

Organizacje pozarządowe wobec ustawy Prawo zamówień publicznych

1. Wstęp

Funkcjonowanie organizacji pozarządowych w warunkach rynkowych powoduje, iż sytuacja prawna tych podmiotów w sferze publiczno- i prywatnoprawnej jest zróżnicowana. W celu rozpoczęcia analizy sytuacji prawnej organizacji pozarządowej konieczne jest usystematyzowanie pojęcia organizacji pozarządowej, gdyż teoria ekonomii wypracowała ujęcie szersze niż definicja legalna wynikająca z ustawy o działalności pożytku publicznego i wolontariacie¹. Pod pojęciem organizacja pozarządowa możemy odnaleźć wszelkie podmioty, które, działając, nie osiągają zysku, jak również organizacje społeczne. Często z tymi podmiotami utożsamiane są wszystkie podmioty, które nie są organami lub jednostkami podległymi administracji publicznej (rządowej i samorządowej). Na potrzeby niniejszej analizy będziemy się posługiwać definicją legalną wynikającą z ustawy o działalności pożytku publicznego², która za organizacje pozarządowe uznaje niebędące jednostkami sektora finansów publicznych, w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, i niedziałające w celu osiągnięcia zysku, osoby prawne lub jednostki nieposiadające osobowości prawnej utworzone na podstawie przepisów ustaw, w tym fundacje i stowarzyszenia, z wyłączeniem partii politycznych, związków zawodowych i organizacji pracodawców, samorządów zawodowych, fundacji utworzonych przez partie polityczne (chyba że przepisy odrębne stanowią inaczej). W świetle powyższego unormowania do podstawowych warunków uznania danego podmiotu za organizację pozarządową należy zaliczyć: formę wyodrębnienia organizacyjnego powodującą lokalizację poza jednostkami należącymi do sektora finansów publicznych, niezarobkowy charakter, a także cel działalności w postaci działalności pożytku publicznego³. Z pewnością z kręgu organizacji pozarządowych wyłączone są fundacje utworzone przez partie polityczne,

¹ Ustawa z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. z 2003 r. Nr 96, poz. 873 ze zm.), dalej u.d.p.p.w.

² Zgodnie z art. 3. 1. ww. ustawy „Działalnością pożytku publicznego jest działalność społecznie użyteczna, prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych określonych w ustawie”.

³ J. Blicharz, *Komentarz do art. 3 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie* (Dz. U. 03.96.873), [w:] J. Blicharz, A. Huchla, *Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz*, LEX/el. 2010.

bez względu na to, czy są to fundacje prawa prywatnego czy prawa publicznego. Warto podkreślić, iż fundacje i stowarzyszenia kościelne lub wyznaniowe zgodnie z art. 3 ust. 3 cyt. ustawy nie są zaliczane do organizacji pozarządowych⁴. Na gruncie prawa publicznego często utożsamia się organizację pozarządową z innym typem, jakim jest organizacja społeczna, co podkreśla A. Skoczylas, który stwierdził, iż „w zakresie procedury administracyjnej i sądownoadministracyjnej pojęcie «organizacji społecznej» w zasadzie odpowiada pojęciu «organizacja pozarządowa»”⁵. Najważniejsze cechy przypisane organizacjom pozarządowym to szerokie spektrum podmiotów, które będą mieściły się w definicji organizacji pozarządowej. Ten szeroki zakres powoduje, iż oddziaływanie regulacji prawa zamówień publicznych będzie dotyczyło dużego grona odbiorców.

Zamówienia publiczne stanowią jedną z podstawowych metod kontroli wydatkowania środków publicznych. Rynek zamówień publicznych w Polsce w roku 2015 wyniósł ok. 6,50% produktu krajowego brutto (PKB)⁶, co stanowi, iż w ramach procedur zamówień publicznych wydano ponad 200 mld złotych. Udział organizacji pozarządowych w zamówieniach publicznych nie został do tej pory zbadany, jednakże dokonując analizy sytuacji prawnej organizacji pozarządowej, w zamówieniach możemy zauważyć jej dwojaki status, może być bowiem zarówno zamawiającym, jak i wykonawcą, w zależności od specyfiki działalności takiego podmiotu. W związku z tym nie można nie zauważyć, jak znaczącą rolę w kreowaniu sytuacji prawnej organizacji pozarządowej będą pełniły regulacje zamówień publicznych. Pierwsza część publikacji zostanie poświęcona omówieniu pozycji prawnej organizacji pozarządowej jako zamawiającego, czyli podmiotu, który zobligowany jest do stosowania ustawy Prawo zamówień publicznych⁷. W drugiej części zostanie omówiona sytuacja, w ramach której organizacja pozarządowa jest wykonawcą w zamówieniach publicznych, ze szczególnym uwzględnieniem sytuacji, kiedy zamówienie publiczne jest wprost adresowane do organizacji pozarządowych.

