

## OBOWIĄZEK STOSOWANIA USTAWY PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH PRZEZ FUNDACJE ORAZ STOWARZYSZENIA W KONTEKŚCIE ART. 4 PKT 3 i ART. 6 TEJ USTAWY

### I. Fundacje i stowarzyszenia jako podmioty prawa publicznego

Zgodnie z art. 4 pkt 3 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r., poz. 1605 z późn. zm., zwanej dalej „ustawą Pzp”), ustawę Pzp stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez inne, niż jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2023 r. poz. 1270 i 1273), osoby prawne, utworzone w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym, niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli podmioty, o których mowa w tym przepisie oraz w pkt 1 i 2, pojedynczo lub wspólnie, bezpośrednio lub pośrednio przez inny podmiot:

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

Kategoria zamawiających wskazanych dyspozycją art. 4 pkt 3 ustawy Pzp określana jest mianem podmiotów prawa publicznego. Pojęcie to na gruncie ustawy Pzp nie ma charakteru normatywnego - ustawa Pzp nie posługuje się bowiem takim określeniem. Pojęcie podmiotu prawa publicznego występuje natomiast na gruncie prawodawstwa unijnego (zob. art. 2 ust. 1 pkt 4 dyrektywy 2014/24/UE<sup>1</sup> oraz art. 3 ust. 4 dyrektywy 2014/25/UE<sup>2</sup>).

Dla zakwalifikowania fundacji oraz stowarzyszeń do tej kategorii zamawiających konieczne jest spełnienie warunku **posiadania osobowości prawnej**, warunku **szczególnego celu działalności** oraz co najmniej jednego z warunków określonych w podpunktach a) – d), czyli przesłanki dotyczące **wywierania wpływu** na podmioty prawa publicznego przez inne podmioty prawa publicznego lub jednostki sektora finansów publicznych lub inne niż jednostki sektora finansów publicznych państwowe jednostki organizacyjne nieosiadające osobowości prawnej. Wpływ ten może przybrać formę wpływu: **finansowego** (art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp) **lub kapitałowego** (art. 4 pkt 3 lit. b) ustawy Pzp) **lub nadzorczego** (art. 4 pkt 3 lit. c) ustawy Pzp) **lub osobowego** (art. 4 pkt 3 lit. d) ustawy Pzp).

### II. Warunek posiadania osobowości prawnej

Fundacje i stowarzyszenia uzyskują osobowość prawną z chwilą wpisu do Krajowego Rejestru Sądowego (KRS), co wynika z następujących norm prawnych:

- 1) zgodnie z art. 7 pkt 1 i 2 ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. z 2023 r., poz. 166) fundacja podlega obowiązkowi wpisu do KRS i uzyskuje osobowość prawną z chwilą wpisania do KRS;
- 2) zgodnie z art. 8 ust. 1 i art. 17 ust. 1 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2020 r., poz. 2261) stowarzyszenie podlega obowiązkowi wpisu do KRS, o ile przepis ustawy nie stanowi inaczej. Stowarzyszenie uzyskuje osobowość prawną i może rozpocząć działalność po wpisie do KRS.

Na marginesie warto wspomnieć, że obowiązek wpisu do KRS nie dotyczy stowarzyszeń zwykłych, o których mowa w art. 40 ustawy Prawo o stowarzyszeniach, które są uproszczoną formą stowarzyszenia

<sup>1</sup> 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.2014.94.65).

<sup>2</sup> 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.2014.94.243).

i nie posiadają osobowości prawnej oraz działających w formie stowarzyszenia klubów sportowych, o których mowa w art. 4 ustawy z dnia 25 czerwca 2010 r. o sporcie (Dz. U. z 2023 r., poz. 2048), które zgodnie z ustawą o sporcie podlegają wpisowi do ewidencji uczniowskich klubów sportowych prowadzonej przez starostę.

