

---

**OPRACOWANIE  
DOTYCZĄCE  
PROPONOWANYCH ZMIAN  
W PRAWIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH**

---

**DO: Narodowe Centrum Badań i Rozwoju**

**OD: Aldona Kowalczyk,  
radca prawny  
Prof. Andrzej Panasiuk  
Jan Roliński,  
adwokat**

**Warszawa, dnia 15 marca 2013 roku**

---

## SPIS TREŚCI

<b>1. ZWIĘKSZENIE PROGU BAGATELNOŚCI .....</b>	<b>5</b>
1.1. POSTULATY NAUKOWCÓW .....	5
1.2. PROPOZYCJA ZMIANY .....	6
1.3. UZASADNIENIE .....	6
1.4. PROPONOWANE BRZMIENIE .....	9
<b>2. PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA TRYBU Z WOLNEJ RĘKI.....</b>	<b>10</b>
2.1. DOSTAWY DO PRAC BADAWCZYCH, EKSPERYMENTALNYCH, NAUKOWYCH .....	10
2.2. ZAMÓWIENIA UZUPEŁNIAJĄCE .....	12
2.3. ZAKUPY OKAZYJNE.....	14
<b>3. WYŁĄCZENIE PRZEDMIOTOWE DLA BADAŃ NAUKOWYCH, PRAC ROZWOJOWYCH ORAZ USŁUG BADAWCZYCH .....</b>	<b>16</b>
3.1. POSTULATY NAUKOWCÓW .....	16
3.2. PROPOZYCJA ZMIANY .....	16
3.3. UZASADNIENIE .....	17
3.4. PROPONOWANE BRZMIENIE .....	19
<b>4. POZOSTAŁE PROBLEMY .....</b>	<b>20</b>
4.1. PODZIAŁ ZAMÓWIENIA NA CZĘŚCI.....	20
4.2. UNIEWAŻNIENIE POSTĘPOWANIA .....	20
4.3. ZWIĘKSZENIE ZAINTERESOWANIA PRZETARGAMI PRZEZ WYKONAWCÓW ZAGRANICZNYCH .....	21
4.4. WIARYGODNOŚĆ WYKONAWCY.....	23
4.5. NISKA JAKOŚĆ ZAMÓWIEŃ .....	24
<b>ZAŁĄCZNIK 1 PROGI BAGATELNOŚCI W KRAJACH UE .....</b>	<b>25</b>
<b>ZAŁĄCZNIK 2 PROJEKT ZMIAN USTAWY PZP .....</b>	<b>27</b>
<b>ZAŁĄCZNIK 3 UZASADNIENIE PROJEKTU ZMIAN USTAWY .....</b>	<b>29</b>

## ZAKRES MEMORANDUM

Niniejsze memorandum zostało przygotowane na zlecenie Narodowego Centrum Badań i Rozwoju („NCBR”) z siedzibą w Warszawie, przy ul. Nowogrodzkiej 47a, 00-695 Warszawa, na podstawie dokumentów przekazanych przez NCBR w dniu 14 lutego 2013 r., przez zespół ekspertów, którego członkami są: Aldona Kowalczyk, Andrzej Panasiuk oraz Jan Roliński.

Zakres memorandum został doprecyzowany w drodze korespondencji prowadzonej z przedstawicielami NCBR i obejmuje:

- (1) analizę Projektu Zmiany PZP oraz odniesienie się do postulatów Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego zawartych w piśmie z września 2012 r.,
- (2) analizę postulatów zawartych w Studium,
- (3) omówienie możliwych zmian PZP mających na celu minimalizację problemów opisanych w Studium,
- (4) propozycje brzmienia poszczególnych przepisów PZP,
- (5) uzasadnienie prawne proponowanych zmian.

Jednocześnie zaznaczamy, że Projekt Zmiany PZP stanowiący załącznik nr 2 do niniejszego memorandum ograniczyliśmy jedynie do takich propozycji zmian ustawy, które naszym zdaniem mają największe szanse na ich wprowadzenie do polskiego prawa zamówień publicznych.

## DEFINICJE

<b>Dyrektywa klasyczna</b>	Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi
<b>Dyrektywa sektorowa</b>	Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych
<b>Kodeks cywilny</b>	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (Dz. U. 1964.16.93)
<b>Komunikat Wyjaśniający Komisji</b>	„Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych” (2006/C 179/02)
<b>Postulaty naukowców</b>	problemy praktyczne powstające w związku ze stosowaniem PZP przez jednostki naukowe zidentyfikowane na podstawie Studium
<b>Projekt założeń</b>	Projekt założeń projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych ZD33 ( <a href="http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2240">http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;2240</a> )
<b>Projekt Zmiany PZP</b>	Projekt zmiany Prawa zamówień publicznych w celu usprawnienia funkcjonowania nauki w Polsce z dnia 6 grudnia 2012 r. (materiał na spotkanie PAU w Krakowie)
<b>PZP</b>	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 j.t.)
<b>Studium</b>	Studium przypadków szkodliwości ustawy PZP w sferze nauki
<b>TFUE</b>	Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE 2010 C 83)
<b>UE</b>	Unia Europejska
<b>Ustawa o finansach publicznych</b>	ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. 2009.157.1240)
<b>UZP</b>	Urząd Zamówień Publicznych