2. Organizacja pozarządowa a status Zamawiającego

Zakres definicyjny pojęcia organizacji pozarządowej został ujednoczony na wstępie ze względu na konieczność dalszej analizy definicji niezbędnych do ustalenia sytuacji

⁴ L. Zacharko, A. Zacharko, *Organizacje pozarządowe jako instytucjonalne formy nacisku na decydentów politycznych*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2016, nr 7/8, s. 47.

⁵ A. Skoczylas, M. Swora, *Organizacje społeczne (pozarządowe) w postępowaniu administracyjnym i sądownoadministracyjnym*, „Administracja. Teoria. Dydaktyka. Praktyka” 2006, nr 3, s. 14.

⁶ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2015 r., s. 27, https://www.uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0025/32389/Sprawozdanie-Urzedu-Zamowien-Publicznych-za-rok-2015.pdf, [dostęp: 07.05.2017].

⁷ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2015 r. poz. 2164), dalej p.z.p.

materialnoprawnej organizacji w zamówieniach publicznych. W związku z licznymi zmianami dotyczącymi uzyskania statusu Zamawiającego znacząco zmieniła się w tym zakresie pozycja organizacji pozarządowej. W art. 2 ust. 1 pkt 12 p.z.p. zawarto definicję Zamawiającego, która stanowi, że przez Zamawiającego należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej obowiązującą do stosowania ustawy. Obowiązek stosowania ustawy wynika z regulacji art. 3 – przepis ten określa kategorie podmiotów zobowiązanych do stosowania procedur udzielania zamówień publicznych (zamawiających). Pełna analiza podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy stanowi przedmiot odrębnych rozważań⁸, jednak należy podkreślić, iż organizacje pozarządowe nie są wprost uznane za Zamawiających w myśl ustawy p.z.p. Nowelizacja ustawy p.z.p. z dnia 2 grudnia 2009 r. (weszła w życie 29 stycznia 2010 r.) uchyliła art. 3 ust. 1 pkt 6 ustawy p.z.p. Na podstawie tego zapisu dotychczas organizacje często były zobowiązane do stosowania przepisów ustawy. Od końca stycznia 2010 r. artykuł ten jest uchylony, a więc organizacje pozarządowe nie muszą zawsze, a jedynie w ściśle określonych przypadkach stosować regulacje p.z.p.

Niejednokrotnie podkreślane jest⁹, że uzyskanie statusu Zamawiającego powiązane jest z wydatkowaniem środków publicznych, jednak w myśl aktualnie brzmiących regulacji fakt ten stanowi jedynie jedną z przesłanek, od zaistnienia której uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy p.z.p.¹⁰ Zgodnie z regulacją art. 3 ust. 1 p.z.p. należy stwierdzić, iż uzyskiwanie środków publicznych w ramach dotacji nie stanowi samodzielnej przesłanki do zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy p.z.p. Pomimo iż uzyskiwanie środków publicznych nie jest obligatoryjną przesłanką do uznania podmiotu za zamawiającego, zagadnienie to wymaga szczegółowej analizy, gdyż w działalności organizacji pozarządowej możemy zaobserwować sytuację pewnego dualizmu: z jednej strony możemy mówić o finansowaniu podmiotu ze środków publicznych, z drugiej zaś o finansowaniu kosztów realizacji danego zadania wykonywanego przez organizację pozarządową. Kluczową kwestią wydaje się uzyskanie odpowiedzi na pytanie, jaki status mają organizacje pozarządowe, które finansują swoją działalność lub dane zamówienie z dotacji z budżetu państwa? Odpowiedź na to pytanie nie jest łatwa, ponieważ konieczna jest dogłębna analiza struktury danej organizacji. Najważniejszym aspektem poddanym analizie jest fakt finansowania działalności tego podmiotu. Szczegółowa analiza struktury finansowania

⁸ Zob. szerzej: E. Norek, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2006; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2011; M. Stachowiak, J. Jerzykowski, W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2010.

