



Warszawa, 3 września 2009 roku

MEMORANDUM

dla Fundacji Centrum PPP

dotyczące kwalifikacji Polskiego Związku Judo jako podmiotu publicznego w rozumieniu ustawy o partnerstwie publiczno – prywatnym

1. PRZEDMIOT MEMORANDUM

Przedmiotem niniejszego memorandum jest określenie statusu Polskiego Związku Judo z siedzibą w Warszawie (dalej jako „PZJ”) w świetle przepisów ustawy o partnerstwie publiczno prywatnym.

W Memorandum podjęto analizę przepisów zarówno ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym odnoszących się do kategorii podmiotów, o których mowa w art. 2 pkt 1 lit. b (dalej jako „podmioty prawa publicznego”), jak i szeregu innych aktów prawnych regulujących m.in. ustrój PZJ, celem ustalenia, czy PZJ może zostać zakwalifikowany do grupy podmiotów, którym przysługuje przymiot podmiotu publicznego w rozumieniu art. 2 pkt 1 ustawy.

2. ŹRÓDŁA PRAWA

Memorandum zostało sporządzone w oparciu o następujące akty prawne:

- (a) Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. U. UE z 30 kwietnia 2004 r. seria L, str. 114 ze zm.) – dalej „**Dyrektywa**”;
- (b) ustawa z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (tekst jedn. z 2001 r. Nr 79, poz. 855) – dalej „**Prawo o stowarzyszeniach**”;
- (c) ustawa z dnia 29 lipca 2005 r. o sporcie kwalifikowanym (tekst jednolity: Dz. U. z 2005 r. Nr 155 poz. 1298) – dalej „**Ustawa o sporcie kwalifikowanym**”;
- (d) ustawa z dnia 18 grudnia 2008 r. o partnerstwie publiczno – prywatnym (Dz. U. z 2009 r., Nr 19, poz. 100) – dalej „**Ustawa**” lub „**ppp**”.

3. ANALIZA PRAWNA

3.1 Uwagi ogólne

Zakres podmiotowy Ustawy, tj. określenie jednostek organizacyjnych, które mogą nawiązywać współpracę z podmiotem prywatnym w ramach partnerstwa publiczno – prywatnego, został uregulowany w art. 1. Zgodnie ze wskazanym przepisem, wspólna realizacja przedsięwzięcia oparta na podziale zadań i ryzyk możliwa jest pomiędzy podmiotem publicznym i partnerem prywatnym.

Odnosząc się do zawartej w Ustawie definicji podmiotu publicznego należy zauważyć, że jest ona stosunkowo szeroka. Obejmuje ona zarówno jednostki sektora finansów publicznych, jak i podmioty (osoby prawne), które zostały opisane w sposób analogiczny jak kategoria podmiotów, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych. Podobnie kwestia ta została uregulowana w ustawie z dnia 9 stycznia 2009 r. o koncesji na roboty budowlane lub usługi. Wszystkie te akty związane są z procesem wyboru wykonawcy określonych zadań publicznych, a punkt wyjścia dla określenia ich zakresu podmiotowego stanowią przepisy dyrektywy 2004/18/WE.

Zgodnie z orzecznictwem ETS definicja podmiotu prawa publicznego zawarta w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE, jako pojęcie z zakresu prawa wspólnotowego, podlega autonomicznej i jednolitej w całej Wspólnocie wykładni funkcjonalnej.¹ Prawo wspólnotowe nie wprowadza odrębnej regulacji dotyczącej nawiązywania współpracy między podmiotem publicznym i prywatnym w formie PPP a procedurę wyboru partnera prywatnego do realizacji zadań przybierających formę zamówienia publicznego lub koncesji poddaje właściwemu dla nich reżimowi prawnemu. Należy podkreślić, że krąg podmiotów publicznych zawarty w ustawie PPP, w tym określonych w art. 2 pkt 1 lit. b, został bezpośrednio wyznaczony przez katalog podmiotów zobowiązanych do stosowania ustawy PZP.² W związku z tym zakres pojęciowy obu terminów należy, naszym zdaniem, uznać za tożsame.

