

NGO JAKO ZAMAWIAJĄCY



Julia Jarnicka

aplikant radcowski
PIERÓG & Partnerzy

Mimo że organizacje pozarządowe nie zostały ujęte w pzp jako podmioty zobowiązane do stosowania ustawy, to jednak w pewnych sytuacjach muszą przeprowadzić przetarg publiczny.

Jako organizacje pozarządowe, zwane również organizacjami trzeciego sektora lub NGO, określa się cały szereg organizacji charakteryzujących się niezależnością od państwa i działalnością nienastawioną na zysk. Definicję takiej organizacji znajdziemy w ustawie o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (dalej: udppw).

Specyfika NGO

Wyraźne oddzielenie organizacji pozarządowych od jednostek sektora finansów publicznych ma o tyle istotne znaczenie, że nie tylko konstytuuje charakter tych organizacji, lecz także podkreśla ich odrębność od sektora publicznego i niezależność od organów administracji. Kolejnym istotnym elementem definicji jest działalność nienastawiona na zysk. Ta cecha odróżnia organizacje pozarządowe od przedsiębiorstw działających w sektorze prywatnym. Organizacje pozarządowe mają spełniać funkcje społeczne poprzez organizowanie się obywateli i prowadzenie działalności, której cele są niezarobkowe.

Potocznie pod nazwą organizacji pozarządowych, poza fundacjami i stowarzyszeniami, rozumie się również inne podmioty, w tym partie polityczne i organizacje działające na mocy odrębnych przepisów (np. koła łowieckie, Polski Czerwony Krzyż, komitety społeczne, związki zawodowe, kółka rolnicze), których funkcjonowanie nie jest objęte udppw.

Art. 3 ust. 2 udppw

Organizacjami pozarządowymi są:

1) niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu ustawy

o finansach publicznych,

2) niedziałające w celu osiągnięcia zysku

– osoby prawne lub jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej,

którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną, w tym fundacje i stowarzyszenia (...)

Działalność pożytku publicznego

Jednym z rodzajów działalności prowadzonej przez organizacje pozarządowe jest działalność pożytku publicznego. Pojęcie to zdefiniowano w art. 3 ust. 1 udppw jako działalność społecznie użyteczną, prowadzoną przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w ustawie.

Szczególne miejsce w systemie organizacji pożytku publicznego zajmują fundacje i stowarzyszenia, będące najczęściej występującymi formami organizacji obywateli w trzecim sektorze. Dodatkowo organizacjami pożytku publicznego mogą być również tzw. organizacje kościelne, stowarzyszenia jednostek samorządu terytorialnego, spółdzielnie socjalne, spółki akcyjne, spółki z o.o. i kluby sportowe, jeśli ich działalność nie jest nastawiona na zysk.

Organizacjami pożytku publicznego są więc organizacje pozarządowe takie jak fundacje, stowarzyszenia oraz inne wspomniane już wcześniej podmioty, jeśli spełniają szereg warunków szczegółowo określonych w art. 20 udppw i wykonują zadania powierzone przez organy administracji publicznej. Informacja o uzyskaniu statusu organizacji pożytku publicznego wpisywana jest do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS).

Ze względu na ogromną liczbę działających w Polsce organizacji pozarządowych, odpowiedź na pytanie w jakich sytuacjach te podmioty zobowiązane są do stosowania ustawy – Prawo zamówień publicznych (dalej: pzp) ma istotne znaczenie w systemie zamówień publicznych.

Organizacja pozarządowa jako podmiot prawa publicznego

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pzp przepisy tej ustawy stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych oraz przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej. Takimi podmiotami nie są z pewnością organizacje pozarządowe, co wynika z art. 3 ust. 1 udppw. W dalszej kolejności, w art. 3 ust. 1 pkt 3 pzp wskazano, że zamawiającym mogą być osoby prawne inne niż wyżej wskazane utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, gdy jednostki sektora finansów publicznych lub inne państwowe jednostki organizacyjne 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 jego organu nadzorczego lub zarządzającego.

Podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 pzp to podmioty określone wprost w dyrektywie klasycznej jako „podmioty prawa publicznego” (zob. **Podmioty...**).