⁹ Zob. szerzej: J. Pokrzywniak, J. Baehr, T. Kwiecieński, *Wprowadzenie do systemu zamówień publicznych*, Warszawa- Katowice 2006.

¹⁰ *Opinie w zakresie stosowanie ustawy Prawo zamówień publicznych*, Warszawa 2013, s. 25.

powinna potwierdzić bądź zanegować kwestię dotyczącą pochodzenia środków, gdyż finansowanie działalności w ponad 50% z finansów publicznych, tj. środków publicznych, które pochodzą od podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-3a ustawy p.z.p. stawia pod znakiem zapytania niezależność podmiotów od organów administracji publicznej¹¹. Pełne finansowanie działalności organizacji pozarządowej ze środków publicznych jest jedną z przesłanek zależności od organów administracji publicznej, drugą z nich jest finansowanie zadania lub zamówienia w co najmniej 50% z środków publicznych niezależnie, jaki podmiot tego dokona.

Jedną z cech charakterystycznych dla finansowania podmiotu publicznego jest to, iż ma ono wskazywać na bliską zależność pomiędzy tym podmiotem a instytucjami publicznymi lub państwem¹². Powstanie zależności pomiędzy organizacją pozarządową a sektorem publicznym w postaci zależności finansowej stwarza „ten specyficzny typ więzi, podporządkowania lub zależności”¹³, co powoduje ograniczenie swobody finansowej poprzez obowiązek stosowania ustawy p.z.p. Podkreślenia wymaga fakt, iż nie każda sytuacja dofinansowania działalności organizacji pozarządowej będzie rodziła zależność pomiędzy finansującym a finansowanym, która będzie powodowała uznanie podmiotu finansowanego za Zamawiającego. Konieczne jest także osiągnięcie określonego progu wartości zadania¹⁴ oraz realizacja zadania o konkretnym przedmiocie wskazanym w ustawie p.z.p.¹⁵

Zgodnie z opinią Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych nie można utożsamiać przypadku finansowania organizacji z sytuacją, w której organizacja realizuje, na podstawie umowy zawartej z podmiotem publicznym, zadania publiczne oraz na których wykonanie otrzymuje dotację celową¹⁶. Przedstawionej w opinii Prezesa sytuacji nie można utożsamiać z finansowaniem kosztów realizacji danego zadania publicznego

¹¹ *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*, „Informator Urzędu Zamówień Publicznych” 2010, nr 12, s. 17.

¹² Zob.: wyrok Trybunału UE z 3 października 2000 r., C-380/98, pkt 40 i n.

¹³ Opinie Urzędu Zamówień Publicznych, 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/stosowanie-ustawy-prawo-zamowien-publicznych-przez-organizacje-pozarządowe-uzyskujace-dotacje-z-budżetu-panstwa-na-realizacje-zadan-publicznych> [dostęp: 1.06.2017].

¹⁴ Próg ten został określony w Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2015 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej i stanowi dla robót budowlanych 5 225 000 euro.

¹⁵ 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.

¹⁶ Art. 16 u.d.p.p.w.

wykonywanego przez ten podmiot (np. organizację pozarządową)¹⁷. W świetle postanowień art. 3 ust. 1 ustawy p.z.p. należy stwierdzić, iż uzyskiwanie środków publicznych w ramach dotacji nie stanowi samodzielnej przesłanki do zakwalifikowania danego podmiotu do kategorii zamawiających zobowiązanych do stosowania przepisów ustawy p.z.p. Żaden bowiem z przepisów art. 3 ust. 1 ustawy p.z.p. nie wiąże wprost faktu pozyskiwania środków publicznych z obowiązkiem stosowania tej ustawy. Samo zatem stwierdzenie, że dany podmiot pozyskuje środki publiczne w ramach dotacji, nie jest wystarczające do zakwalifikowania go do podmiotów zamawiających. Obowiązek stosowania przepisów ustawy p.z.p. nie zachodzi w odniesieniu do niepozostających w stosunku zależności od podmiotów publicznych organizacji pozarządowych realizujących zadania publiczne na podstawie umowy o wsparcie realizacji zadania publicznego lub o powierzenie realizacji zadania publicznego, na którego realizację otrzymują dotację ze środków publicznych¹⁸.