3.2 Podmiot prawa publicznego jako podmiot publiczny

Stosownie do regulacji zawartych w Ustawie, „podmiotem publicznym” jest m.in. osoba prawna utworzona w szczególnym celu zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego, jeżeli jednostki sektora finansów publicznych lub państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej, 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.

Interpretacja definicji podmiotu prawa publicznego powinna się skoncentrować przede wszystkim na wykładni następujących zwrotów użytych przez ustawodawcę:

¹ zob. orzeczenie z dnia 12 grudnia 2002 r. w sprawie C-470/99

² Por. projekt ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym - druk sejmowy 1180 z dnia 20.10.2008 r.

*charakterze publicznym*⁷. W uzasadnieniu uchwały Trybunał Konstytucyjny wskazał, że przez to należy rozumieć zadania, których celem jest „bieżące i nieprzerwane zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności w drodze świadczenia usług powszechnych”. Do zadań takich, zdaniem Trybunału Konstytucyjnego, „należy zaspokajanie potrzeb zbiorowych społeczeństwa, w tym między innymi: zaopatrzenie ludności w wodę, energię elektryczną, gazową i ciepłą, utrzymywanie dróg i komunikacji, rozwój nauki, zapewnianie oświaty, opieki zdrowotnej i pomocy społecznej, realizacja różnego rodzaju potrzeb kulturalnych itp. Realizacja tych zadań może odbywać się w różnych formach organizacyjnych (...)”.

Przytoczona powyżej definicja pojęcia „zaspokajania potrzeb o charakterze publicznym” nie wyczerpuje zakresu pojęciowego „zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym”. Należy zwrócić uwagę, że zarówno w przepisach Dyrektywy oraz Ustawy brak jest takich cech szczególnych podmiotu prawa publicznego jak „bieżące i nieprzerwane” (zaspokajanie zbiorowych potrzeb ludności) „w drodze świadczenia usług powszechnych”.

Odnosząc powyższą uwagę do postanowień statutu PZJ należy wskazać, że w §9 pośród wymienionych celów, które przyświecały jego utworzeniu wskazano, iż celem PZJ jest m.in. realizacja zadań publicznych w zakresie kultury fizycznej i sportu, a w szczególności organizacja współzawodnictwa sportowego, popularyzacja i rozwój judo w Polsce oraz podejmowanie działań na rzecz promocji i rozwoju judo w formie amatorskiej i profesjonalnej.

Wniosek: W świetle powyższych uwag oraz postanowień Statutu wydaje się, że działalność prowadzona przez PZJ może zostać uznana za spełniającą przesłankę dotyczącą zaspokajania potrzeb o charakterze powszechnym.

3.2.3 Charakter przemysłowy lub handlowy prowadzonej działalności

Kolejną przesłanką kwalifikacji danego podmiotu, jako podmiotu prawa publicznego w rozumieniu przepisów Dyrektywy oraz Ustawy jest charakter potrzeb, które ma zaspokajać utworzony podmiot. Ustawodawca nałożył obowiązek stosowania przepisów Ustawy jedynie na takie jednostki organizacyjne, które zostały utworzone w celu zaspokojania potrzeb o charakterze powszechnym, które nie posiadają charakteru przemysłowego ani handlowego.

Klasyczna definicja „potrzeb w interesie ogólnym niemających charakteru gospodarczego ani handlowego” została sformułowana przez Trybunał w orzeczeniu BFI Holding⁸ i powtórzona w kolejnych orzeczeniach Trybunału⁹. Zgodnie z tą definicją potrzebami w interesie ogólnym niemającymi charakteru

⁷ uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r. (sygn. Akt W. 8/96);

⁸ ETS z dnia 10 listopada 1998 r. w sprawie C-360/96 *Gemeente Arnhem and Gemeente Rheden v BFI Holding*,

⁹ ETS z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 *Agorà and Excelsior*, z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 *Adolf Truley GmbH*, z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Korhonen*

przemysłowego ani handlowego są potrzeby zaspokajane w inny sposób niż poprzez udostępnianie produktów i usług na rynku i które z przyczyn związanych z interesem ogólnym państwo decyduje się zaspokoić samo lub na których zaspokajanie chce wywierać decydujący wpływ.

Zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału w celu ustalenia, czy dany podmiot został utworzony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego, należy dokonać oceny wszystkich istotnych czynników prawnych i faktycznych, a także okoliczności towarzyszących jego powstaniu i warunków, na jakich wykonuje swoje zadania, biorąc w szczególności pod uwagę niezarobkowy cel działalności, fakt nieponoszenia ryzyka związanego z jej prowadzeniem oraz ewentualne finansowanie ze środków publicznych.¹⁰ Innymi słowy, jeśli dany podmiot jest nastawiony na osiąganie zysku i ponosi ryzyko strat finansowych wynikających z prowadzenia działalności, wątpliwe jest by zaspokajał potrzeby niemające charakteru przemysłowego ani handlowego.¹¹

Warto w tym miejscu po raz kolejny odwołać się do przywołanej powyżej uchwały Trybunału Konstytucyjnego¹². W dalszej części swojego uzasadnienia Trybunał Konstytucyjny stwierdził, odnosząc się do aspektów związanych z procesami ekonomicznymi podmiotu prawa publicznego, że „(...) jednostki organizacyjne realizujące zadania tego typu wykonują je niezależnie od tego czy są w stanie pokryć związane z tym wydatki z własnych dochodów. W związku z tym ich działalność nie może być nastawiona na maksymalizację zysku i najczęściej jest dofinansowywana ze środków publicznych”.

Wniosek: W przypadku PZJ uzasadnione wydaje się twierdzenie, że jest to podmiot, którego działalność nie jest nastawiona na zysk. Wskazuje na to status PZJ jako stowarzyszenia, które zgodnie z obowiązującym prawem prowadzi działalność niezarobkową (art. 2 ust. 1 Prawa o stowarzyszeniach), i którego ewentualne dochody uzyskiwane z działalności gospodarczej służy realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków (art. 34 Prawa o stowarzyszeniach).

3.2.4 Osobowość prawna

PZJ działa w formie stowarzyszenia, a więc zgodnie z przepisami Prawa o stowarzyszeniach jest osobą prawną.

3.3 Analiza przesłanek dotyczących zaangażowania władz publicznych w działalność danego podmiotu

W świetle poczynionych powyżej wywodów uznajemy, że PZJ spełnia wyżej opisane przesłanki.

¹⁰ ETS z dnia 27 lutego 2003 r. w sprawie C-373/00 *Adolf Truley GmbH*, z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Korhonen*;

¹¹ ETS z dnia 22 maja 2003 r. w sprawie C-18/01 *Korhonen*

¹² Vide supra;

Istotne zatem, z punktu widzenia dalszej oceny statusu PZJ, będzie ustalenie, czy PZJ spełnia chociażby jedną z pozostałych wymienionych w Ustawie przesłanek, tj. czy jednostki sektora finansów publicznych pojedynczo lub wspólnie, pośrednio lub bezpośrednio (a) finansują PZJ w 50% lub (b) posiadają ponad połowę udziałów albo akcji w PZJ lub (c) sprawują nadzór nad organem zarządzającym PZJ lub (d) mają prawo do powoływania ponad połowy składu organu nadzorczego lub zarządzającego.

