

Informacja prawna

na temat nieodpłatnej, odpłatnej i gospodarczej działalności organizacji pozarządowych.

Zgodnie z art. 6 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. Nr 96, poz. 873 ze zm), zwanej dalej „udzpp” lub „ustawą”, statutowa działalność organizacji pozarządowej oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3, w części obejmującej działalność pożytku publicznego, nie jest z zastrzeżeniem art. 9 ust. 1, działalnością gospodarczą w rozumieniu przepisów Prawa działalności gospodarczej (obecnie: ustawy o swobodzie działalności gospodarczej) i może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub jako działalność odpłatna.

Działalnością nieodpłatną pożytku publicznego jest świadczenie na podstawie stosunku prawnego usług, za które organizacja pozarządowa oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 prowadzące tę działalność nie pobierają wynagrodzenia (art. 7 udzpp). Zgodnie ze słownikową definicją terminu „usługi”, przez usługi rozumie się "działalność gospodarczą służącą do zaspokajania potrzeb ludzi, prowadzoną przez osoby mające odpowiednie kwalifikacje i dysponujące odpowiednim sprzętem, lokalem itp." (*Uniwersalny słownik języka polskiego*, tom 4, red. St. Dubisz, Warszawa 2003, s. 1028). Należy jednak pamiętać o tym, że w art. 6 ustawy ustawodawca wyłączył możliwość utożsamiania ze sobą nieodpłatnej działalności pożytku publicznego z działalnością gospodarczą, a zatem w tym zakresie definicja słownikowa terminu "usługi" podlegać będzie modyfikacji (*Kowal Norbert: Tworzenie i rejestracja organizacji pożytku publicznego. Komentarz, Zakamycze, 2005, str. 39, również Komentarz tego autora do art. 7 ustawy w: System Informacji Prawnej LEX – Lex dla Samorządu Terytorialnego (dalej: „LEX”) – dalej: „Kowal Norbert – Komentarz”*). Stąd na potrzeby ustawy należałoby, w powyższej definicji terminu „usługi”, słowa „działalność gospodarcza” zastąpić słowem „działalność”. Jest też oczywistym, że przy podejmowaniu przez organizację pozarządową/podmiot działalności nieodpłatnej czy odpłatnej pożytku publicznego nie istnieje wymóg posiadania przez osoby prowadzące taką działalność odpowiednich kwalifikacji, w taki sposób jak to ma miejsce w przypadku wymogu posiadania kwalifikacji przez wykonawców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, kiedy to wymóg ten obwarowany jest rygorem wykluczenia z ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego wykonawców, którzy warunkowi posiadania kwalifikacji nie spełniają (art. 22 ust. 1 pkt 1 i 2 oraz art. 24 ust. 1 pkt 10 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych – Dz. U. z 2007 r. Nr 223, poz. 1655 ze zm.). Zatem na gruncie udzpp

pojęcie „usług” należy tłumaczyć zgodnie z jego słownikową definicją zmodyfikowaną w sposób uwzględniający przepisy ustawy o działalności pożytku publicznego.

Przez "wynagrodzenie" powszechnie rozumie się "zapłatę za coś" (*Uniwersalny słownik..., tom 5, s. 312, Kowal Norbert – Komentarz, komentarz do art. 7, str. 39 i LEX*).

Tutaj należy podnieść, że jeżeli odbiorcy usług muszą za nie płacić organizacji pozarządowej, to wówczas mamy do czynienia z działalnością odpłatną lub gospodarczą (*Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej: Ustawa o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie. Komentarz, Oficyna, 2008, komentarz do art. 7 ustawy, LEX, dalej: „Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej – Komentarz”*).

Zgodnie z art. 8 ust. 1 udzpp działalnością odpłatną pożytku publicznego jest działalność w zakresie wykonywania zadań należących do sfery zadań publicznych, w ramach realizacji przez organizację pozarządową oraz podmioty wymienione w art. 3 ust. 3 celów statutowych, za którą pobiera wynagrodzenie. Działalnością odpłatną pożytku publicznego jest również sprzedaż towarów lub usług wytworzonych lub świadczonych przez osoby bezpośrednio korzystające z działalności pożytku publicznego, w szczególności w zakresie rehabilitacji oraz przystosowania do pracy zawodowej osób niepełnosprawnych, a także sprzedaż przedmiotów darowizny na cele prowadzenia działalności pożytku publicznego.

Zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego służy wyłącznie realizacji zadań należących do sfery zadań publicznych lub celów statutowych, o których mowa w ust. 1.

Pojęcie "dochód z działalności odpłatnej", o którym mowa w ust. 2 artykułu, należy rozumieć zgodnie z przepisami o podatku dochodowym od osób prawnych, zwanej dalej „updog” (ze względu na charakter podmiotów podlegających przepisom ustawy nie może wchodzić w grę podatek dochodowy od osób fizycznych). Według art. 7 ust. 2 updog dochodem jest (co do zasady) nadwyżka sumy przychodów nad kosztami ich uzyskania, osiągnięta w roku podatkowym.

Jeżeli w jednostce prowadzona jest wyłącznie działalność odpłatna, dochód obejmuje jej całość. Jeżeli działalność odpłatna występuje obok innych form działalności, dochód jest tylko obliczany w odniesieniu do działalności odpłatnej, wyodrębnionej rachunkowo zgodnie z art. 10 ustawy.

Wymóg przeznaczenia dochodu wyłącznie na cele publiczne lub statutowe oznacza, że nie można środków z dochodu wydatkować na inne cele. Nie ma natomiast ustalonego terminu, w którym dochód musiałby być wykorzystany zgodnie z przepisem art. 8 ust. 2 ustawy. Istnienie środków zgromadzonych na rachunku, ale tymczasem niezagospodarowanych, nie stanowi naruszenia ustawowego nakazu (*Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej - Komentarz, komentarz do art. 8 ustawy*). Jednym słowem, cały dochód uzyskany z odpłatnej działalności pożytku

publicznego winien służyć wyłącznie realizacji zadań należących do sfery zadań publicznych lub osiągnięciu założonych celów statutowych (*Kowal Norbert – Komentarz, komentarz do art. 8 ustawy, str. 41 i LEX*).

Zgodnie z art. 9 ust. 1 udzpp działalność odpłatna pożytku publicznego organizacji pozarządowych oraz podmiotów wymienionych w art. 3 ust. 3 stanowi działalność gospodarczą, jeżeli:

- 1) wynagrodzenie, o którym mowa w art. 8 ust. 1, jest w odniesieniu do działalności danego rodzaju wyższe od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności, lub
- 2) wynagrodzenie osób fizycznych z tytułu zatrudnienia przy wykonywaniu statutowej działalności nieodpłatnej oraz działalności odpłatnej przekracza 1,5-krotność przeciętnego wynagrodzenia miesięcznego w sektorze przedsiębiorstw ogłoszonego przez Prezesa Głównego Urzędu Statystycznego za rok poprzedni.

Przepis ust. 2 tego artykułu stanowi, że przez wynagrodzenie, o którym mowa w ust. 1 pkt 2, rozumie się wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy lub usług, niezależnie od sposobu nawiązania stosunku pracy lub rodzaju i treści umowy cywilnoprawnej z osobą fizyczną.

Z kolei przepis art. 9 ust. 3 stanowi, że nie można prowadzić odpłatnej działalności pożytku publicznego i działalności gospodarczej w odniesieniu do tego samego przedmiotu działalności.

Ustawodawca celowo pominął w tym przepisie nieodpłatną działalność pożytku publicznego, ponieważ taka działalność ze swojej istoty nie jest działalnością wykonywaną za wynagrodzeniem (art. 7 ustawy). Z powyższego też względu nieodpłatna działalność pożytku publicznego nie może pokrywać się z działalnością gospodarczą. Do takiego wniosku prowadzi również analiza pojęcia "działalność gospodarcza" oraz powszechne rozumienie terminu "wynagrodzenie".

