioty publiczne i spełniają kryterium zależności od państwa. Jednakże, zdaniem TSUE, w takich przypadkach nie dochodzi do powstania pomiędzy podmiotami wymaganego stosunku bliskiej zależności, podległości. W sytuacji bowiem wykonywania usług w oparciu o umowę dotyczącą konkretnych świadczeń mamy do czynienia ze świadczeniem cywilnoprawnym, którego istotę stanowi więź pomiędzy świadczeniami obu stron stosunku prawnego, oparta na zasadzie wzajemności (*do ut es*). Wykorzystując opisane kryterium rozróżniające, Trybunał uznał, że środki otrzymywane przez brytyjskie uniwersytety od podmiotów publicznych na zasadzie komercyjnej, w szczególności w ramach wynagrodzenia za usługi doradcze, organizację konferencji czy też prace naukowo-badawcze na rzecz publicznych zamawiających, nie stanowią finansowania ze środków publicznych w znaczeniu przyjętym w dyrektywach zamówieniowych. Argumentując tę tezę, wskazano, że podmiot publiczny, przekazując środki w takich stanach faktycznych, finansując wykonanie konkretnych usług, podejmuje działania we własnym interesie, na zasadach działalności komercyjnej. Do odmiennych wniosków należy jednak dojść, analizując formy finansowania uniwersytetów, określone w punktach a) oraz d) pytania skierowanego do TSUE. Mianowicie: zdaniem TSUE granty na sfinansowanie realizacji projektów naukowo-badawczych oraz stypendia przeznaczone na sfinansowanie czesnego określonych studentów posiadają charakter płatności, których celem jest wsparcie jednostki jako całości. Przy takich przejawach przekazywania środków, w katalogu motywów dokonania płatności, nie jesteśmy bowiem w stanie zamieścić interesu ekonomicznego podmiotu finansującego. Takie formy wspierania podmiotów prywatnych posiadają, w opinii TSUE, cechy „finansowania przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego”, mogą tym samym stanowić podstawę do uznania beneficjenta środków za podmiot prawa publicznego w rozumieniu dyrektyw dotyczących udzielania zamówień publicznych²⁹.

²⁹ Ibidem.

Orzeczenie C-337/06

Analiza omawianego problemu powinna również uwzględnić tezy postawione przez TSUE w wyroku w sprawie C-337/06³⁰. We wskazanym orzeczeniu kwestia sporna również dotyczyła wykładni pojęcia „finansowania w ponad 50% przez podmioty publiczne” i dokonywanej na tej podstawie kwalifikacji jednostki jako podmiotu prawa publicznego. Ocena przesłanek powstania obowiązku udzielania zamówień publicznych prowadzona była w stosunku do publicznych nadawców w sferze radiofonii i telewizji, funkcjonujących na terytorium Niemiec³¹.

Zgodnie z regulacjami niemieckiego porządku prawnego, wskazani nadawcy są instytucjami prawa publicznego, którym powierzono realizację zadań leżących w interesie publicznym, przy czym cechuje ich niezależność od władz państwowych, samodzielnie sprawują kierownictwo nad swoją administracją oraz są zorganizowani w sposób wyłączający jakikolwiek wpływ władz publicznych. Zgodnie natomiast z orzecznictwem niemieckich sądów najwyższych nadawcy ci nie stanowią części organizacji państwa. Z kolei w zakresie źródeł finansowania działalności takich podmiotów obowiązuje zasada finansowania z opłat abonamentowych uiszczanych przez obywateli, którzy posiadają odpowiednie odbiorniki (przy czym wpływy z tego źródła stanowiły większość źródeł dochodów analizowanych jednostek). Sedno sporu dotyczyło ustalenie, czy taka forma finansowania, przy której środki nie pochodzą bezpośrednio od państwa, lecz od odbiorców usług, objęta jest zakresem pojęcia „finansowania w ponad 50%” przez określone podmioty w rozumieniu definicji podmiotu prawa publicznego zawartej w dyrektywach. Z uwagi na to, że nie jest to zagadnienie bezpośrednio związane z omawianym tematem, można wprost wskazać, że TSUE uznał taką formę finansowania za kwalifikującą wskazanych nadawców jako podmioty podlegające przepisom dyrektyw. Istotne jednak są tezy postawione przez TSUE w uzasadnieniu swojego stanowiska. Mogą one stanowić wartościowe źródło wiedzy odnośnie analizowanych przypadków zlecenia realizacji zadań publicznych i związanych z tym dotacji celowych. Stan faktyczny orzeczenia, w szczególności cechy i status prawny niemieckich nadawców, wykazuje bowiem na liczne cechy wspólne z omawianymi formami dowania zadań fundacji i stowarzyszeń.