Podmioty prawa publicznego

Zgodnie z art. 1 ust. 9 dyrektywy klasycznej podmiotem prawa publicznego jest każdy podmiot, który:

- 1) ustanowiony został w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- 2) posiada osobowość prawną, oraz
- 3) spełnia co najmniej jeden z trzech poniższych warunków:
 - finansowany jest w przeważającej części przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego,
 - jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych podmiotów,
 - ponad połowa składu jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, jednostki samorządu terytorialnego lub inne podmioty prawa publicznego.

Działalność społecznie użyteczna

Bezsporne wydaje się, że organizacja pożytku publicznego jest podmiotem utworzonym w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym a działalność takiego podmiotu nie ma charakteru komercyjnego. Wynika to w szczególności z ustawowej definicji takiej organizacji, zgodnie z którą wykonuje ona działalność społecznie użyteczną. Stąd należy uznać, że tego rodzaju działalność prowadzona jest w celu zaspokajania potrzeb o charakterze ogólnym. Natomiast co do pozostałych organizacji pozarządowych, niemających statusu organizacji pożytku publicznego, decyzja dotycząca tego, czy zaspokajają one potrzeby o charakterze ogólnym, wymagać będzie indywidualnej oceny.

Osobowość prawna i finansowanie zadań

Spośród wszystkich organizacji trzeciego sektora, organizacje pożytku publicznego z pewnością posiadają osobowość prawną lub są jednostkami organizacyjnymi nieposiadającymi osobowości prawnej, którym odrębna ustawa przyznaje zdolność prawną (co również wynika z ich ustawowej definicji). Jednakże powiązania ze sferą publiczną w postaci podlegania nadzorowi lub zarządowi ze strony państwa nie mają w tej sytuacji zastosowania. W przypadku organizacji pozarządowych wykluczyć należy kontrolowanie ich, zarządzanie lub sprawowanie nadzoru przez organy administracji publicznej, ponieważ byłoby to sprzeczne z ich charakterem i główną cechą, jaką jest niezależność od państwa. Okazuje się więc, że organizacja pożytku publicznego może być zamawiającym w rozumieniu art. 3 ust. 1 pkt 3 pzp, tylko jeśli jest osobą prawną i jednocześnie jest w ponad 50% finansowana przez jednostki sektora finansów publicznych.

Organizacje pozarządowe często prowadzą działalność statutową z wykorzystaniem środków publicznych. Organizacje pożytku publicznego mogą realizować zadania publiczne powierzone im na podstawie umowy zawartej z organem administracji. Takie zadania

finansowane są z dotacji w rozumieniu ustawy o finansach publicznych (dalej: ufp). Ponadto organizacje pozarządowe korzystają ze środków publicznych przez uzyskiwanie 1% podatku dochodowego lub też z funduszy unijnych na podstawie umów. Należy więc rozstrzygnąć, czy tego rodzaju wydatkowanie środków publicznych jest finansowaniem, o jakim mowa w definicji podmiotu prawa publicznego.

Finansowanie ze środków publicznych

Finansowanie działalności organizacji pozarządowych przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne lub podmioty prawa publicznego oznacza w praktyce przekazywanie środków finansowych na ogólne funkcjonowanie organizacji. Za finansowanie nie można uznać przekazywania środków pieniężnych na podstawie umów o wykonywanie zadań publicznych przez organizacje pożytku publicznego lub uzyskiwania przez organizacje pozarządowe środków publicznych (w tym środków pochodzących z funduszy europejskich) na realizację określonego celu. Otrzymywanie przez organizację środków publicznych w formie dotacji lub też bycie beneficjentem środków unijnych nie jest więc, w świetle art. 3 ust. 1 pzp, przesłanką wystarczającą do uznania jej za zamawiającego w rozumieniu przepisów tej ustawy.

Sam fakt, że organizacja pozarządowa jest organizacją pożytku publicznego i odpłatnie wykonuje lub wspiera wykonywanie zadań publicznych, nie będzie więc w żaden sposób przesądzał o konieczności stosowania przez taki podmiot ustawy pzp. Istotne będzie tu finansowanie całości działalności organizacji pozarządowej przez jednostki sektora finansów publicznych lub inne wymienione w art. 3 ust. 1 pkt 1 i 2 ustawy pzp oraz, jak wskazuje się w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (zob. wyrok z 3 października 2000 r. C-380/98), stosunek bliskiej zależności między organizacją a instytucjami państwowymi¹.