## 1. ZWIĘKSZENIE PROGU BAGATELNOŚCI

### 1.1. Postulaty naukowców

Projekt Zmiany PZP zawiera propozycję:

- a) podniesienia progu, od którego należy stosować PZP do wartości progów unijnych w przypadku zamówień udzielanych przez jednostki naukowe w rozumieniu art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki lub udzielanych na potrzeby tych jednostek przez inne podmioty zobowiązane do stosowania ustawy,
- b) podniesienia progu, od którego należy stosować PZP do 60.000 EUR dla zamówień udzielanych przez zamawiających innych niż wskazani w punkcie a) powyżej,
- c) wprowadzenia obowiązku udzielania zamówień o wartościach niższych niż wskazane w punkcie a) i b) powyżej a wyższych niż 10.000 EUR w drodze przetargu lub negocjacji w rozumieniu Kodeksu cywilnego, przy jednoczesnym zastosowaniu zasad PZP, tj. zasad uczciwej konkurencji, jawności i pisemności.

Projekt Zmiany PZP zawiera dodatkowo regulację, zgodnie z którą Rada Ministrów określi w drodze rozporządzenia minimalne wymagania związane z organizowaniem przetargu lub negocjacji, o których mowa w punkcie c) powyżej.

Naszym zdaniem powyższe propozycje są zbyt daleko idące, a ich wprowadzenie:

- a) niepotrzebnie komplikowałyby proces zakupowy poprzez wprowadzenie licznych procedur udzielania zamówień w zależności od ich wartości,
- b) nałożyłyby na instytucje zamawiające ograniczenia, które nie występują w obecnym stanie prawnym, tj. obowiązek stosowania szczególnych procedur już przy udzielaniu zamówień o wartości przekraczającej 10.000 EUR (obecnie od wartości 14.000 EUR),
- c) prowadziłyby do znacznego uprzywilejowania jednej kategorii zamawiających, tj. jednostek naukowych względem innych grup zamawiających klasycznych<sup>1</sup>.

Uprzywilejowanie jednostek naukowych polegałoby na:

- a) wprowadzeniu dla nich, co do zasady, dwóch szczególnych procedur przy udzielaniu zamówień publicznych (od wartości 10.000 EUR i od progów unijnych), podczas gdy inni zamawiający musieliby stosować trzy różne procedury (od 10.0000 EUR, od 60.000 EUR i od progów unijnych),

---

<sup>1</sup> Propozycja Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego z września 2012 r. prowadziłyby do podobnych problemów tj. znacznego uprzywilejowanie określonego rodzaju zamówień udzielanych przez daną kategorię zamawiających. Ponadto propozycja ta przewiduje podniesienie progu bagatelności wyłącznie do kwoty 20.000 EUR, podczas gdy naszym zdaniem uzasadnione jest jego zwiększenie o większą wartość, także w odniesieniu do zamówień finansowanych ze środków pochodzących z budżetu UE.

- b) zdecydowanym uproszczeniu procedury udzielania przez nie zamówień w porównaniu do innych zamawiających klasycznych w szerokim przedziale wartościowym zamówień – od 60.000 EUR do 130.000 EUR.

Warto jeszcze zauważyć, że niektóre instytucje zamawiające wskutek wprowadzenia powyższych zmian stosowałyby w istocie nie trzy, a cztery procedury udzielania zamówień. Większość zamawiających publicznych wprowadza bowiem własne, wewnętrzne regulaminy udzielania zamówień o wartości poniżej progu bagatelności (obecnie poniżej 14.000 EUR) w celu zapewnienia zgodności wszelkich dokonywanych przez nie zakupów z obowiązkami wynikającymi z ustawy o finansach publicznych. Namnożenie progów oraz procedur udzielania zamówień publicznych będące konsekwencją przywołanych wyżej postulatów nie byłoby zatem zabiegiem pożądanym z punktu widzenia praktyki (wzrost obowiązków administracyjnych i problemów interpretacyjnych) oraz mogłoby znacznie utrudniać proces zakupowy, na co bezpośrednio zresztą wskazuje motyw 17 Dyrektywy klasycznej.

## **1.2. Propozycja zmiany**

W naszej ocenie możliwe i celowe jest podniesienie progu bagatelności stosowania PZP dla wszystkich zamawiających nawet do wartości 40.000 EUR.

Rozwagać można także ustalenie odrębnego, podwyższonego progu bagatelności dla określonej grupy zamawiających, tj. jednostek naukowych, przy założeniu jednak, że różnica w wartości tego progu oraz progu przewidzianego dla innych zamawiających nie będzie prowadzić do ich znacznego czy niezasadnego uprzywilejowania oraz naruszenia zasad udzielania zamówień przewidzianych w prawie wspólnotowym.