Odpłatna działalność pożytku publicznego jest uznawana za działalność gospodarczą zawsze wtedy, gdy spełniony zostanie co najmniej jeden z dwóch wymienionych w art. 9 ust. 1 ustawy warunków w określonym czasie, w którym dana działalność jest wykonywana w sposób zorganizowany i ciągły. Konsekwencją uznania danej odpłatnej działalności pożytku publicznego za działalność gospodarczą jest konieczność rejestracji danej organizacji pozarządowej lub podmiotu wymienionego w art. 3 ust. 3 ustawy jako przedsiębiorcy w rejestrze przedsiębiorców prowadzonym w ramach Krajowego Rejestru Sądowego (*Kowal Norbert – Komentarz, komentarz do art. 9 ustawy, str. 42 i LEX*).

Jeżeli zatem odpłatna działalność pożytku publicznego przekroczy limity, o których mowa w art. 9 ust. 1 pkt 1 i 2, to będzie działalnością gospodarczą.

Artykuł 9 ust. 1 pkt 1 ustawy posługuje się pojęciem wynagrodzenia, o którym mowa w art. 8 ust. 1, za które uważane jest świadczenie pieniężne pobierane przez organizację pozarządową

lub podmiot wymieniony w art. 3 ust. 3 ustawy jako zapłata za wykonane świadczenie. Zgodnie z art. 9 ust. 1 pkt 1 pobierane wynagrodzenie, w odniesieniu do działalności danego rodzaju, nie może być wyższe od tego, jakie wynika z kalkulacji bezpośrednich kosztów tej działalności. Po przekroczeniu tego limitu, działalność odpłatna stanowi działalność gospodarczą.

Natomiast art. 9 ust. 2 ustawy zawiera definicję pojęcia „wynagrodzenia” stosowanego w art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy. Zgodnie z tą definicją wynagrodzeniem jest wynagrodzenie z tytułu świadczenia pracy lub usług, niezależnie od sposobu nawiązania stosunku pracy lub rodzaju i treści umowy cywilnoprawnej zawartej z osobą fizyczną. Oznacza to, że jeżeli osoba fizyczna pobiera wynagrodzenie przy wykonywaniu statutowej działalności z tytułu świadczenia pracy w organizacji pozarządowej oraz uzyskuje wynagrodzenie z tytułu świadczenia usług, np. na podstawie umowy - zlecenia lub o dzieło, to w rozumieniu art. 9 ust. 1 pkt 2 ustawy wynagrodzeniem będzie suma kwot wynagrodzenia z obu tytułów. W przypadku umów o świadczenie usług zawartych na czas dłuższy niż jeden miesiąc ustawodawca ma na myśli uzyskane wynagrodzenie przypadające na miesiąc. Wystarczy też, że wynagrodzenie jednej z osób fizycznych zatrudnionych przez organizację pozarządową prowadzącą działalność pożytku publicznego przekroczy ustawowy limit, a dotychczasowa działalność odpłatna zostanie uznana za działalność gospodarczą. Warto zwrócić uwagę, że stosownie do art. 10 ust. 2 ustawy z dnia 7 kwietnia 1989 r. Prawo o stowarzyszeniach (Dz. U. z 2001 r. Nr 79, poz. 855 ze zm.), zwanej dalej „Pos”, stowarzyszenie może tworzyć terenowe jednostki organizacyjne, które, jeżeli statut stowarzyszenia to przewiduje, mogą uzyskać osobowość prawną (art. 17 ust. 1a Pos.). Wynika z tego, że można wyróżnić dwa rodzaje oddziałów stowarzyszenia: posiadające osobowość prawną oraz nieposiadające takiej osobowości. W odniesieniu do stowarzyszenia mającego oddziały nieposiadające osobowości prawnej można uznać, że stanowi ono, jako osoba prawna, jedną całość, a poszczególne oddziały tego stowarzyszenia stanowią jedynie element jego struktury organizacyjnej. W konsekwencji przekroczenie przez każdą terenową jednostkę organizacyjną (oddział) niemającą osobowości prawnej ustawowych limitów określonych w art. 9 ust. 1 będzie skutkowało tym, że dotychczas prowadzona przez stowarzyszenie działalność odpłatna pożytku publicznego stanowić będzie działalność gospodarczą (*Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej – Komentarz, komentarz do art. 9 ustawy*).