Celem ustawodawcy wprowadzającego zwolnienie podmiotów prywatnych z obowiązku stosowania skomplikowanych procedur zamówień publicznych było przede wszystkim usprawnienie wydatkowania środków europejskich. Wydatkowanie środków publicznych nie pozostało jednak bez żadnej kontroli. Wprowadzono do ustawy p.z.p. nowy art. 3 ust. 3, który daje instytucjom publicznym możliwość zastosowania ograniczeń w zakresie wydatkowania środków przyznanych przez nie innym podmiotom, a więc także organizacjom pozarządowym, zgodnie z zasadą równego traktowania, uczciwej konkurencji i przejrzystości. Każda instytucja przyznająca środki finansowe organizacjom ma prawo narzucić swoje zasady dokonywania zakupu usług czy towarów, włącznie z wyznaczeniem obowiązku stosowania wszystkich procedur zapisanych w ustawie p.z.p. Możemy więc spotkać się z zapisem w umowie o dofinansowanie, narzucającym organizacji konieczność stosowania procedur ustawy p.z.p.

3. Organizacja pozarządowa jako Wykonawca

Uzyskanie statusu Wykonawcy w zamówieniach publicznych dla organizacji pozarządowej jest o wiele łatwiejsze. Zgodnie z treścią art. 2 pkt 11 p.z.p., pod pojęciem Wykonawcy należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego¹⁹. Oznacza to, iż ustawodawca dopuszcza do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia

¹⁷ *Obowiązek stosowania ustawy...*, s. 13.

¹⁸ Art. 16 u.d.p.p.w.

¹⁹ Art. 2 pkt 11 ustawy p.z.p..

publicznego szeroki katalog podmiotów. Z uwagi jednak na fakt, iż pod tymi trzema pojęciami – osoby fizycznej, osoby prawnej oraz jednostki organizacyjnej nieposiadającej osobowości prawnej – występują podmioty częstokroć niezdolne faktycznie do samodzielnego wykonywania czynności prawnych, należy wyodrębnić kryterium lub kryteria pozwalające zakwalifikować je do kategorii „wykonawców” w rozumieniu p.z.p.²⁰ Za jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej uznaje się zarówno jednostki organizacyjne niebędące osobami prawnymi, którym ustawa nie przyznaje zdolności prawnej, jak i jednostki organizacyjne niewyposażone przez prawo w osobowość prawną, którym przysługuje zdolność prawna. Jednostki organizacyjne niemające osobowości prawnej, którym ustawa przyznaje zdolność prawną, są podmiotami prawa – oznacza to, że mogą w pełnym zakresie uczestniczyć w obrocie gospodarczym i być podmiotami stosunków prawnych, na co wskazuje m.in. Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej²¹. W związku z powyższym „Każdy wykonawca, składający ofertę w postępowaniu o zamówienie publiczne, musi posiadać zdolność prawną i zdolność do czynności prawnych”²², wobec czego Wykonawca to nie tylko podmiot w zamówieniach publicznych, ale również podmiot prawa cywilnego. Należy zwrócić szczególną uwagę, iż w definicji Wykonawcy nie występuje przymus prowadzenia działalności gospodarczej jako warunek uzyskania statusu Wykonawcy, dzięki czemu o realizację zamówienia publicznego mogą ubiegać się podmioty o różnym charakterze działalności. Brak powiązania realizacji zamówienia publicznego z koniecznością prowadzenia działalności gospodarczej wynika ze specyfiki zamówienia publicznego, należy bowiem zauważyć, iż zgodnie z regulacjami prawa publicznego samorządy mogą zlecać realizację zadań publicznych w trybie ustawy p.z.p. regulującej szerszą kwestię zlecenia usług podmiotom niepublicznym²³. Jednak w tym momencie powstaje pewien dysonans prawny, gdyż ustawa p.z.p. nie nakłada obowiązku prowadzenia działalności gospodarczej przez Wykonawcę. Tymczasem z regulacji dotyczących funkcjonowania organizacji pozarządowych²⁴ wynika, iż tylko te organizacje, które prowadzą działalność gospodarczą, mogą realizować zadania publiczne zleczone w trybie p.z.p. lub u.d.p.p.w. Zgodnie z regulacjami prawa należy wyróżnić następujący charakter działalności organizacji pozarządowych: nieodpłatna działalność pożytku publicznego – to działalność prowadzona przez organizacje

²⁰ P. Banasik, *Pojęcie wykonawcy w zamówieniach publicznych cz. I*, LEX nr 109072.