Naszym zdaniem propozycja podniesienia progu bagatelności o jednakową wartość dla wszystkich zamawiających ma jednak większe szanse powodzenia. W żadnej bowiem ze znanych nam jurysdykcji europejskich nie wprowadzono rozwiązania polegającego na wyodrębnieniu szczególnego progu bagatelności dla jednej kategorii zamawiających klasycznych.

## **1.3. Uzasadnienie**

Zasady udzielania zamówień publicznych określone w Dyrektywie klasycznej oraz Dyrektywie sektorowej mają zastosowanie do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, tzn. wartości wskazane w art. 11 ust. 8 PZP. Jakkolwiek, zgodnie z Komunikatem Wyjaśniającym Komisji, udzielanie zamówień o wartości niższej od progów unijnych również powinno odbywać się z poszanowaniem zasad TFUE, w szczególności swobody przepływu towarów (art. 28 TFUE), prawa przedsiębiorczości (art. 43 TFUE), swobody świadczenia usług (art. 49 TFUE), niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Z treści Komunikatu Wyjaśniającego Komisji wynika jednocześnie, że zasady traktatowe powinny mieć zastosowanie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego, tj. zamówień, których znaczenie gospodarcze jest na tyle istotne, że zwróciłyby one zainteresowanie wśród

wykonawców z innych państw członkowskich. Państwa członkowskie, kierując się powyższą wskazówką, powinny ustalić odpowiedni próg wartościowy dla zamówień, którego przekroczenie zobowiązuje zamawiających do stosowania przy ich udzielaniu zasad traktatowych (tzw. „próg bagatelności”). W Polsce próg ten wynosi obecnie 14.000 EUR. Z Projektu Założeń wynika, że planowane jest podwyższenie jego wartości do kwoty 20.000 EUR, jednak wyłącznie dla zamówień innych niż współfinansowane ze środków UE.

W innych państwach członkowskich UE próg wartościowy, od którego do udzielania zamówień publicznych stosuje się akty krajowe oparte o regulacje europejskie, sięga nawet do wartości **250.000 EUR** i wynosi przykładowo:

- 250.000 EUR lub 100.000 EUR w Hesji,
- 100.000 EUR w kilku landach niemieckich, tj. Hamburgu, Meklemburgii-Pomorzu Przednim, Nadrenii Północnej- Westfalii, Nadrenii Palatynacie, Saarze, Szlezwiku- Holsztynie,
- 70.000 EUR w Danii,
- 40.000 EUR dla dostaw i usług oraz 120.000 EUR dla robót budowlanych w Republice Czeskiej,
- 30.000 EUR dla dostaw i usług oraz 120.000 EUR dla robót budowlanych na Słowacji,
- 26.666 EUR dla dostaw i usług oraz 50.000 EUR dla robót budowlanych na Węgrzech,
- 18.000 EUR w Hiszpanii,
- 15.000 EUR w Rumunii i Francji (przy czym we Francji trwają prace legislacyjne mające na celu podwyższenie omawianego progu do 90.000 EUR)<sup>2</sup>.

Porównanie powyższych kwot prowadzi do wniosku, że próg bagatelności przewidziany w PZP jest **jednym z najniższych w Europie**. Warto zwrócić uwagę na okoliczność, że polski próg 14.000 EUR mający zastosowanie do wszystkich zamówień klasycznych znacznie odbiega od progów przewidzianych dla takich zamówień w innych sąsiadujących z Polską państwach europejskich, zwłaszcza w zakresie robót budowlanych (różnica z progami obowiązującymi w Czechach i Słowacji dla robót budowlanych wynosi aż 106.000 EUR). Zwiększenie tego progu jest więc jak najbardziej zasadne. Możliwe też wydaje się wprowadzenie odmiennych progów w zależności od przedmiotu zamówienia, jakkolwiek dla rozwoju nauki i innowacyjności największe znaczenie ma podniesienie progu dla zamówień na usługi i dostawy.

---

<sup>2</sup>Porównaj załącznik nr 1 do niniejszego memorandum.

Aktualny próg 14.000 EUR powinien zostać podwyższony co najmniej do wartości przyjętych w krajach o podobnym stopniu rozwoju i zbliżonych uwarunkowaniach gospodarczych, czyli Czech i Słowacji – tj. 30.000 lub 40.000 EUR.

W przypadku takiego zwiększenia progu niewykluczone wydaje się nam także wprowadzenie odrębnego, jeszcze wyższego progu bagatelności dla zamówień udzielanych przez jednostki naukowe. Nie powinno to jednak prowadzić do znacznego ich uprzywilejowania względem pozostałych grup zamawiających.