Fundacje oraz zasadniczo stowarzyszenia spełniają zatem przesłankę posiadania osobowości prawnej, która łącznie z pozostałymi przesłankami wyróżnionymi w art. 4 pkt 3 ustawy Pzp, pozwala zaliczyć dany podmiot do kategorii zamawiających z art. 4 pkt 3 ustawy Pzp. Przy dokonywaniu analizy w zakresie obowiązku stosowania ustawy Pzp przez stowarzyszenie należy zbadać, czy stowarzyszenie to posiada osobowość prawną.

### III. Warunek szczególnego celu działalności

Przepis art. 4 pkt 3 ustawy Pzp wymaga, aby podmiot prawa publicznego spełniał również przesłankę **utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego**. Dokonując interpretacji pojęcia „potrzeb o charakterze powszechnym” należy się odwołać do stanowiska TSUE. Trybunał stwierdził<sup>3</sup>, że z potrzebami tego typu mamy zwykle do czynienia wtedy, gdy z przyczyn związanych z interesem publicznym państwo zdecydowało się samo świadczyć usługi, których celem jest zaspokojenie tych potrzeb (związanych ściśle z jego instytucjonalną działalnością; które to zaspokojenie powinno służyć społeczeństwu jako całości i dlatego leży w interesie ogólnospołecznym), albo zachować na ich świadczenie decydujący wpływ. Tak więc przyjmując interpretację TSUE, tworząc instytucje prawa publicznego, państwo decyduje się (z przyczyn związanych z interesem ogólnym) pewne potrzeby zaspokajać samo lub mieć decydujący wpływ na sposób zaspokajania tych potrzeb. Niezależnie od formy organizacyjno-prawnej, za pomocą której zaspokajana jest taka potrzeba, objęte tym pojęciem będą wszystkie zadania z istoty swojej uważane za mające charakter publiczny. Przez pojęcie zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym należy rozumieć zasadniczo każdą aktywność, która nie jest wykonywana wyłącznie dla zaspokojenia pojedynczego, prywatnego celu. Ponadto nieistotne jest to, że poza zadaniami w interesie ogólnym omawiany podmiot wykonuje również inną działalność w celach zarobkowych, jeżeli nadal zajmuje się zaspokajaniem potrzeb w interesie ogólnym, które ma on szczególny obowiązek zaspokajać.<sup>4</sup>

Przesłanka „*utworzenia w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym nie mających charakteru przemysłowego ani handlowego*” realizuje się zwłaszcza w przypadku **fundacji oraz stowarzyszeń będących organizacjami pożytku publicznego**. Stosownie do brzmienia art. 3 ust. 2 i art. 20 ust. 1 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2023 r., poz. 571), zwanej dalej „ustawą o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie”, organizacją pożytku publicznego może być organizacja pozarządowa (w tym fundacja oraz stowarzyszenie), jeżeli łącznie spełnia warunki, o których mowa w art. 20 ust. 1 ww. ustawy, w tym m. in. prowadzi działalność pożytku publicznego na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów, pod warunkiem, że grupa ta jest wyodrębniona ze względu na szczególnie trudną sytuację życiową lub materialną w stosunku do społeczeństwa. Należy podkreślić, że organizacje pożytku publicznego powołane są wyłącznie do realizowania celów społecznie użytecznych na rzecz ogółu społeczności lub określonej grupy podmiotów.

Działalność na rzecz pożytku publicznego w sensie prawnym oznacza działalność społecznie użyteczną, prowadzoną przez organizacje pozarządowe w sferze realizacji zadań publicznych, z zasady nie mającą charakteru indywidualnego. Zatem, fundacje oraz stowarzyszenia, będące jednocześnie organizacjami pożytku publicznego z racji swojego statusu wypełniają zadania o charakterze publicznym na rzecz ogółu społeczeństwa bądź określonej, szczególnej jego grupy. Rola ta szczególnie wyraźnie przedstawia się w okolicznościach, gdy na realizację tych zadań fundacje lub stowarzyszenia otrzymują środki publiczne, które przeznaczone mogą być wyłącznie na realizację zadań

