

Wnioski końcowe ze spotkań "Nauka a Pzp" w PAU

I. Uwagi ogólne

Konflikt nauki z PZP jest naturalną uboczną konsekwencją faktu, że PZP zostało sformułowane z myślą o podmiotach publicznych o zupełnie innej specyfice, z którymi nauki nie łączy nic w zakresie trybu funkcjonowania oprócz źródła finansowania. Prawo, sformułowane być może znośnie z perspektywy głównych adresatów, okazuje się wadliwe i szkodliwe z punktu widzenia adresata pobocznego, który wydaje zaledwie nieco ponad 1% PKB.

Badania naukowe są specyficznym typem działalności człowieka, która, w odróżnieniu od produkcji, administracji, czy świadczenia usług, nie polega na maksymalnym efektywnym powtarzaniu tych samych czynności, lecz na ustawicznym modyfikowaniu wykonywanych czynności, tak aby osiągnąć zamierzony cel. Zatem w przypadku badań naukowych da się i należy planować cel, który chcemy osiągnąć, ale nie da się często zaplanować w szczegółach drogi prowadzącej do tego celu. Droga jest wypadkowym efektem wielu decyzji rozłożonych w czasie, które naukowiec podejmuje na kolejnych etapach realizacji badań, w oparciu o wyniki ukończonego etapu, inne dostępne źródła informacji oraz nowe pomysły.

Wymóg planowania zakupów z rocznym wyprzedzeniem narzucany przez PZP, czyli ograniczanie wolności wyboru drogi realizacji celów badawczych, jest podstawowym źródłem konfliktu. Dwa dodatkowe także bardzo ważne negatywne aspekty wpływu PZP na badania naukowe to opóźnianie dostaw towarów i usług niezbędnych do badań przez skomplikowane procedury zakupowe narzucane przez tę ustawę oraz marnowanie czasu naukowców na formalności związane z tymi procedurami. Skumulowany efekt tych negatywnych oddziaływań PZP spowodował dramatyczne pogorszenie warunków uprawiania nauki w Polsce, znacznie większe niż w innych krajach europejskich, gdzie analogiczne prawa są mniej restrykcyjne.

Środowisko naukowe alarmowało właściwe instytucje państwowe o zaistniałej sytuacji już od lutego 2011. Wszystkie najważniejsze organizacje naukowe podejmowały w tej sprawie stosowne uchwały przekazywane władzom państwowym. W efekcie rozwiązania problemu podjęło się Ministerstwo Nauki i Szkolnictwa Wyższego zgłaszając we wrześniu 2012 Urzędowi Zamówień Publicznych w ramach uzgodnień międzyresortowych projekt podniesienia progu stosowania PZP dla zamówień związanych z badaniami naukowymi do progów unijnych. Ostatnio, Ministerstwo Gospodarki publicznie zadeklarowało, że popiera projekt MNiSW z uwagi na rolę nauki w procesie zwiększania innowacyjności polskiej gospodarki.

Polska Akademia Umiejętności prowadziła od października 2012 intensywną działalność, której celem było poinformowanie opinii publicznej o dramatyzmie zaistniałej sytuacji a także nakłonienie Urzędu Zamówień Publicznych do podjęcia rzetelnego dialogu ze środowiskiem naukowym. Opublikowany został obszerny artykuł w Gazecie Wyborczej oraz notatka w Rzeczpospolitej. PAU zorganizowała trzy spotkania „Nauka a PZP” z udziałem przedstawicieli legislatury, instytucji rządowych i środowiska naukowego, przedstawiając pod dyskusję własny projekt nowelizacji PZP. Przedstawiciele PAU wzięli udział w

spotkaniach organizowanych w Sejmie i Ministerstwie Gospodarki celem prezentacji stanowiska nt. PZP. *Dossier* sprawy gromadzone jest na stronie internetowej PAU.