Ustalenie szczególnego progu bagatelności dla jednostek naukowych wymagałoby więc przeprowadzenia szczegółowej analizy wartościowej i przedmiotowej udzielanych przez nie zamówień. Analiza ta pozwoliłaby wyznaczyć granice uprzywilejowania koniecznego do zapewnienia wzrostu innowacyjności w Polsce, co jest jednym z celów Długookresowej Strategii Rozwoju Kraju z 2012 r.<sup>3</sup>

Jak wynika z praktyki, stosowanie PZP niejednokrotnie prowadzi do zbędnego wydłużania procesów badawczych wymagających szybkiej reakcji i stoi na przeszkodzie rozwojowi techniki. Zasady udzielania zamówień określone w prawie unijnym, dążąc do zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencyjności na rynkach wewnętrznych i przejrzystości procedur nie zawsze prowadzą do zamierzonych rezultatów w dziedzinie nauki. Zasady te nie uwzględniają w wystarczającym stopniu potrzeb instytucji prowadzących prace badawcze i rozwojowe oraz specyfiki udzielanych przez nie zamówień, w szczególności potrzeby szybkiej reakcji oraz nieprzewidywalności przeprowadzanych procesów. Zidentyfikowanie barier w zakresie rozwoju nauki, jakie tworzy PZP, powinno prowadzić do zapewnienia mechanizmów likwidujących te bariery, jakkolwiek tylko w zakresie koniecznym do osiągnięcia zamierzonych celów.

Podwyższenie progu bagatelności dla zamówień jednostek naukowych znajduje dodatkowe uzasadnienie w postulatach Komisji Europejskiej dotyczących badań naukowych i innowacji, z których wynika, że **„Państwa Członkowskie muszą zreformować i wzmocnić publiczne systemy badań naukowych i innowacji, ułatwić rozwiązywanie partnerstw publiczno-prywatnych, zapewnić sprzyjające otoczenie regulacyjne, wspierać rozwój [wspomagających] rynków finansowych oraz stwarzać atrakcyjne możliwości edukacji, kształcenia zawodowego i kariery”**<sup>4</sup>.

Nawiązując do propozycji przedstawionych w Projekcie Założeń warto zauważyć, że pozostawienie na dotychczasowym poziomie progu bagatelności w odniesieniu do zamówień współfinansowanych z UE wydaje się nie być uzasadnione, zwłaszcza w odniesieniu do zamówień jednostek naukowych. Praktyka wskazuje, że realizacja PZP utrudnia im pełne wykorzystywanie możliwości, jakie dają środki finansowe uzyskiwane z UE. Otrzymanie przez jednostkę naukową pomocy finansowej na określony projekt badawczy uzależnione jest zwykle od krótkiego czasu jego

---

<sup>3</sup> Ministerstwo Administracji i Cyfryzacji, Polska 2030, Trzecia fala nowoczesności, Długookresowa Strategia Rozwoju Kraju, [https://mac.gov.pl/wp-content/uploads/2011/12/Polska2030\\_final\\_november2012.pdf](https://mac.gov.pl/wp-content/uploads/2011/12/Polska2030_final_november2012.pdf).

<sup>4</sup> Realizacja wspólnotowego programu lizbońskiego: komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego oraz Komitetu Regionów. Badania naukowe i innowacje jako inwestycje na rzecz wzrostu i wzrost zatrudnienia: wspólna koncepcja.



realizacji w związku ze ściśle ustalonym harmonogramem działań. Stosowanie PZP i przewidzianych w nim procedur, które znacznie wydłużają proces rozpoczęcia i zakończenia dofinansowanych prac, naraża instytucje naukowe na wynikające stąd negatywne konsekwencje, w tym utratę otrzymanej pomocy lub jej niepełne wykorzystanie. Jednocześnie warto zauważyć, że nawet w przypadku uzyskania dofinansowania na realizację projektu naukowego czy badawczego instytucja zamawiająca nie może skorzystać z wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt. 3 e) PZP, chyba że rezultaty nabytych usług w zakresie badań naukowych i rozwojowych nie będą stanowić jej wyłącznej własności. Jak wynika z opinii UZP dotyczącej wyłączenia stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, wyłączenie z art. 4 pkt. 3 e) PZP nie może mieć zastosowania w przypadku, gdy zamawiający w całości płaci za nabywane usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, nawet jeżeli środki, które na to przeznaczają pochodzą z uzyskanego dofinansowania<sup>5</sup>.

W związku z powyższym nie wydaje się celowe utrzymanie progu 14.000 EUR dla zamówień współfinansowanych z UE, przynajmniej w odniesieniu do instytucji naukowych.

Podwyższenie aktualnego progu bagatelności rozwiązałyby, przynajmniej w części, szereg problemów zidentyfikowanych dotychczas przez jednostki naukowe w związku ze stosowaniem PZP takich jak:

- (a) spowolnienie procesu badawczego<sup>6</sup>,
- (b) strata czasu naukowców poświęcanego na czynności administracyjne, tj. przygotowywanie dokumentacji przetargowej wymagającej specjalnej wiedzy,
- (c) brak możliwości pełnego wykorzystania dofinansowania projektów naukowych,
- (d) konieczność upubliczniania założeń badawczych przy okazji dokonywania drobnych zakupów<sup>7</sup>.