Przede wszystkim należy podkreślić, że wskazani nadawcy funkcjonują jako podmioty wyłączone ze struktur państwowych w sposób całkowicie autonomiczny, wyłączający państwową ingerencję w sposób wykonywania oraz kierunki ich działalności. Jedynym elementem przybliżającym ich do sektora publicznego jest realizacja zadań w sferze publicznej oraz otrzymywanie środ-

³⁰ Orzeczenie TSUE z 17 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06.

³¹ I. Skubiszak-Kalinowska, [w:] I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2017, s. 66.

ków finansowych z publicznego źródła na pokrycie kosztów ich działalności. Zgodnie z poglądem TSUE wyrażonym w pkt. 31 wyroku, mimo że niemiecki system finansowania nadawców publicznych wyklucza co do zasady wywieranie na nadawców jakiegokolwiek wpływu politycznego ze strony organów państwowych, okoliczność ta nie jest wystarczająca, aby niniejszą sprawę rozpatrywać wyłącznie z takiego punktu widzenia, że z definicji brak jest możliwości wywierania określonego wpływu przez państwo. Dla celów jednolitej wykładni i stosowania prawa unijnego oraz realizacji celów prawa pierwotnego należy bowiem mieć na uwadze również inne aspekty, takie jak swobody przepływu poszczególnych czynników produkcji oraz otwarcie rynków krajowych na konkurencję w skali ogólnoeuropejskiej. W odpowiedzi na pytanie, czy przesłanka „finansowania przez podmioty publiczne” jest spełniona wyłącznie w przypadkach bezpośredniej ingerencji państwa lub innych władz publicznych przy udzielaniu zamówień publicznych przez beneficjenta środków, TSUE stwierdził, że na podstawie brzmienia omawianego przepisu bezpośrednia ingerencja państwa lub innego podmiotu publicznego w proces udzielania zamówień publicznych nie stanowi warunku *sine qua non* spełnienia przesłanki „finansowania przez państwo”³². TSUE wskazał, że celem dyrektyw w dziedzinie zamówień publicznych jest uniknięcie ryzyka preferencyjnego traktowania krajowych wykonawców przy udzielaniu zamówień publicznych przez instytucje zamawiające i jednocześnie wykluczenie sytuacji, w których podmioty finansowane lub kontrolowane przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego mogłyby się kierować przy dokonywaniu zakupów innymi kryteriami niż czysto gospodarcze³³. W świetle wskazanych celów dyrektyw zamówieniowych³⁴, zarówno przesłanka „finansowania ze strony podmiotów publicznych”, jak i całe pojęcie podmiotu prawa publicznego, powinno – zdaniem TSUE – podlegać funkcjonalnej interpretacji³⁵.

Szczególnie istotny pogląd TSUE, mogący stanowić podsumowanie całej przedstawionej linii argumentacyjnej, zawarty został w pkt. 59 orzeczenia. Trybunał stwierdził bowiem, iż w rozstrzyganej sprawie nie występuje skonkretyzowane świadczenie wzajemne na rzecz państwa, a przekazywanie środków na rzecz nadawców ma na celu wyrównanie ciężarów powstałych w związku z wykonywaniem misji publicznej państwa. W tych okolicznościach nadawcy, których dotyczy postępowanie, nie różnią się od innych służb pu-

³² Zob. pkt 52 wyroku. Podobnie TSUE argumentował w wyroku z 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, pkt 44 i 47.

³³ Szerzej nt. efektywności zamówień publicznych zob. M. Milosavljević, M. Dobrota, N. Milanović, *A New Approach to the Evaluation of Public Procurement Efficiency among European Countries*, „European Review” 2018, nr 2, s. 246–259.

³⁴ Szerzej zob. M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum Studia Ekonomiczne” 2019, nr 3, s. 151–163.

³⁵ Pkt 37 i 40 wyroku.

blicznych, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym.