Działania powyższe przyniosły pewne rezultaty, szczególnie w zakresie wyklarowania stanowiska UZP. Na ostatnim spotkaniu w PAU 12.01.2013 prezes UZP Jacek Sadowy przedstawił szereg liberalnych interpretacji obowiązującego prawa w duchu postulatów środowiska naukowego, zobowiązał się przedstawić je formalnie na piśmie oraz przyznał, że widzi potrzebę korekt w zapisach ustawy. Równocześnie jednak odmówił poparcia dla stanowiska reprezentantów środowiska naukowego, stwierdzając, że tak poważna zmiana nie leży w jego kompetencjach i wymaga decyzji politycznej.

W zgodnej opinii środowiska naukowego proces badawczy pozostaje w strukturalnym konflikcie z PZP i jedynym w pełni skutecznym sposobem rozwiązania tego konfliktu jest wyjęcie dostaw towarów i usług bezpośrednio związanych z realizacją badań spod rygorów tej ustawy, *per analogiam* do już obowiązującego wyjęcia usług *stricto* naukowych. Takie rozwiązanie jest jednak możliwe tylko na poziomie dyrektywy unijnej.

W ramach obowiązującej dyrektywy dopuszczalne są jednak różne rozwiązania, daleko korzystniejsze z punktu widzenia efektywności procesu badawczego od obecnych. Poniżej przedstawiamy problemy zidentyfikowane w czasie dyskusji na spotkaniach zorganizowanych w Polskiej Akademii Umiejętności (8/10/12, 6/12/12, 17/1/13), wraz z sugestiami odpowiednich zmian w ustawie. Przebieg dyskusji został zarejestrowany i udostępniony Zespołowi NCBiR ds. nowelizacji Pzp. Pozostałe materiały znajdują się na stronie internetowej PAU.

II. Wykaz problemów, jakie ustawa Prawo zamówień publicznych stwarza w prowadzeniu innowacyjnych badań naukowych oraz propozycje zmian w ustawie

1. Wysokość progów zwolnień z procedury przetargowej dla zamówień związanych z badaniami naukowymi

Obecna wysokość kwoty progowej jest zdecydowanie za niska. W dyskusji wypowiedziano się jednoznacznie za jej podniesieniem do poziomu wskazanego w dyrektywie unijnej, czyli do 130 tys. euro. Dodatkowo, w związku z rozróżnieniem kwot progowych na 130 i 200 tys. euro w ustawie w zależności od rodzaju zamawiającego, być może zasadnym byłoby pozostawienie takiego rozróżnienia również i przy wyłączeniu zamówień jednostek naukowych (200 tys. euro dla uczelni) – tak, jak pozostawia się je np. przy obowiązku zawiadomienia Prezesa UZP z art. 62 ust. 2 i 67 ust. 2 Pzp.

Redakcja przepisu wyłączającego zamówienia jednostek naukowych być może powinna odnosić się jednak nie do dostaw/usług/robót „w zakresie badań naukowych” (art. 4 pkt 7a w propozycji MNiSW), gdyż jest to pojęcie, w naszej opinii, trudno definiowalne i zbyt nieostre dla administracyjno-prawnego dowodu. Proponujemy rozważenie zastosowania pojęć wym. w art. 55 ust. 1 pkt 4 i 62 ust. 1 pkt 3 Pzp, co postawiłoby wyraźniejszą granicę rodzajową takich zamówień. Nie byłyby stąd objęte

takim wyłączeniem np. zwyczajne materiały czy komputery biurowe, ale byłyby np. wysokowydajne jednostki obliczeniowe. Taka propozycja zapisu może mieć większą szansę na utrzymanie:

„7a) zamówień i konkursów na dostawy, usługi lub roboty budowlane, udzielanych wyłącznie dla celów badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich ogłoszeń o zamówieniach na dostawy lub usługi i nie finansowanych w całości lub części ze środków pochodzących z budżetu Unii Europejskiej,”