²¹ Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 maja 2016 r. (KIO 622/16, s. 31).

²² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 15 maja 2009 r. (KIO/UZP 567/09).

²³ Art. 11 ust. 4 u.d.p.p.w. Powierzenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, może nastąpić w innym trybie niż określony w ust. 2, jeżeli dane zadania można zrealizować efektywniej w inny sposób określony w odrębnych przepisach, w szczególności poprzez zakup usług na zasadach i w trybie określonych w przepisach o zamówieniach publicznych, przy porównywalności metod kalkulacji kosztów oraz porównywalności opodatkowania.

²⁴ J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez organizacje pozarządowe 1989-2014*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2014, Nr 362 s. 85.

pozarządowe w sferze zadań publicznych, za którą nie pobierają one wynagrodzenia²⁵, odpłatna działalność pożytku publicznego – to działalność prowadzona przez organizacje pozarządowe w sferze zadań publicznych, za którą pobierają one wynagrodzenie oraz działalność gospodarcza, czyli działalność prowadzona zgodnie z ustawą o swobodzie działalności gospodarczej²⁶, gdzie dochód z działalności gospodarczej jest przeznaczony na cele statutowe. Zakresy prowadzonych działalności (nieodpłatnej, odpłatnej i gospodarczej) powinny być określone w statucie lub innym wewnętrznym dokumencie organizacji (art. 10 ust. 3 u.d.p.p.w.)²⁷. Realizacja zadania publicznego może wiązać się z uzyskaniem zysku, w szczególności w przypadku zadań odpłatnych bądź częściowo odpłatnych. W związku z tym powstaje konieczność odpowiedzi na następujące pytania: czy realizacja zadania publicznego z zyskiem będzie działalnością gospodarczą oraz czy realizacja zadania publicznego udzielonego w zamówieniach publicznych może być nieodpłatna. W przypadku odpowiedzi na drugie pytanie nie ma żadnej wątpliwości, że realizacja zadania nie może być nieodpłatna, zgodnie bowiem z definicją legalną zamówienia publicznego musi ono być odpłatne²⁸.

Realizacja zadania publicznego przez organizację pozarządową będzie zgodnie z u.s.d.g.²⁹ działalnością gospodarczą, jeśli działalność ta jest zarobkową działalnością wytwórczą, budowlaną, handlową, usługową, wykonywaną w sposób zorganizowany i ciągły³⁰. „Jednocześnie realizacja choć jednego zadania publicznego i osiągnięcie zysku będzie prowadziło do spełnienia przesłanki ciągłości. [...] Do zachowania ciągłości wystarczające jest, aby z całokształtu okoliczności wynikał zamiar powtarzania określonego zespołu konkretnych działań w celu osiągnięcia efektu w postaci zarobku. Powinna to być działalność stała, planowa (celowa), przy czym obojętne jest, czy plan obejmuje dłuższy czy krótszy okres”³¹. W związku z tym o zlecenia w trybie prawa zamówień publicznych mogą starać się tylko te organizacje, które prowadzą działalność gospodarczą, chyba że nie osiągną zysku. „Oznacza to, że wykonawca musi mieć możliwość sprzedaży (pobierania wynagrodzenia) za wykonaną pracę lub dostarczone towary. [...] Organizacje pozarządowe mogą realizować zamówienia publiczne tylko

²⁵ Art. 7 u.d.p.p.w

²⁶ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829, 1948, 1997 i 2255), dalej: u.s.d.g.

²⁷ J. Dominowska, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez fundacje. Studium prawne*, Warszawa 2016 s. 154-156.

²⁸ Art. 2 pkt 13 ustawy p.z.p.: „Ilekcroć w ustawie jest mowa o: zamówieniach publicznych – należy przez to rozumieć umowy odpłatne zawierane między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane”.