W tym miejscu należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 20 pkt 4 ustawy, dopóki cel zarobkowy nie dominuje nad celem statutowym, działalność gospodarcza jest prowadzona zgodnie z ustawą. Ze względu na duży stopień ogólności w określaniu celu statutowego miarodajna ocena powyższego będzie możliwa dopiero w trakcie realizacji tego celu oraz po podjęciu przez organizację pożytku publicznego faktycznej działalności gospodarczej (postanowienie SN z dnia 12 lutego 2002 r., I

CKN 1568/99; zob. *Podmioty mogące uzyskać status organizacji pożytku publicznego*, zamieszczony na: www.pozytek.gov.pl/OPP). Z treści tego przepisu wynika podporządkowanie rozmiarów działalności gospodarczej realizowanym przez organizacje pożytku publicznego celom statutowym (postanowienie SN z dnia 7 lipca 2002 r., I CKN 162/00, *ibidem*) - *Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej – Komentarz, komentarze do art. 20 i art. 8 ustawy*. Podkreślić trzeba też, że już art. 8 ust. 2 ustawy nakazuje, by dochód z działalności odpłatnej pożytku publicznego służył wyłącznie realizacji zadań należących do sfery zadań publicznych lub celów statutowych.

Takie uregulowanie działalności gospodarczej organizacji pozarządowych wynika też z dwu innych ustaw: Prawa o stowarzyszeniach (Pos) i ustawy o fundacjach.

W myśl art. 34 zdanie drugie Pos dochód z działalności gospodarczej stowarzyszenia służy realizacji celów statutowych i nie może być przeznaczony do podziału między jego członków.

Z kolei art. 5 ust. 5 zdanie pierwsze ustawy z dnia 6 kwietnia 1984 r. o fundacjach (Dz. U. z 1991 r. Nr 46, poz. 203 ze zm.) stanowi, że fundacja może prowadzić działalność gospodarczą w rozmiarach służących realizacji jej celów.

W tym miejscu należy też nadmienić, że zgodnie z art. 2 ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz. U. z 2007 r. Nr 155, poz. 1095 ze zm.), zwanej dalej „usdg”, kryterium rozstrzygającym o zakwalifikowaniu jakiejś działalności do działalności gospodarczej jest spełnienie (bądź niespełnienie) trzech warunków wymienionych w art. 2 usdg, a mianowicie:

- 1) zarobkowy charakter działalności,
- 2) zorganizowanie działalności,
- 3) ciągłość działalności.

Zarobkowy charakter działalności stanowi podstawową cechę działalności gospodarczej. Dana działalność jest zarobkowa, jeżeli jest prowadzona w celu osiągnięcia dochodu („zarobku”) - rozumianego jako nadwyżka przychodów nad nakładami (kosztami) tej działalności. Brak tej cechy przesądza, iż w danym przypadku nie można mówić o działalności gospodarczej w rozumieniu art. 2 usdg.

Zorganizowanie działalności to wybór formy organizacyjno – prawnej przedsiębiorczości. Usdg nie narzuca jednak ani stopnia, ani formy organizacyjnej wykonywanej działalności gospodarczej.

Dla oceny, czy działalność wykonywana jest w sposób ciągły istotny jest zamiar powtarzalności określonych czynności celem osiągnięcia dochodu. Stąd też, z uwagi na obecność zamiaru powtarzalności, także sezonowa (tj. wykonywana w sposób ciągły co każdy sezon) działalność jest również działalnością gospodarczą (*Kohutek Konrad w: Brożyna Michał, Chudzik Mariusz, Kohutek Konrad, Molis Janusz, Szuster Sergiusz: Komentarz do ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o*

swobodzie działalności gospodarczej, LEX, komentarz do art. 2).

Wracając do działalności prowadzonej przez organizację pozarządową lub podmiot wymieniony w art. 3 ust. 3 ustawy (zwany dalej „podmiotem”), to również ze wzoru oferty organizacji pozarządowej/podmiotu, składanej na podstawie przepisów działu II rozdziału 2 ustawy z dnia 24 kwietnia 2003 r. o działalności pożytku publicznego i o wolontariacie (Dz. U. Nr 96, poz. 873 z późn. zm.), stanowiącego załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Pracy i Polityki Społecznej z dnia 27 grudnia 2005 r. w sprawie wzoru oferty realizacji zadania publicznego, ramowego wzoru umowy o wykonanie zadania publicznego i wzoru sprawozdania z wykonania tego zadania (Dz. U. Nr 264, poz. 2207), wynika, że działalność statutowa może być prowadzona jako działalność nieodpłatna lub (i) działalność odpłatna oraz że organizacja pozarządowa/podmiot może prowadzić działalność gospodarczą (pkt I.12 i I.13 wzoru oferty). W składanej ofercie, oferent podpisem osoby upoważnionej (osób upoważnionych) do składania oświadczeń woli w imieniu organizacji pozarządowej/podmiotu poświadcza zgodność podanych w ofercie informacji z aktualnym stanem prawnym i faktycznym, a więc i z obowiązującym statutem.