Powyższa propozycja wyłącza zakupy wyłącznie do celów badawczych, zatem nie obejmuje innych zakupów. Na spotkaniach w PAU padały propozycje szeregu dodatkowych wyłączeń zakupów, których realizacja w ramach Pzp jest uznawana za szczególnie kłopotliwą i połączoną z marnowaniem czasu naukowców i środków publicznych (miejsca hotelowe, bilety lotnicze, organizacja konferencji etc.). Możliwość rozwiązania tej kwestii sygnalizowana w materiałach PAU to dopuszczalne w ramach dyrektywy wyłączenie stosowania Pzp do progów unijnych wobec określonej kategorii podmiotów, np. zdefiniowanych w ustawie o zasadach finansowania nauki „jednostek naukowych”. Takie ujęcie umożliwiłoby wyłączenie wszelkich zakupów dokonywanych przez te podmioty, co wraz z nową konstrukcją art. 32 ust. 2-2b usuwałoby znaczną część zagrożeń ze strony Pzp dla efektywności badań naukowych w Polsce.

2. Niejednoznaczna interpretacja wyłączenia usług naukowych spod Pzp (art. 4 pkt 3 lit. e)

Niejasność aktualnego tekstu legalnego skutkuje rozbieżnymi interpretacjami różnych instytucji kontrolnych, a biorąc pod uwagę stanowiska interpretacyjne wręcz narzuca stosowanie normy o innej treści, niż wyrażona w dyrektywie unijnej (*vide* opinia UZP nt. zamawiania usług naukowych a także opinia wyrażona w piśmie Prezesa UZP do Prezesa PAU z dn. 4.01.2013 r. w części dotyczącej wyłączenia usług naukowych o publikowanych rezultatach). W efekcie wiele instytucji naukowych boi się korzystać z tego wyłączenia, mimo że intencja dyrektywy unijnej jest jednoznaczna.

Jedną z możliwości doprecyzowania brzmienia art. 4 pkt 3 lit. e) Pzp jest przeniesienie z art. 16 lit. f Dyrektywy sformułowania o „odnoszeniu korzyści” jako przesłanki wyłączenia usług naukowo – badawczych, w miejsce aktualnie obowiązującego dowodu na własność rezultatu tych badań:

„e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych, pod warunkiem, że wykonanie badań lub prac nie jest wyłącznie finansowane przez zamawiającego, albo że korzyści z ich wyników nie odniesie wyłącznie zamawiający, w szczególności gdy rezultaty badań lub prac będą publicznie dostępne z możliwością dalszego wykorzystywania.”

W myśl powyższego sformułowania wszelkie usługi naukowe, których wyniki nie są zastrzeżone przez zamawiającego (wyniki są publicznie dostępne) nie podlegają PZP, co jest zgodne z intencją dyrektywy unijnej, tak obecnej jak i projektu nowej.

3. Sztywność procesu zamówień podlegających Pzp

Proces badawczy pozostaje w naszej ocenie w strukturalnym konflikcie z Pzp, gdyż obowiązek planowania zakupów z rocznym wyprzedzeniem paraliżuje wolność wyboru drogi badań. Proces badawczy ze swej natury wymaga podejmowania decyzji w czasie realizacji badań, nie poddaje się więc długofalowemu planowaniu. Procedury Pzp poważnie opóźniają dostawy towarów i usług niezbędnych w procesie badawczym. Podniesienie progów do progów unijnych rozwiąże ten konflikt dla małych instytucji naukowych, ale nie dla dużych uniwersytetów, które w wielu przypadkach nie będą w stanie korzystać z wyłączenia zawartego w art. 4 pkt 7a. Dlatego uelastycznienie procesu zamówień podlegających Pzp jest tak istotne z punktu widzenia efektywności badań.