3.3.1 Prawo do powoływania ponad połowy składu właściwych organów

Z postanowień Statutu wynika, że organy PZJ (zarządzający i nadzorujący) powoływane są przez Kongres, w skład którego wchodzi delegaci wybrani na walnych zebraniach członków oraz (z głosem doradczym) członkowie honorowi, wspierający oraz zaproszenie goście (patrz §25 ust. 1 Statutu PZJ), a więc powoływanie członków wszelkich organów PZJ leży w gestii tylko i wyłącznie członków PZJ. Żadna osoba trzecia, która uprzednio nie uzyskała statusu członka PZJ nie jest władna o powoływania organów PZJ. Na marginesie należy dodać, że Prawo o stowarzyszeniach również nie przewiduje kompetencji jakiegokolwiek organu nadzoru w tym zakresie.

Wniosek: Należy uznać, że przesłanka dotycząca prawa do powoływania ponad połowy składu właściwych organów w przypadku PZJ nie została spełniona.

3.3.2 Sprawowanie nadzoru

Istotne znaczenie dla ostatecznej kwalifikacji PZJ jako podmiotu prawa publicznego w myśl postanowień Ustawy będzie miało ustalenie, czy organ zarządzający PZJ jest nadzorowany przez jednostkę finansów publicznych.

Należy w tym miejscu podkreślić, że podmiot prawa publicznego jest jednostką, której działalność ma ściśle określony cel (zaspokajanie potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego lub handlowego). Jego utworzenie jest więc zdeterminowane względami leżącymi w interesie ogólnym. Jak wielokrotnie podkreślał ETS, mamy w tym przypadku do czynienia z potrzebami, które państwo lub jednostka samorządu terytorialnego decyduje się zazwyczaj zaspokajać samodzielnie, lub w odniesieniu do których pragnie zachować decydujący wpływ.¹³

Oznacza to, że przy rozpatrywaniu przesłanki dotyczącej sprawowania nadzoru należy brać pod uwagę rzeczywiste możliwości prawne i faktyczne, którymi dysponują władze publiczne w stosunku do podmiotu wykonującego określoną działalność.

Zgodnie z postanowieniami Statutu (patrz §9 Statutu), PZJ podlega w zakresie swojej działalności nadzorowi ministra właściwego do spraw kultury fizycznej i

¹³ ETS z dnia 10 maja 2001 r. w sprawach połączonych C-223/99 i C-260/99 Agorà i Excelsior; ETS z dnia 10 kwietnia 2008 r. w sprawie C-393/06

sportu. Mimo że mowa jest tu o nadzorze, co może z punktu widzenia użytej terminologii sugerować, że rozpatrywane kryterium jest spełnione, to, naszym zdaniem pojęcie „nadzoru” należy w tym przypadku rozpatrywać w szerszym znaczeniu, w szczególności w związku ze znaczeniem jakie przypisuje mu przytoczone orzecznictwo ETS. Oznacza to, że nadzór w ujęciu, o którym mowa w art. 2 pkt 1 lit. b Ustawy odnosi się do rzeczywistego wpływu na funkcjonowanie PZJ przez Ministra sportu i turystyki.

Termin „nadzór” używany jest w wielu tekstach normatywnych i w różnym kontekście, co powoduje, że przypisywanie mu w każdym przypadku identycznego znaczenia nie wydaje się właściwe. Nadzór występuje w odniesieniu do różnych instytucji prawnych o odmiennej strukturze i służy w konsekwencji innym celom.¹⁴ Przyjęcie założenia, że pojęcie nadzoru używane w danym akcie prawnym jest równoznaczne z jego definicją w innym może prowadzić do pomieszania pojęć i błędnej interpretacji.¹⁵

Jak wskazuje się w doktrynie¹⁶ ogólnie *z nadzorem mamy do czynienia w sytuacji, gdy w grę wchodzi prawo wydania polecenia, wiążącej dyrektywy o zmianie kierunku działania, gdzie w grę wchodzi kierowanie organami podległymi. Nadzór nie ogranicza się zatem do obserwacji, a łączy z czynnikiem kierowania za pośrednictwem sformułowanych dyrektyw. [...] Organ nadzorujący nie tylko spostrzega i ocenia. On również w pewnym sensie współadministruje — odpowiada za wynik działalności organizatorskiej organów podległych nadzorowi.*