Wymaganym załącznikiem do oferty jest m.in. dokument potwierdzający status prawny oferenta (załączniki wymienione we wzorze oferty), a więc również informacje na temat prowadzenia przez organizację pozarządową/podmiot działalności nieodpłatnej, odpłatnej i gospodarczej.

Prowadzenie przez organizację pozarządową/podmiot wyłącznie działalności nieodpłatnej powoduje, że taka organizacja/podmiot nie może za świadczone usługi pobierać wynagrodzenia. Fakt ten jednak wcale nie musi stać na przeszkodzie realizacji zadania publicznego zleconego organizacji pozarządowej/podmiotowi, bowiem żadne przepisy nie nakładają obowiązku odpłatnej realizacji zadania publicznego. Są wręcz takie zadania, których realizacji nie sposób sobie wyobrazić inaczej niż w formie działalności nieodpłatnej np. szkolenie dla osób bezrobotnych. Oczywiście, poprzez odpłatne realizowanie zadania można częściowo pokryć koszty realizacji zadania i tym samym przyczynić się do tego, że bilans finansowy wykonania zadania będzie bardziej korzystny. Niemniej jednak są i inne okoliczności, które mogą wpływać na ocenę oferty i na punktację rankingową oferty. Ocena, na ile przedstawiona oferta gwarantuje najlepsze wykonanie zadania zawsze będzie działaniem indywidualnym, związanym z oceną konkretnej oferty na tle konkretnych warunków konkursu, zawartych w konkretnym ogłoszeniu o konkursie na realizację konkretnego zadania publicznego.

Tutaj należy też podnieść, że dotacja na realizację zadania publicznego nie jest wynagrodzeniem w rozumieniu art. 8 ust. 1 ustawy, lecz formą finansowania lub dofinansowania zadania publicznego przez organ administracji publicznej, który zleca organizacji pozarządowej lub podmiotowi wymienionemu w art. 3 ust. 3 ustawy wykonanie określonego zadania publicznego.

Organizacja pozarządowa, która po przeprowadzeniu otwartego konkursu ofert wykonuje zadanie publiczne na podstawie umowy o powierzenie lub o wsparcie, uzyskuje na realizację tego zadania środki publiczne w formie dotacji. Wysokość dotacji (dofinansowania lub finansowania) jest między innymi uzależniona od wskazanej w ofercie przez organizację pozarządową kalkulacji przewidywanych kosztów realizacji zadania, która zawiera kosztorys ze względu na typ kosztów oraz źródło finansowania (*Blicharz Jolanta, Huchla Andrzej – Komentarz, komentarz do art. 9 ustawy*).

Informację prawną opracowano na potrzeby Zespołu Konsultacyjno – Opiniującego ds. Współpracy z Organizacjami Pozarządowymi

Mec. Paweł Krowicki

Główny Specjalista w Departamencie Kontroli

Urzędu Marszałkowskiego Województwa Wielkopolskiego

Członek Zespołu Konsultacyjno – Opiniującego ds. Współpracy z Organizacjami Pozarządowymi

e mail : pawel.krowicki@umww.pl

Grzegorz Naranowicz

Naczelnik Wydziału Organizacyjnego

Departament Organizacyjny i Kadr

Urząd Marszałkowski Województwa Wielkopolskiego

*Wiceprzewodniczący Zespołu Konsultacyjno –
Opiniującego ds. Współpracy z Organizacjami Pozarządowymi*

tel.061 854 16 09

fax. 061 854 1432

e mail grzegorz.naranowicz@umww.pl