<sup>3</sup> Por. wyrok z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 Gemeente Arnhem i Gemeente Rheden przeciwko BFI Holding BV, ECLI:EU:C:1998:525; wyrok z dnia 15 stycznia 1998 r. w sprawie C – 44 /96 Mannesman Anlagenbau Austria AG and Others vs. Strohal Rotationsdruck GesmbH, ECLI:EU:C:1998:4

<sup>4</sup> Wyrok z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06 *Ing. Aigner, Wasser-Wärme-Umwelt GmbH przeciwko Fernwärme Wien GmbH*, ECLI:EU:C:2008:213, pkt 47

o takim właśnie charakterze. Jednocześnie uzasadnione jest stwierdzenie, że działania o charakterze publicznym są co do zasady działaniami powszechnymi. Podmioty realizujące te zadania zasadniczo nie decydują, w oparciu o subiektywne przesłanki, kto zostanie beneficjentem ich pomocy, są zobowiązane do prowadzenia działalności, której efekty wywierają wpływ na wszystkie osoby, na rzecz których działają.

Warunkiem koniecznym dla uznania powszechności określonych działań nie musi być okoliczność, że są one skierowane do całego społeczeństwa, wystarczające jest, aby określone świadczenia skierowane były do osób spełniających określone generalne warunki. Słowa „powszechny” użytego w art. 4 pkt 3 ustawy Pzp nie należy interpretować jako dostępny dla wszystkich, ale w znaczeniu „dotyczący wielu”, „dostępny dla wielu” czy też dla tych, którzy spełniają warunki określone w odpowiedniej rangi przepisach.

W omawianym art. 4 ust. 3 ustawy Pzp doprecyzowane przy tym zostało, by zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym nie miało charakteru przemysłowego ani handlowego.

#### **IV. Warunki wywierania wpływu – art. 4 pkt 3 lit. a) i c) ustawy Pzp**

Jedną z form wywierania wpływu na podmioty prawa publicznego jest pojedyncze lub wspólne, bezpośrednie lub pośrednie ich finansowanie w ponad 50% przez jednostki sektora finansów publicznych lub przez inne państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, a także przez inne podmioty prawa publicznego (art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp).

Pod pojęciem „finansowania” należy rozumieć przypadki **przekazywania środków finansowych danej instytucji na jej ogólne funkcjonowanie**, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta podmiotom publicznym. Nie każdy przypadek przekazywania środków publicznych danej instytucji przez państwo (jednostki samorządu terytorialnego) można zatem uznać za finansowanie podmiotu w rozumieniu art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp. Finansowanie, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, nie może być utożsamiane z przekazywaniem środków w zamian za konkretne świadczenie do jakiego zobowiązuje się beneficjent na podstawie np. umowy o wykonywanie zadań publicznych.

Mając na uwadze powyższe, należy wskazać, że organizacje pożytku publicznego, w celu realizacji określonych zadań mogą otrzymywać dotacje pochodzące z budżetu państwa bądź z budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Jak wynika z art. 112 ust. 1 pkt 7 w związku z art. 127 ust. 1 pkt 1 lit. e oraz art. 221 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1270 z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą o finansach publicznych”, odpowiednio w budżecie państwa oraz budżecie jednostki samorządu terytorialnego mogą być zabezpieczane sumy na dotacje przeznaczone m. in. dla organizacji pozarządowych posiadających status organizacji pożytku publicznego, a zatem również fundacji i stowarzyszeń. Dotacje pochodzące z budżetu państwa mogą być przekazywane w celu finansowania bądź dofinansowania zadań zleconych im do realizacji, a które to zadania znajdują się zasadniczo w sferze działań państwa.