#### 1.4. Proponowane brzmienie

Art. 4

Ustawy nie stosuje się do:

---

<sup>5</sup><http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D:1554>, „Tak więc zamawiający może opłacać dane zamówienie zarówno ze środków własnych, jak i ze środków pozyskanych w związku z uzyskaniem kredytu, dotacji, środków pochodzących z Unii Europejskiej. Tym samym nie można uznać, iż spełniona została przesłanka dotycząca współopłacania zamówienia w sytuacji, gdy zamawiający uzyskał dofinansowanie zadania ze środków Unii Europejskiej, np. w formie dotacji rozwojowej, którą przewidywała ustawa o finansach publicznych z dnia 30 czerwca 2005 r. (Dz. U. z 2005 r. Nr 249, poz. 2104, z późn. zm.) obowiązująca do dnia 1 stycznia 2010 r., i wydatkował je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego. Jeśli zamawiający otrzymuje środki publiczne (np. z UE) na realizację projektu i wydatkuje je w związku z udzieleniem zamówienia publicznego, to należy przyjąć, iż zamówienie jest opłacane przez tegoż zamawiającego, nie zaś przez podmiot trzeci.”

<sup>6</sup> Przypadek 1, przykład 1 i 2, przypadek 2, przykład 3, 4 i 5, Studium.

<sup>7</sup>Przypadek 5, przykład 11 Studium.

8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 40.000 euro,

ewentualnie

8) zamówień i konkursów:

a) udzielanych przez jednostki naukowe w rozumieniu art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty  $[X] > 40.000$  euro, oraz

b) udzielanych przez innych zamawiających niż wskazani w punkcie a) powyżej, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 40.000 euro.

## **2. PRZESŁANKI ZASTOSOWANIA TRYBU Z WOLNEJ RĘKI**

### **2.1. Dostawy do prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych**

#### **2.1.1. Postulaty naukowców**

Studium wskazuje na problem instytucji naukowych wynikający z braku możliwości skorzystania przez nie z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki zwłaszcza w przypadku, gdy przedmiot zamówienia, w celu uzyskania odpowiedniego rezultatu badawczego, powinien być dostarczony przez jednego, konkretnego wykonawcę<sup>8</sup>.

Obecnie, zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt. 1 PZP, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli m.in. dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę:

- (a) z przyczyn technicznych o obiektywnym charakterze,
- (b) z przyczyn związanych z ochroną praw wyłącznych, wynikających z odrębnych przepisów,
- (c) w przypadku udzielania zamówienia w zakresie działalności twórczej lub artystycznej.

Przesłanka ta podlega ścisłej wykładni. Z orzecznictwa wynika, że znajdzie ona uzasadnienie przede wszystkim w przypadku nabywania towarów czy usług od monopolistów, kiedy zarówno na rynku krajowym jak i zagranicznym nie ma innego wykonawcy mogącego dostarczyć określony przedmiot zamówienia. Taka interpretacja powyższego przepisu w praktyce wyłącza możliwość zastosowania trybu z wolnej ręki przez jednostki naukowe, w sytuacji, w której przedmiot zamówienia powinien pochodzić z określonego źródła (np. od dotychczasowego dostawcy) jednak na rynku istnieją też inni wykonawcy mogący dostarczyć taki sam, choć nie identyczny przedmiot. Problem ten dotyczy przede wszystkim zamówień na dostawy, głównie odczynników, które pomimo takiej samej nazwy oraz poziomu czystości różnią się między sobą z uwagi na inne właściwości. Różnice te nierzadko prowadzą do otrzymania niewłaściwych wyników prowadzonego badania.

---

<sup>8</sup> Przypadek 6, przykład 12 Studium.

### 2.1.2. Propozycja zmiany

Naszym zdaniem wskazany wyżej problem mogłoby częściowo rozwiązać wprowadzenie do trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki aktualnej przesłanki udzielenia zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia, o której mowa w art. 62 ust. 1 pkt. 3 PZP<sup>9</sup>. Ułatwiłoby to instytucjom naukowym udzielanie zamówień na dostawy nabywane w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, m.in. wtedy, gdy przedmiot zamówienia powinien pochodzić od konkretnego wykonawcy. Jednocześnie nie ma przeszkód prawnych, aby przesłanka ta w identycznym brzmieniu, pozostała jedną z przesłanek stosowania trybu negocjacji bez ogłoszenia, przez co zamawiający mieliby większą elastyczność w zakresie wyboru odpowiedniego trybu udzielenia zamówienia w zależności od zidentyfikowanych potrzeb.

### 2.1.3. Uzasadnienie

Zgodnie z art. 62 ust.1 pkt 3 PZP zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia:

*„gdy przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju”<sup>10</sup>.*

Powyższa przesłanka stanowi implementację art. 31 pkt 2a) Dyrektywy klasycznej dotyczącego procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym procedura ta może być stosowana:

*„w przypadku zamówień publicznych na dostawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych; przepis ten nie obejmuje produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju”.*

Powyższa przesłanka równie dobrze może stanowić jedną z podstaw udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż w świetle prawa unijnego negocjacje bez ogłoszenia i wolna ręka stanowią ten sam tryb udzielania zamówień, tj. negocjacje bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o których mowa w art. 31 Dyrektywy klasycznej.