Jednym ze sposobów zrealizowania w jakimś stopniu tego celu jest naszym zdaniem doprecyzowanie instytucji zamówień udzielanych w częściach, która w polskiej ustawie ujęta jest w art. 32 jako „zakaz dzielenia zamówień na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy”. Ponieważ w dyrektywie 2004/18/WE ten zakaz nie jest formułowany tak szeroko (art. 9), możliwa byłaby zapewne np. następująca zmiana brzmienia art. 32 Pzp:

ust. 2 otrzymuje brzmienie:

„2. Zamawiający może udzielić zamówienia o ustalonym zakresie w drodze odrębnych postępowań, jeżeli podział tego zamówienia na części jest możliwy, z zastrzeżeniem ust. 2a i 2b.”

po ust. 2 dodaje się ust. 2a i 2b w brzmieniu:

„2a. Z zastrzeżeniem art. 6a, zakazane są podziały robót budowlanych bądź podziały zamierzanego nabycia danej ilości usług lub podobnych dostaw, obiektywnie nieuzasadnione i prowadzące do niezastosowania przepisów ustawy.

2b. Zakazane jest zaniżanie wartości zamówienia prowadzące do niezastosowania przepisów ustawy.”

Proponowane sformułowanie eliminuje niefortunne pojęcie „działania w celu”, zapożyczone z prawa karnego, jasno wyłącza art. 6a spod zakazu dzielenia na części, co jest zgodne z zapisem w dyrektywie unijnej i zapewnia większą elastyczność zakupów, korzystną z punktu widzenia procesu badawczego oraz dopuszcza podział obiektywnie uzasadniony, zgodnie z projektem nowej dyrektywy.

Ponadto, ogranicza się w sposób jasny zakaz dzielenia na części, posługując się przeniesieniem, w zasadzie literalnym, zapisu art. 9 ust. 3 w zw. z art. 9 ust. 5 lit. b *ab initio* dyrektywy klasycznej, wraz z ujęciem legalnym instytucji zamówienia udzielanego w częściach.

4. Zbędne formalności przedłużające proces zakupu rzeczy wytwarzanych wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych i rozwojowych

Jednostkom naukowym Pzp umożliwia nabywanie w trybie negocjacji bez ogłoszenia rzeczy „wytwarzanych wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych i rozwojowych”. Jest to instytucja nie wykorzystywana szeroko, przede wszystkim z uwagi na zaliczenie tej przesłanki do trybu wymagającego zaproszenia pięciu, bądź w

szczególnych przypadkach minimum dwóch, wykonawców – art. 63 ust. 3 Pzp, podczas gdy w przypadku dostaw rzeczy wytwarzanych w celach badawczych na ogół nie ma konkurencji rynkowej.

W związku z tym, że dyrektywa klasyczna nie rozróżnia trybów negocjacji bez ogłoszenia i zamówienia z wolnej ręki, wydaje się zasadne przeniesienie tej przesłanki do art. 67 ust. 1 (nowy pkt 12) uprawniającego do zamówienia z wolnej ręki od jednego wykonawcy. Taka drobna regulacja w naszej ocenie może mieć pozytywny wpływ na efektywność procesu badawczego.

5. Bariera językowa przy zamawianiu dostaw i usług od wykonawców zagranicznych

Jednostki naukowe w swojej działalności często współpracują z placówkami i firmami zagranicznymi z uwagi na wciąż niedoskonały rynek specjalistycznych materiałów i aparatury w Polsce. Zamawianie od wykonawców zagranicznych dostaw i usług jest jednak w znaczący sposób ograniczone poprzez dopuszczanie wyjątku od zasady stosowania języka polskiego wyłącznie w odniesieniu do oświadczeń i dokumentów składanych w postępowaniu przetargowym wyłącznie przez wykonawców, zaś nie przez zamawiającego (art. 9 ust. 3 Pzp). Małe specjalistyczne firmy po prostu nie stają z powodu bariery językowej do przetargów w Polsce, co zmusza zamawiającego do poszukiwania polskich pośredników.

W związku z powyższym przedstawiamy pod rozważę wprowadzenie dodatkowego wyjątku od zasady języka polskiego wymienionego w tymże przepisie, np. w następującym brzmieniu:

„3. W szczególnie uzasadnionych przypadkach zamawiający może wyrazić zgodę na złożenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia, oświadczeń, oferty oraz innych dokumentów również w jednym z języków powszechnie używanych w handlu międzynarodowym lub w języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane, a także udostępnić wykonawcom całość lub część treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia odpowiednio w tym języku.”