Natomiast, jeśli chodzi o dotacje pochodzące od jednostek samorządu terytorialnego, to zgodnie z treścią art. 221 ust. 1 ustawy o finansach publicznych, podmioty niezaliczane do sektora finansów publicznych i niedziałające w celu osiągnięcia zysku mogą otrzymywać z budżetu jednostki samorządu terytorialnego dotacje wyłącznie na cele publiczne związane z realizacją zadań tej jednostki, a także na dofinansowanie inwestycji związanych z realizacją tych zadań.

Jednocześnie, stosownie do treści art. 11 ust. 2 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie, zlecenie zadań publicznych instytucji pozarządowej odbywa się po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert, i może przybrać formę powierzenia lub wspierania wykonywania zadań publicznych, wraz z udzieleniem dotacji na finansowanie ich realizacji (art. 5 ust. 4 ustawy o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie).

Zatem przyznanie środków finansowych w postaci dotacji pochodzących z budżetu państwa lub jednostki samorządu terytorialnego uzależnione jest od przeznaczenia ich wyłącznie na cele wskazane w ustawie o finansach publicznych – tj. wyłącznie na cele publiczne. Jeżeli zatem określona instytucja otrzymuje ww. środki finansowe, to można wnioskować, że jest zobowiązana do prowadzenia działalności o charakterze społecznie użytecznym – publicznym.

Odnosnie przesłanki, o której mowa w art. 4 pkt 3 lit. c) ustawy Pzp, tj. sprawowania nadzoru nad organem nadzorczym lub zarządzającym, należy wskazać, że przesłankę tę należy oceniać z zastosowaniem kryterium możliwości wywierania wpływu na decyzje danego podmiotu przy użyciu określonych środków oddziaływania przysługujących innym zamawiającym, o których mowa w art. 4 pkt 1 i 2 ustawy Pzp, jak również innym podmiotom prawa publicznego.

Podkreślić należy, że nie wystarczy tu nadzór, o którym mowa w art. 8 ust. 5 ustawy Prawo o stowarzyszeniach oraz w art. 12 ustawy o fundacjach. Nadzór, o którym mowa wyżej jest nadzorem administracyjnym i nie oznacza on koordynowania czy kierowanie działalnością fundacji bądź stowarzyszenia. Organ realizujący uprawnienia nadzorcze nie ponosi bowiem odpowiedzialności za działalność podmiotów podległych temu nadzorowi. Działają one "na własny rachunek i własną odpowiedzialność". Ponadto, jest to nadzór nad fundacją oraz stowarzyszeniem jako całością, a nie nad jej organem zarządzającym. Przesłanka nadzoru zdaniem TSUE jest spełniona, jeżeli nadzór oznacza takie powiązanie z sektorem publicznym, które byłoby równe w skutkach z powiązaniem towarzyszącym występowaniu pozostałych dwóch przesłanek, których istnienie daje sektorowi publicznemu możliwość wywierania wpływu na decyzje zamawiającego<sup>5</sup>.

## V. Fundacje i stowarzyszenia jako zamawiający subsydiowani

Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez podmioty, które co do zasady nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp, przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, w tym przez fundacje i stowarzyszenia, może powstać w okolicznościach określonych w art. 6 ustawy Pzp.

Stosownie do dyspozycji art. 6 ustawy Pzp, przepisy tej 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 zamawiających, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1;
- 2) wartość zamówienia jest równa lub przekracza progi unijne;
- 3) przedmiotem zamówienia są roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, 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.

Analizując poszczególne przesłanki klasyfikacji wskazanych wyżej podmiotów, określonych jako zamawiający subsydiowani, należy w pierwszej kolejności wskazać, że pojęcie „finansowania zamówienia” w rozumieniu tego przepisu oznacza okoliczność przekazywania środków **na konkretne świadczenie**, nie zaś ogólnie na funkcjonowanie danego podmiotu. Środki publiczne lub też środki finansowe pochodzące od wskazanych ustawą podmiotów publicznych podlegają rozliczeniu w ramach wsparcia realizacji konkretnego przedsięwzięcia.