²⁹ Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2016 r. poz. 1829, 1948, 1997 i 2255), dalej u.s.d.g.

³⁰ Zob. szerzej: wyrok WSA w Białymstoku z dnia 18 listopada 2008 r., I SA/Bk 387/08.

³¹ Wyrok WSA we Wrocławiu z dnia 27 kwietnia 2005 r., I SA/Wr 3237/03.

w dwóch przypadkach: w ramach prowadzonej przez siebie działalności statutowej odpłatnej, pobierając wynagrodzenie za świadczone przez siebie usługi, ale tylko do wysokości odpowiadającej kosztom prowadzenia tej działalności, lub w ramach prowadzonej przez siebie działalności gospodarczej³².

4. Zastrzeżenie zamówienia publicznego dla organizacji pozarządowej

Zamówienia publiczne są zatem nie tylko instrumentem zaopatrzenia administracji publicznej w dobra i usługi, ale stanowią też istotny instrument ekonomiczny, w szczególności w realizowaniu polityk społecznych³³. Analizując system regulacji zamówień publicznych, można zaobserwować, jak na przestrzeni lat przetransponowano do systemu zamówień publicznych cele ekonomii społecznej (a więc możliwość uwzględnienia w procesie przetargowym innych kryteriów oprócz kryterium „zysku”, będącym w tym konkretnym przypadku oszczędnościami finansowymi, które mógłby zrealizować publiczny organ zamawiający, wybierając najtańszą ofertę), jak również możliwość zagwarantowania uczestnictwa podmiotów ekonomii społecznej w procedurach przetargów publicznych. Realizacji tych celów mogą służyć rozliczne mechanizmy³⁴. Nowa dyrektywa 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca z dniem 18 kwietnia 2016 roku dyrektywę 2004/18/WE, znacznie rozszerza możliwości zastosowania dotychczas istniejących rozwiązań dotyczących aspektów społecznych oraz wprowadza nowe instrumenty pozwalające promować poprzez zamówienia publiczne włączenie społeczne.

Szczególnym wyrazem roli organizacji pozarządowej jako wykonawcy w zamówieniach publicznych są tzw. zamówienia zastrzeżone wynikające bezpośrednio z art. 138 p ustawy p.z.p. Regulacja wprowadzona została nowelizacją ustawy p.z.p. z dnia 28 lipca 2016 r.³⁵ Realizacja tego instrumentu wsparcia organizacji pozarządowych wynika z motywu 36 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE. Potwierdza ona wskazane poprzednio w dyrektywie 2004/18/WE powody, dla których istotnym działaniem jest umożliwienie państwu członkowskim wspierania w ramach zamówień publicznych podmiotów prowadzących integrację osób zagrożonych wykluczeniem społecznym poprzez aktywny udział tych osób w rynku pracy. Zgodnie z brzmieniem tego motywu „Zatrudnienie

³² T. Schimanek, *Spolecznie odpowiedzialne zlecenie zadań publicznych*, Warszawa 2014, s. 19.

³³ N. Miłostan, *Zrównoważony rozwój sposobem na ubóstwo*, [w:] J. Blicharz, L. Klat-Wertelecka, E. Rutkowska-Tomaszewska (red.), *Uboństwo w Polsce*, Wrocław 2014, s. 207 i n.

³⁴ B. Bayot et al., *Warunki rozwoju ekonomii społecznej w Belgii*, http://es.teksty.ekonomiaspoleczna.pl/pdf_dodatek/02_Belgia.pdf [dostęp: 30.04.2017].

³⁵ Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r. poz. 1020).

i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W związku z tym zakłady pracy chronionej mogą odgrywać istotną rolę”. Odzwierciedlenie wsparcia organizacji pozarządowych odnaleźć można w regulacji art. 20 dyrektywy 2014/24/UE³⁶, zgodnie z którym „Państwa członkowskie mogą zastrzec prawo udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego dla zakładów pracy chronionej oraz wykonawców, których głównym celem jest społeczna i zawodowa integracja osób niepełnosprawnych lub osób defaworyzowanych, lub mogą przewidzieć możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów zatrudnienia chronionego, pod warunkiem że co najmniej 30% osób zatrudnionych przez te zakłady, przez tych wykonawców lub w ramach tych programów stanowią pracownicy niepełnosprawni lub pracownicy defaworyzowani”³⁷.