W odniesieniu do PZJ należy mieć również na uwadze, że zgodnie z przepisami Ustawy o sporcie kwalifikowanym, polski związek sportowy może działać w formie stowarzyszeń i w sprawach nieuregulowanych w powołanej ustawie stosuje się przepisy Prawa o stowarzyszeniach. Tym samym charakter pojęcia „nadzoru”, winien być rozpatrywany tak, jak ów „nadzór” jest pojmowany w Prawie o stowarzyszeniach.

Formie sprawowania nadzoru nad stowarzyszeniami ustawodawca poświęcił odrębny rozdział w Prawie o stowarzyszeniach. Zgodnie z art. 25 powołanej ustawy organy nadzorujące mają prawo do (i) żądania dostarczenia przez zarząd stowarzyszenia, w wyznaczonym terminie, odpisów uchwał walnego zebrania członków (zebrania delegatów) oraz (ii) żądania od władz stowarzyszenia niezbędnych wyjaśnień. Wskazane powyżej formy tzw. „nadzoru” nad stowarzyszeniami świadczą o tym, że jedynym kryterium stosowania środków nadzoru jest kryterium zgodności działania z prawem, a w gestii organu nadzorującego (tutaj Ministra sportu i turystyki) nie leży prawo

¹⁴ W odniesieniu do różnych form nadzoru można wyróżnić nadzór organizacyjny, nadzór zwierzchni, nadzór policyjny, nadzór prewencyjny

¹⁵ A. Chełmoński, *Nadzór policyjny i reglamentacyjny w administracyjnym prawie gospodarczym*, w *Administracyjne prawo gospodarcze*, Wrocław 2009, str. 515

¹⁶ J. Starościak, *Zarys nauki administracji*, Warszawa 1971, s. 212; także: *Prawo Administracyjne*, Warszawa 1969, s. 357.

do bezpośredniego określania, w jaki sposób stowarzyszenie ma działać, ani bezpośredniego wpływania na podejmowanie określonych decyzji przez organy statutowe stowarzyszenia. Minister sportu i turystyki nie ponosi przy tym odpowiedzialności za działalność podmiotów podległych temu nadzorowi; stowarzyszenia działają "na własny rachunek i własną odpowiedzialność".¹⁷

W tej sytuacji Minister sportu i turystyki nie ma wobec stowarzyszeń prawa do wiążącego wpływania na ich działalność, a zatem pomimo użycia w Prawie o stowarzyszeniach pojęcia „nadzoru” dla określenia relacji ministra do stowarzyszeń, relacja ta ma naszym zdaniem charakter kontroli, a nie nadzoru.

Wniosek: Zasadne wydaje się stwierdzenie, że przesłanka dotycząca sprawowania nadzoru w kontekście celu użycia tego terminu oraz wykładni tego pojęcia w orzecznictwie ETS nie została spełniona w przypadku roli jaką nad organem zarządzającym PZJ sprawuje Minister sportu i turystyki.