Dla objęcia obowiązkiem stosowania przepisów ustawy Pzp, oprócz finansowania zamówienia w ponad 50% ze środków publicznych, w rozumieniu art. 5 ust. 1 ustawy o finansach publicznych lub przez podmioty zobowiązane do stosowania ustawy przy udzielaniu zamówień, określone w art. 4 i art. 5 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, ustawodawca wymaga, aby wartość zamówienia była równa lub przekraczała progi

---

<sup>5</sup> wyrok Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 1 lutego 2001 r. w sprawie C-237/99.

unijne. Progi unijne to kwoty wartości zamówień lub konkursów wskazane w art. 3 ustawy Pzp. Informacja o aktualnych progach unijnych jest podawana przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych w drodze obwieszczenia, w Dzienniku Urzędowym Rzeczypospolitej Polskiej „Monitor Polski”, oraz zamieszczane na stronie internetowej Urzędu Zamówień Publicznych. Jeżeli wartość udzielanego zamówienia jest mniejsza niż progi unijne, podmiot nie będzie miał obowiązku stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 6 ustawy Pzp, nawet jeśli pozostałe przesłanki określone tym przepisem są spełnione.

Kolejną przesłanką wskazaną w art. 6 ustawy Pzp, jest wymóg, aby przedmiotem zamówienia były roboty budowlane w zakresie inżynierii lądowej lub wodnej określone w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE, 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. Przepis ten nie obejmuje zatem wszystkich robót budowlanych, o których mowa w art. 7 pkt 21 ustawy Pzp. Określony podmiot będzie zobowiązany do stosowania ustawy Pzp jedynie w sytuacji, gdy przedmiotem zamówienia będą roboty budowlane, o których mowa w art. 6 pkt 3 ustawy Pzp lub usługi związane z tymi robotami budowlanymi.

Zauważyć trzeba, że zamawiający subsydiowani to kategoria podmiotów, które nie mają na stałe statusu zamawiających (nie są ani zamawiającymi publicznymi, ani sektorowymi), ale **okazjonalnie stają się zamawiającymi ze względu na udzielanie konkretnych zamówień i ich sfinansowanie lub dofinansowanie ze środków publicznych lub przez zamawiających publicznych.**

Tym samym uzyskiwanie przez dany podmiot dotacji ze środków publicznych lub przekazywanych przez zamawiających publicznych, nie stanowi samodzielnej przesłanki zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy Pzp – aby zakwalifikować dany podmiot jako zamawiającego subsydiowanego konieczne jest jednocześnie spełnienie wszystkich warunków wymienionych w art. 6 ustawy Pzp.

## VI. Podsumowanie:

1. W obowiązującym stanie prawnym podmioty prowadzące działalność w formie fundacji bądź stowarzyszeń mogą być zobowiązane do stosowania ustawy Pzp w okolicznościach wskazanych w art. 4 pkt 3 oraz art. 6 ustawy Pzp.
2. Finansowanie, o którym mowa w art. 4 pkt 3 lit. a) ustawy Pzp, należy utożsamiać z przekazywaniem danej instytucji środków finansowych przeznaczonych na jej ogólne funkcjonowanie, co powoduje powstanie stosunku bliskiej zależności lub podporządkowania beneficjenta tych środków podmiotom publicznym lub państwu.
3. Obowiązek stosowania ustawy Pzp przez podmioty, które co do zasady nie są zobowiązane do stosowania ustawy Pzp przy odpłatnym nabywaniu dostaw, usług lub robót budowlanych, w tym przez fundacje i stowarzyszenia, może powstać w okolicznościach określonych w art. 6 ustawy Pzp.
4. Finansowanie zamówienia w rozumieniu art. 6 ustawy Pzp oznacza okoliczność przekazywania środków na konkretne świadczenie, nie zaś ogólnie na funkcjonowanie danego podmiotu.