Dotacje celowe na zadania publiczne w świetle poglądów TSUE

W oparciu o przedstawione tezy Trybunału należy zadać pytanie, czy – analogicznie jak niemieccy nadawcy – fundacje lub stowarzyszenia otrzymujące dotację na realizację zadania publicznego nie powinny być traktowane jak „usługi publiczne, które otrzymują od państwa subwencję za wykonywanie zadania leżącego w interesie publicznym”?

W opiniach UZP znajdują się wnioski, że nie dochodzi do spełnienia przesłanki finansowania w przewidzianej części w rozumieniu art. 4 pkt 3 lit a u.p.z.p., w sytuacji gdy środki przekazywane są w ramach stosunku umownego w zamian za konkretne świadczenia na rzecz podmiotów publicznych. Należy jednak pamiętać o wytycznej TSUE, zgodnie z którą pojęcie podmiotu prawa publicznego powinno podlegać funkcjonalnej interpretacji. Co za tym idzie: wydaje się, że charakter stosunku prawnego, na mocy którego następuje przekazanie środków, nie powinien stanowić podstawy do arbitralnego wyłączenia obowiązku przestrzegania prawa zamówień publicznych w stosunku do ich beneficjenta.

W literaturze przedmiotu wskazuje się, że jedną z zalet dotacji celowych jest wyposażenie podmiotu przekazującego dotację w możliwość sprawowania kontroli nad sposobem jej wykorzystania. Oznacza to, że przekazane środki wykorzystane mogą być wyłącznie na zadanie, które dotujący rzeczywiście chce wspierać, przy czym nieosiągnięcie celu i niewykonanie zadania może stanowić podstawę do żądania zwrotu całości lub części przekazanej dotacji³⁶.

Według badań statystycznych przeprowadzonych przez Stowarzyszenie Klon/Jawor, aż 4% fundacji i stowarzyszeń wykazuje środki pochodzące ze źródeł samorządowych jako jedyne źródło finansowania ich działalności, natomiast aż 29% wskazuje to źródło jako dominujące³⁷. Czy zatem podmiot, który jest finansowany w 100% przez podmioty publiczne, nie powinien być uznany za zależny od sektora publicznego i tym samym wyposażony w status podmiotu prawa publicznego na podstawie art. 4 pkt 3 u.p.z.p.? Czy argument umowy, jako podstawy prawnej przekazania środków, uzasadnia wyłączenie obowiązku udzielania zamówień publicznych w przypadku tak oczywistych stosunków zależności finansowej? Stosując wskazaną przez TSUE wytyczną interpretacyjną, a więc wykładnię funkcjonalną, trudno jest ocenić taki stan

³⁶ W. Misiąg, [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2019, s. 450.

³⁷ J. Przewłocka, P. Adamiak, J. Herbst, *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Warszawa 2013, s. 110.

faktyczny inaczej niż w sposób stwierdzający wystąpienie w nich obowiązku przestrzegania Prawa zamówień publicznych przez beneficjenta środków.

Zakończenie

Postulat zapewnienia szczelności systemu zamówień publicznych pozostaje w bezpośrednim związku z przesłankami powstania obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych przez fundacje i stowarzyszenia. Z uwagi na tożsamość w zakresie celów oraz zadań realizowanych przez sektor publiczny i pozarządowy, wraz z ugruntowanymi w przepisach prawa podstawami wzajemnej współpracy, istnieje prawdopodobieństwo wykorzystywania fundacji lub stowarzyszeń do realizacji zadań właściwych dla państwa czy jednostek samorządu terytorialnego³⁸. Z uwagi na brak jednoznacznych przepisów określających obowiązek stosowania u.p.z.p. po stronie fundacji i stowarzyszeń istnieje ryzyko omijania tego obowiązku przez przedstawicieli sektora publicznego. Bowiem w przypadku bowiem wykonywania określonych zadań bezpośrednio przez organy państwowe i samorządowe, wszelkie zakupy dokonywane w związku z ich realizacją posiadają status zamówień publicznych. Wykorzystanie natomiast pośrednictwa fundacji lub stowarzyszeń, w formie przekazania zadania publicznego wraz z dotacją celową, skutkuje stanem, w którym zakupy funkcjonalnie posiadające status zamówień publicznych dokonywane mogą być z wyłączeniem właściwych dla nich procedur.