W związku z transpozycją regulacji unijnych wynikających z dyrektyw³⁸ ustawodawca wprowadził przepis art. 138p p.z.p., zgodnie z którym zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia na usługi zdrowotne, społeczne oraz kulturalne objęte określonymi kodami CPV³⁹, iż Wykonawcą może zostać podmiot,

³⁶ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE.

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE; 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; dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

³⁹ Zastosowanie tego rodzaju zamówień zastrzeżonych jest możliwe w przypadku następującego przedmiotu zamówienia (cyfry poprzedzające przedmiot zamówienia to tzw. kody CPV ze Wspólnego Słownika Zamówień):

- 75121000-0 Usługi administracyjne w zakresie edukacji,
- 75122000-7 Usługi administracyjne w zakresie opieki zdrowotnej,
- 75123000-4 Administrowanie osiedlami mieszkalnymi,
- 79622000-0 Usługi w zakresie pozyskiwania pracowników świadczących pomoc domową,
- 79624000-4 Usługi w zakresie pozyskiwania personelu pielęgniarskiego,
- 79625000-1 Usługi w zakresie pozyskiwania personelu medycznego,
- 80110000-8 Usługi szkolnictwa przedszkolnego,
- 80300000-7 Usługi szkolnictwa wyższego,
- 80420000-4 Usługi e-learning,
- 80430000-7 Usługi edukacji osób dorosłych na poziomie akademickim,
- 80511000-9 Usługi szkolenia personelu,
- 80520000-5 Placówki szkoleniowe,
- 80590000-6 Usługi seminaryjne,
- od 85000000-9 do 85323000-9 Usługi w zakresie zdrowia i opieki społecznej, Usługi pracy społecznej i podobnej, Usługi społeczne, Usługi zdrowotne świadczone na rzecz wspólnot,
- 92500000-6 Usługi świadczone przez biblioteki, archiwa, muzea i inne usługi kulturalne,
- 92600000-7 Usługi sportowe,
- 98133000-4 Usługi świadczone przez organizacje społeczne,
- 98133110-8 Usługi świadczone przez stowarzyszenia młodzieżowe.

którego celem działalności jest realizacja zadań w zakresie użyteczności publicznej związanej ze świadczeniem tych usług oraz społeczna i zawodowa integracja osób, o których mowa w art. 22 ust. 2 p.z.p. Ponadto podmiot nie działa w celu osiągnięcia zysku, a całość dochodu przeznaczana na realizację celów statutowych oraz nie przeznaczana zysku do podziału między swoich udziałowców, akcjonariuszy i pracowników, struktura zarządzająca nim lub struktura własnościowa opiera się na współzarządzaniu w przypadku spółdzielni, akcjonariacie pracowniczym lub zasadach partycypacji pracowników, co wykonawca określa w swoim statucie, a w ciągu ostatnich 3 lat poprzedzających dzień wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia na usługi społeczne nie udzielono mu zamówienia na podstawie tego przepisu przez tego samego zamawiającego.

Innym wyrazem wsparcia organizacji pozarządowych jest ograniczenie liczby potencjalnych podmiotów mogących ubiegać się o zamówienie publiczne na podstawie art. 22 ustawy p.z.p., który zawiera klauzulę, w ramach której o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie zakłady pracy chronionej oraz inni wykonawcy, których działalność obejmuje społeczną i zawodową integrację osób będących członkami grup społecznie marginalizowanych, w szczególności:

- 1) osób niepełnosprawnych,
- 2) osób bezrobotnych,
- 3) osób pozbawionych wolności lub zwalnianych z zakładów karnych, mających trudności w integracji ze środowiskiem,
- 4) osób z zaburzeniami psychicznymi,
- 5) osób bezdomnych,
- 6) osób, które uzyskały w RP status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą,
- 7) osób do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadających status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia,
- 8) osób będących członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będących członkami mniejszości narodowych i etnicznych⁴⁰.

W celu realizacji efektywności tej klauzuli, podobnie jak w dyrektywie, wskazano minimalny poziom udziału podmiotów wykluczonych społecznie na poziomie co najmniej 30%. Możliwość zastrzeżenia zamówienia publicznego na podstawie przesłanki wskazanej powyżej stanowi uprzywilejowanie organizacji pozarządowych w zamówieniach publicznych. Regulacja art. 22 ustawy p.z.p. jest zwana klauzulą zastrzeżeniową lub prozatrudnieniową.