Polski ustawodawca, implementując do PZP procedurę negocjacji bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu podzielił ją na dwa odrębne tryby negocjacyjne – z jednym wykonawcą (wolna ręka) oraz z większą liczbą wykonawców (negocjacje bez ogłoszenia)<sup>11</sup>. Przesłanka dotycząca dostaw badawczych została przyporządkowana do trybu negocjacji bez ogłoszenia, jednak praktyka wskazuje, że w niektórych

---

<sup>9</sup> Propozycja ta jest zbliżona do rozwiązania sugerowanego przez Minister Nauki i Szkolnictwa Wyższego w piśmie z września 2012 r., przy czym jest dalej idąca, gdyż obejmuje także zamówienia o wartości przekraczającej progi unijne.

<sup>10</sup> Przesłanka ta ma również zastosowanie do zamówień sektorowych- art. 134 ust. 5 pkt 1) PZP i znajduje swoją podstawę w art. 40 ust. 3 pkt b) Dyrektywy sektorowej.

<sup>11</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r., KIO/KD 58/10.

sytuacjach będzie ona pełniej spełniała swoją rolę w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

#### **2.1.4. Proponowane brzmienie**

Art. 67

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

(...)

4a) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju<sup>12</sup>.

## **2.2. Zamówienia uzupełniające**

### **2.2.1. Postulaty naukowców**

Niejednokrotnie jednostki zamawiające, ze szczególnych względów technicznych, powinny dokonywać określonych zakupów u dotychczasowych dostawców. W razie potrzeby zwiększenia zakresu dostaw uzyskanych uprzednio od danego wykonawcy o dostawy tożsame rodzajowo, zamawiający mogą korzystać z możliwości jakie stwarza art. 67 ust. 1 pkt 7 PZP, czyli przewidzieć możliwość takich dostaw i udzielić ich z wolnej ręki określonemu wykonawcy. Wartość zamówień uzupełniających nie może obecnie przekroczyć 20% wartości zamówienia podstawowego.

Stosowanie wskazanego przepisu może łagodzić problem jednostek naukowych związany z koniecznością kontynuacji dostaw. Możliwa jest także modyfikacja wskazanego przepisu, która wpłynęłaby na zwiększenie zakresu jego zastosowania.

### **2.2.2. Propozycja zmiany**

Naszym zdaniem możliwe jest zwiększenie wartości zamówień uzupełniających na dostawy, jakich zamawiający może udzielić w trybie z wolnej ręki wykonawcy wybranemu poprzednio w trybie konkurencyjnym z 20% do np. 50% wartości zamówienia podstawowego.

### **2.2.3. Uzasadnienie**

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 7 PZP zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki:

*„w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub*

---

<sup>12</sup> Nadanie tej przesłance numeru 4a spowoduje, że na podstawie art. 134 ust. 6 pkt 1 PZP będzie ona miała jednocześnie zastosowanie do zamówień sektorowych, co jest zgodne z prawem unijnym..

ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”.

Udzielenie zamówienia uzupełniającego na dostawy jest więc aktualnie uzależnione od łącznego wystąpienia szeregu okoliczności:

- (a) pomiędzy udzieleniem zamówienia podstawowego i udzieleniem zamówienia uzupełniającego nie może upłynąć więcej niż 3 lata,
- (b) zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy dostaw, będących przedmiotem zamówienia podstawowego,
- (c) zamówienie podstawowe udzielone zostało w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- (d) zamówienie uzupełniające przewidziane było w siwz i w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego,
- (e) zamówienie uzupełniające dotyczy przedmiotu zamówienia określonego w siwz,
- (f) wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 20% wartości zamówienia podstawowego,
- (g) zamówienie uzupełniające polega na rozszerzeniu dostawy,
- (h) zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze sprzętu (np. maszyn)<sup>13</sup>.

Omawiany przepis stanowi implementację art. 31 punkt 2b) Dyrektywy klasycznej, z którego wynika, że procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalna także w przypadku:

*„dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji bieżącego użytku lub zwiększenie dostaw lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu; czas trwania takich zamówień nie może zasadniczo przekraczać 3 lat”.*

Z Dyrektywy klasycznej nie wynika maksymalny procent wartości zamówienia uzupełniającego na dostawy, jakiego można udzielić dotychczasowemu wykonawcy w procedurze negocjacyjnej bez ogłoszenia. W związku z powyższym możliwe i zgodne z prawem unijnym będzie zwiększenie wartości istniejącego ograniczenia procentowego z 20% do np. 50% (analogicznie jak w przypadku zamówień

---

<sup>13</sup> P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, Komentarz do art. 67, wyd. 3, Warszawa 2012, legalis.

uzupełniających na roboty budowlane i usługi i zamówień sektorowych na dostawy<sup>14</sup>), albo nawet jego zniesienie. Biorąc pod uwagę okoliczność, że brak jakiegokolwiek ograniczenia mógłby stanowić pole do nadużyć, za bardziej uzasadnione uważamy podwyższenie wskazanego progu. Pozwoliłoby to instytucjom zamawiającym, w niektórych wypadkach, na zapewnienie sobie szybszego dostępu do kolejnej partii dostaw, które ze szczególnych względów technicznych powinny zostać udzielone dotychczasowemu kontrahentowi.