Dokonując oceny dotacji celowych z uwzględnieniem wytycznej interpretacyjnej wskazanej przez TSUE – wykładni funkcjonalnej, uzasadniona wydaje się teza, że takie czynniki, jak realizacja zadań w interesie publicznym, powiązana z określonym stosunkiem zależności od sektora publicznego, w szczególności o charakterze finansowym, posiadają charakter aktywizacyjny w odniesieniu do obowiązku udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia oraz uzyskania przez nie statusu podmiotu prawa publicznego.

Wykaz literatury

- Babiarz S., Czarnik Z., Janda P., Pełczyński P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LexisNexis, Warszawa 2013.
- Barański R., Olejniczak A., *Fundacje i stowarzyszenia. Współpraca organizacji pozarządowych z administracją publiczną*, C.H. Beck, Warszawa 2012.

³⁸ Szerzej zob. M. Bendorf-Bundorf, *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, Olsztyn 2018, s. 235 i nast.

- Bendorf-Bundorf M., *Obowiązek udzielania zamówień publicznych przez fundacje i stowarzyszenia*, E-seria Monografie Wydziału Prawa i Administracji UWM, Olsztyn 2018.
- Bovis C.H., *EU Public Procurement Law*, Edward Elgar Publishing, Cheltenham 2012.
- Charycka B., Gumkowska M., 2018. *Kondycja organizacji pozarządowych*, Stowarzyszenie Klon/Jawor, Warszawa 2019.
- Dzwonkowski H., Gołębiowski G. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawnofinansowy*, Wyd. Sejmowe, Warszawa 2014.
- Karlikowska M., Miemiec W., Ofiarski Z., Sawicka K., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Presscom, Warszawa 2010.
- Lemke M., Piasta D., *Analiza orzecznictwa Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości dotyczącego zamówień publicznych w okresie od 1999 do 2005 r.*, UZP, Warszawa 2006.
- Miemiec W., Sawicka K., Miemiec M., *Prawo finansów publicznych sektora samorządowego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.
- Milosavljević M., Dobrota M., Milanović N., *A New Approach to the Evaluation of Public Procurement Efficiency among European Countries*, „European Review” 2018, nr 2.
- Misiąg W. (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Opinia prawna UZP *Podmioty prawa publicznego w świetle prawa UE*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez stowarzyszenia wydające środki pochodzące z 1% podatku dochodowego od osób fizycznych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Opinia prawna UZP *Obowiązek stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych przez fundacje oraz stowarzyszenia – stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 oraz art. 3 ust. 1 pkt 5*, <https://www.uzp.gov.pl/baza-wiedzy/interpretacja-przepisow/opinie-archiwalne>.
- Ostrowska A., *Samorządowe prawo dotacyjne. Dotacje jako wydatki jednostek samorządu terytorialnego*, Wolters Kluwer, Warszawa 2018.
- Paczocho M., *Glosa do wyroku WSA z dnia 19 czerwca 2006 r. (I SA/Rz 400/06)*, „Finanse Komunalne” 2007, nr 1–2.
- Pawelec J., *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015.
- Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2019.
- Przewłocka J., Adamiak P., Herbst J., *Podstawowe fakty o organizacjach pozarządowych. Raport z badania 2012*, Stowarzyszenie Klon/Jawor, Warszawa 2013.
- Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2017.
- Stachowiak M., Jerzykowski J., Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Wolters Kluwer, Warszawa 2012.
- Verdeaux J., *Public procurement in the European Union and in the United States: a comparative study*, „Public Contract Law Journal” 2003, nr 4.
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum Studia Ekonomiczne” 2019, nr 3.

Summary

Receiving targeted subsidies by foundations and associations as a condition for obtaining the status of a body governed by public law in the meaning of the Act – Public Procurement Law

Keywords: public procurement, foundation, associations, body governed by public law, targeted subsidies.

This contribution aims to answer the question of whether targeted subsidies received by a foundation or association should be considered as a condition for obtaining the status of a body governed by public law in the meaning of public procurement law. The manifestations of correlation between foundations and associations and the public sector are not a neutral state from the point of view of the obligation of public procurement. The appropriate procedures when making public purchases are often associated with the expenditure of public funds, particularly in terms of the implementation of tasks by the representatives of the public sector. It should however be noted that the functional analysis of the obligation for public procurement leads to the conclusion that its scope goes beyond the activities of state and local authorities. The system of socioeconomic relationships occurring in the modern democratic states tends to blur the boundaries between the public and non-governmental sector, which creates the need for a similar evaluation of the two categories of entities from the point of view of their impact on the public interest.