⁴⁰ Art. 22 ustawy p.z.p.

5. Podsumowanie

Organizacje pozarządowe, pomimo iż zostały pierwotnie włączone w system zamówień publicznych, ze względu na znaczące ograniczenia w funkcjonowaniu zostały wyjęte w znaczącej części z reżimu ustawy poprzez zmianę definicji podmiotowej Zamawiającego. Jednak, mimo że organizacje te co do zasady nie są zależne od administracji publicznej w ramach podporządkowania hierarchicznego, są z nią powiązane finansowo. Właśnie ten fakt powoduje, iż w niektórych przypadkach będzie dotyczył ich reżim ustawowy. Analizując dotychczasowe funkcjonowanie organizacji pozarządowych na rynku wykonawców, można zauważyć, iż ustawodawca dostrzega znaczącą rolę tych podmiotów w zamówieniach publicznych. Podmioty wydatkujące środki publiczne dostrzegają, iż podmioty „prywatne”⁴¹ nie są w stanie zrealizować wszystkich zadań w trybach konkurencyjnych i niekonkurencyjnych w sposób oczekiwany przez Zamawiających, co powoduje, iż rynek zamówień społecznych się rozrasta. Pomimo że zamówienia społeczne zostały wprowadzone do ustawy p.z.p. dopiero w roku 2016, ich przejawów można było się dopatrzeć w poprzedniej regulacji, jaką były zamówienia niepriorytetowe⁴². Przed organizacjami pozarządowymi zamówienia publiczne stawiają dużo wyzwań, zarówno jako zamawiającymi, jak i wykonawcami, jednak należy zauważyć, iż racjonalny ustawodawca odformalizowuje w znaczący sposób zamówienia skierowane do organizacji pozarządowych. Przyczyny takich działań można doszukać się w działalności organizacji pozarządowych w zakresie podnoszenia świadomości roli organizacji pozarządowych w życiu publicznym, jak i ich znaczącego wpływu na poprawę jakości życia społeczeństwa.

Podkreślenia wymaga fakt, że zamówienia publiczne, mimo powszechnie panującego poglądu wśród sceptyków regulacji zarówno ustawy p.z.p, jak i u.d.p.p.w., nie stanowią barier w realizacji zadań publicznych. Realizacja przez organizację pozarządową zadania powierzonego w trybie ustawy p.z.p. z reguły jest rozliczna w sposób prostszy – poprzez przedstawienie sprawozdania z realizacji zadania, którego zakres i sposób przedstawienia reguluje umowa. Dodatkowo należy podkreślić, iż nie tylko z punktu widzenia organizacji pozarządowej zlecenie zadań w trybie p.z.p. przynosi korzyści, gdyż Zamawiający dzięki regulacjom ustawowym mają zagwarantowane minimalne wymagania dotyczące gwarancji jakości i efektywności wykonania zadania z wykorzystaniem sprawdzonych i wystandaryzowanych metod określonych przez zlecającego.

⁴¹ Pod tym pojęciem należy rozumieć osoby fizyczne, prawne, jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, które na podstawie szczególnych przepisów uzyskują zdolność prawną, a ich działalność ma na celu osiągnięcia zysku, jednocześnie niezależne od administracji publicznej.

⁴² Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 stycznia 2010 r. w sprawie wykazu usług o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2010 r. Nr 12, poz. 68) (nieobowiązujące).

Zamówienia publiczne dotyczą z reguły zlecenia zadań, których cel, efekty i sposób realizacji określa podmiot zlecający zadanie, a oferenci rywalizują głównie ceną, ewentualnie jakością jego wykonania. Nakłada to określone wymogi na zlecającego zadanie, bo musi on sporządzić dokładną specyfikację tego zadania i opisać warunki jego realizacji. W przypadku działań społecznych miękkich o wiele wygodniejsze dla zlecającego i organizacji pozarządowej jest w związku z tym wykorzystanie do zlecenia regulacji u.d.p.p.w., zwłaszcza że regulacje dają więcej swobody organizacji pozarządowej, bowiem to organizacja proponuje sposób realizacji zdania.