Analiza przepisów obowiązujących w tym zakresie w innych państwach członkowskich prowadzi do wniosku, że proponowana zmiana byłaby jak najbardziej zasadna. Ograniczenia odpowiadające temu, które zastosował polski ustawodawca na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 7 PZP, nie przewidują akty regulujące procedury udzielania zamówień publicznych w innych krajach europejskich, tj. Francja<sup>15</sup>, Rumunia<sup>16</sup>, Niemcy<sup>17</sup>.

#### **2.2.4. Proponowane brzmienie**

##### *Art. 67*

*1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:*

*7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.*

### **2.3. Zakupy okazyjne**

#### **2.3.1. Postulaty naukowców**

Studium wskazuje na problem instytucji naukowych związany z brakiem możliwości dokonywania przez nie zakupów konkretnych odczynników po obniżonych cenach w związku z promocjami ogłaszanymi przez ich producentów. Promocje te trwają przez ograniczony czas, co wyklucza możliwość skorzystania z nich przez podmioty zobowiązane do stosowania PZP<sup>18</sup>. Problem ten dotyczy także zakupu biletów

---

<sup>14</sup> Porównaj art. 134 ust. 6 pkt 4 PZP.

<sup>15</sup> Art. 35 II ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

<sup>16</sup> Rozdział 6, art. 122 e) Rządowego rozporządzenia nr 34 z 19 kwietnia 2006 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane i usługi.

<sup>17</sup> Art. 3 punkt 4 e Regulacji w sprawie udzielania zamówień na publiczne dostawy i usługi z 20 listopada 2009 r.

<sup>18</sup> Przypadek 7, przykład 14 i 15 Studium.



lotniczych, które niejednokrotnie można nabyć poza przetargiem na znacznie korzystniejszych warunkach.

### **2.3.2. Propozycja zmiany**

Naszym zdaniem problem ten mogłoby rozwiązać, przynajmniej częściowo, wprowadzenie możliwości udzielenia zamówienia z wolnej ręki w przypadku tzw. zakupów okazyjnych – po szczególnie korzystnych cenach. Analogiczna przesłanka stanowi obecnie jedną z podstaw do skorzystania z trybu udzielenia zamówienia z wolnej ręki przez zamawiających sektorowych. Przesłanka ta nie została przewidziana na poziomie prawa unijnego dla zamówień klasycznych, w związku z czym możliwe wydaje się wprowadzenie jej wyłącznie w odniesieniu do zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej progów unijnych.

### **2.3.3. Uzasadnienie**

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt. 2 PZP zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

*„w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych”.*

Przepis ten stanowi implementację art. 40 ust. 3j) Dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym podmioty zamawiające mogą skorzystać z procedury bez uprzedniego ogłoszenia:

*„w odniesieniu do zakupów okazyjnych, gdy możliwe jest nabycie towarów po cenie znacznie niższej od zwykłych cen rynkowych, korzystającą ze szczególnie sprzyjających okoliczności, które mają miejsce w bardzo krótkim czasie”.*

Odpowiednia przesłanka nie została przewidziana na poziomie prawa unijnego dla zamówień innych niż sektorowe, dlatego też niezgodne z prawem wspólnotowym byłoby stosowanie jej dla zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Możliwe byłoby jednak wprowadzenie takiej przesłanki dla zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej tych progów.

Rozwiązanie to wydaje się być zgodne ze wskazówką zawartą w Komunikacie Wyjaśniającym Komisji, zgodnie z którą, określone w dyrektywach unijnych odstępstwa od zastosowania procedur bez uprzedniej publikacji mogą mieć odpowiednie zastosowanie do udzielania zamówień nieobjętych tymi dyrektywami ze względu na wartość.

Dodatkowo, wprowadzenie omawianej zmiany pozwoliłoby instytucjom zamawiającym na efektywniejsze gospodarowanie środkami publicznymi i pełniejsze wywiązywanie się z obowiązku celowego i oszczędnego ponoszenia wydatków publicznych nałożonego ustawą o finansach publicznych (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

#### 2.3.4. Proponowane brzmienie

Art. 67

1. Zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli zachodzi co najmniej jedna z następujących okoliczności:

5a) jeżeli w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych, o ile wartość tego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

### 3. WYŁĄCZENIE PRZEDMIOTOWE DLA BADAŃ NAUKOWYCH, PRAC ROZWOJOWYCH ORAZ USŁUG BADAWCZYCH

#### 3.1. Postulaty naukowców

Studium wskazuje na liczne problemy zamawiających związane ze stosowaniem art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP, zgodnie z którym ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, **które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności**<sup>19</sup>.