3.3.3 Finasowanie w ponad 50%

Przesłanka dotycząca finansowania podmiotu publicznego przynajmniej w 50% przez podmioty sektora finansów publicznych winna być oceniana poprzez rzetelną analizę dokumentów finansowych (sprawozdania finansowego, bilansów) i oszacowania jaki jest stosunek środków pochodzących z różnych dotacji, i subwencji z budżetu państwa, a jaki z pozostałych źródeł. W razie stwierdzenia, że wpływy z dotacji i subwencji pochodzących z budżetu państwa przekroczą 50%, zajdzie przesłanka uznania PZJ za podmiot publiczny w rozumieniu przepisów Ustawy. Potwierdzeniem powyższego poglądu jest orzeczenia ETS z 3 października 2000 r. (C-380/98 *University of Cambridge*), w którym stwierdzono po pierwsze, iż sformułowanie „finansowane w przeważającej części” powinno być rozumiane czysto ilościowo, a nie jakościowo i oznacza „w części większej niż połowa (więcej niż 50%)”. ETS wskazał również, że przy ocenie w jakiej części dana instytucja jest finansowana ze środków publicznych, należy brać pod uwagę jej wszystkie przychody, również te pochodzące z działalności komercyjnej. Istotne jest również, że ETS wskazał zasadę dotyczącą chwili ustalenia ziszczenia się przesłanki. Stwierdził bowiem, że ocena stopnia finansowania ze środków publicznych powinna być dokonana na początku roku budżetowego (nawet w oparciu o przewidywania budżetowe), na podstawie danych liczbowych obejmujących pełen rok budżetowy. Kontynuując swój wywód ETS podniósł, że nawet jeśli w trakcie roku budżetowego zaszły, istotne z omawianego punktu widzenia, zmiany w budżecie (np. zmniejszające udział środków publicznych poniżej 50%, co powoduje, że dana instytucja przestaje mieć charakter publicznoprawny), to postępowania wszczęte na podstawie dyrektyw, powinny zostać zakończone

¹⁷ Również w art. 1 pkt 9 lit. c Dyrektywy w wersji francuskiej mowa jest wyraźnie o poddaniu zarządzania danym podmiotem kontroli ze strony „Państwa”, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego, co należy utożsamiać z realnym wpływem na działalność danego podmiotu publicznego, zarówno od strony prawnej jak i faktycznej.

zgodnie z tymi procedurami stosownie do zasady pewności prawa i ochrony interesów zainteresowanych oferentów.

Wniosek: W celu oceny spełniania tego kryterium należałoby dokonać analizy właściwych dokumentów dotyczących źródeł finansowania PZJ. Ustalenie wysokości środków uzyskiwanych z budżetu państwa w porównaniu z innymi źródłami dochodów pozwoliłoby na wskazanie ewentualnego spełnienia kryterium finansowania, o którym mowa w art. 2 pkt 1 lit b ustawy PPP w stosunku do PZJ.

4. PODSUMOWANIE

Naszym zdaniem jednoznaczne zakwalifikowanie PZJ jako podmiotu publicznego w rozumieniu Ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym nie jest możliwe.

Spośród przesłanek wymienionych w art. 2 ust. 1 lit b Ustawy, w przypadku PZJ:

- (a) spełnione są naszym zdaniem kryteria dotyczące posiadania osobowości prawnej oraz prowadzenia działalności związanej z zaspokajaniem określonych potrzeb o charakterze powszechnym niemających charakteru przemysłowego ani handlowego; ale
- (b) nie są spełnione przesłanki prawa do powoływania ponad połowy składu właściwych organów, jak i sprawowania nadzoru nad zarządem.

Co do ostatniej z przesłanek umożliwiającej zakwalifikowanie Polskiego Związku Judo jako podmiotu publicznego, tj. przesłanki dotyczącej finansowania przynajmniej w 50% przez podmioty sektora finansów publicznych, nie jesteśmy w stanie ustalić, czy jest ona spełniona – ocena taka może być dokonana jedynie po rzetelnej analizie dokumentów finansowych (sprawozdania finansowego, bilansów) i oszacowania, jaki jest stosunek środków pochodzących od podmiotów sektora finansów publicznych do środków pochodzących z pozostałych źródeł. W razie stwierdzenia, że wpływy od podmiotów sektora finansów publicznych przekroczą 50%, zajdzie przesłanka umożliwiająca uznanie PZJ za podmiot publiczny w rozumieniu przepisów Ustawy. W przeciwnym razie uznanie PZJ za podmiot publiczny nie będzie naszym zdaniem możliwe.

Marcin Krakowiak
Partner, radca prawny

Piotr Duda
Senior Associate

Wojciech Hartung
Associate

Marcin Kwaśny
Junior Associate