Zależność między podmiotami

W związku z tym, że przez pojęcie organizacji pozarządowych rozumie się cały szereg różnych podmiotów, każdorazowo w przypadku finansowania zadań takiego podmiotu ze środków publicznych konieczne jest zbadanie, czy zachodzi zależność pomiędzy tym podmiotem a podmiotem publicznym. Pozwoli to na rozstrzygnięcie, czy podmiot ten jest zobowiązany do stosowania pzp. Jednak, jak wspomniano wcześniej, w stosunku do fundacji i stowarzyszeń oraz organizacji pożytku publicznego istnienie zależności od organów administracyjnych wydaje się sprzeczne z definicją tych organizacji. Należy również zauważyć, że przekazywanie 1% podatku dochodowego organizacjom pożytku publicznego na podstawie art. 27 udppw nie powinno być traktowane jako finansowanie organizacji. Co prawda jest to pewien sposób wydatkowania środków publicznych, jednak nie mamy w tym wypadku do czynienia z finansowaniem przez

¹ Tak też opinia Urzędu Zamówień Publicznych z 1.08.2012 r. Stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych przez organizacje pozarządowe uzyskujące dotacje z budżetu państwa na realizację zadań publicznych, <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2180>

podmioty publiczne, ani też z jakąkolwiek zależnością organizacji pożytku publicznego od tych podmiotów. W związku z tym podmioty te nie będą zobowiązane do stosowania ustawy pzp.

Stosowanie ustawy na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 5 pzp

Kolejne przesłanki, które mogą kwalifikować organizację pozarządową jako zamawiającego, wskazano w art. 3 ust. 1 pkt 5 ustawy pzp. Zgodnie z tym przepisem pzp stosuje się do udzielania zamówień przez podmioty niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, innymi państwowymi jednostkami organizacyjnymi ani podmiotami prawa publicznego jeśli łącznie zachodzą następujące okoliczności:

- ponad 50% wartości udzielanego przez nie zamówienia jest finansowane ze środków publicznych lub przez podmioty, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a,
- wartość zamówienia jest równa lub przekracza tzw. progi unijne,
- przedmiotem zamówienia są roboty budowlane obejmujące wykonanie czynności w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej, budowy szpitali, obiektów sportowych, rekreacyjnych lub wypoczynkowych, budynków szkolnych, budynków szkół wyższych lub budynków wykorzystywanych przez administrację publiczną lub usługi związane z takimi robotami budowlanymi.

W przeciwieństwie do sytuacji podmiotów o których mowa art. 3 ust. 1 pkt 3a pzp, w tym wypadku wystarczające jest finansowanie konkretnego projektu w przeważającej części ze środków publicznych lub przez jednostki sektora finansów publicznych, inne państwowe jednostki organizacyjne albo podmioty prawa publicznego. Finansowanie nie ma wówczas charakteru zasilania ogółu działalności organizacji pozarządowej, a jedynie finansowania konkretnego projektu, przy założeniu, że dotyczy on zamówień na roboty budowlane oraz usługi z nimi związane, a wartość zamówienia przekracza tzw. progi unijne (dla robót budowlanych będzie to kwota 5 000 000 euro, a dla usług – 200 000 euro). Takie finansowanie może przyjąć formę dotacji, dotacji celowej lub dofinansowania dla beneficjenta funduszy unijnych na podstawie odrębnej umowy.

Reasumując należy stwierdzić, że organizacje pozarządowe nie należą do kręgu podmiotów wprost wskazanych w pzp jako zobowiązane do stosowania tej ustawy. Mogą być zamawiającym w rozumieniu pzp na podstawie art. 3 ust. 1 pkt 3 tylko w przypadku gdy ich działalność finansowana będzie przez podmioty określone w ust. 1 pkt 1 i 2 tego przepisu, a ponadto zachodzić będzie bliska zależność pomiędzy nimi a podmiotami publicznymi. Ponadto organizacje pozarządowe każdorazowo będą musiały organizować przetarg na podstawie przepisów pzp w przypadku robót budowlanych w okolicznościach, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt. 5 pzp.

Podstawa prawna

ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 885 ze zm.)

ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. DzU z 2013 r., poz. 907 ze zm.)

ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (tekst jedn. DzU z 2010 r. nr 234, poz. 1536 ze zm.)

Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (DzU L 134 z 30 kwietnia 2004)