Jak pokazują doświadczenia w stosowaniu aktualnie obowiązującego wyłączenia nie tylko przez jednostki naukowe, ale też przez innych zamawiających, którzy zlecają wykonanie określonych usług badawczych (np. jednostki samorządu terytorialnego zlecające uniwersytetom określone badania chociażby z dziedziny nauk społecznych), problematyczne pozostają dwie kwestie:

- spełnienia przesłanki „opłacania” zamówienia w całości przez zamawiającego oraz
- alternatywnej przesłanki stanowiącej, że rezultaty prac badawczych nie stanowią „wyłącznej własności zamawiającego”.

#### 3.2. Propozycja zmiany

Naszym zdaniem możliwa jest zmiana obecnego brzmienia art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP polegająca na odniesieniu uregulowanego w nim wyłączenia do terminu „korzyści” a nie „własności”, co ułatwi jego stosowanie w praktyce i zlikwiduje powstające na jego tle wątpliwości interpretacyjne. W naszej ocenie wprowadzenie terminu „korzyści” wyeliminuje wątpliwości co do tego, że prace badawcze, których wyniki zostaną opublikowane i udostępnione do wykorzystania wszystkim zainteresowanym podmiotom będą mogły być nabywane poza reżimem PZP bez względu na sposób zapłaty wynagrodzenia na rzecz wykonawcy tych prac.

Jeżeli zaś chodzi o propozycję zmiany terminu „opłacanie” na „finansowanie” przedstawioną w Projekcie Zmiany PZP, to wydaje się ona zbędna i trudno by uznać, że jej wprowadzenie spowoduje odmienną interpretację tej przesłanki, zwłaszcza, że Dyrektywa klasyczna odwołuje się w art. 16 lit. f) właśnie do pojęcia

---

<sup>19</sup> Przypadek 5, przykład 11 Studium.



„opłacania/wypłaty wynagrodzenia”. Do takiego też pojęcia odwołują się inne państwa członkowskie implementujące do swoich porządków prawnych ten przepis.

Niezależnie od powyższego, proponujemy takie sformułowane art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP aby zasadą było wyłączenie stosowania PZP do usług badawczych i rozwojowych, zaś wyjątkiem stosowanie przepisów PZP tylko do takich usług, które są w całości opłacane przez zamawiającego oraz z których korzyści przypadają wyłącznie jemu (tj. np. wówczas gdy prace badawcze finansowane przez zamawiającego nie są udostępniane wszystkim zainteresowanym do użytku na potrzeby ich działalności). Do stosowania PZP nadal wymagane będzie łączne spełnienie ww. przesłanki opłacania oraz odnoszenia korzyści.

### 3.3. Uzasadnienie

Skorzystanie z wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP możliwe jest po spełnieniu łącznie następujących przesłanek:

- (a) przedmiotem zamówienia są usługi;
- (b) usługi polegają na wykonaniu „badań naukowych”, „prac rozwojowych” lub stanowią świadczenie „usług badawczych”;
- (c) usługi nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub też ich rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Sposób sformułowania ww. wyłączenia w ustawie PZP sprawia, że zasadą jest zamawianie usług badawczo-rozwojowych z zastosowaniem procedur zamówień publicznych. Jedynie zaś wyjątkowo ustawodawca krajowy zezwala na udzielanie tego rodzaju zamówień z pominięciem konkurencyjnych procedur w razie spełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie. Warto w tym miejscu wspomnieć, że poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych w art. 6 ust. 1 pkt. 4 lit. f) przewidywała generalne wyłączenie dla zamówień na usługi badawcze i rozwojowe, przewidując jedynie wyjątek dla tych usług badawczych i rozwojowych, których rezultaty służą wyłącznie na potrzeby własne zamawiającego.

Przepis art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP stanowi implementację art. 16 lit. f) Dyrektywy klasycznej, wedle którego **przepisami dyrektywy nie są objęte zamówienia publiczne na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, pod warunkiem, że usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą.** Konieczność wyłączenia spod regulacji dyrektywy klasycznej tego rodzaju usług podkreśla również pkt. 23 preambuły dyrektywy klasycznej, wskazując, że

**„dyrektywa nie powinna obejmować przypadków współfinansowania programów badawczych i rozwojowych; nie są w związku z tym objęte niniejszą dyrektywą zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, o ile usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą”.**

Preambuła odwołuje się również do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Regulacje Traktatu akcentują zaś potrzebę promowania działalności badawczej i rozwoju technologicznego, wskazując, że Wspólnota sprzyja przedsiębiorstwom (w tym małym i średnim), ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości, wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmiierzając w szczególności do umożliwienia przedsiębiorstwom pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy.

Powyższe wyłączenie jest co do zasady kontynuowane również w projekcie nowej dyrektywy klasycznej, niemniej zostało ono sformułowane w nieco odmienny sposób. Posługując się konkretnymi kodami ze Wspólnego Słownika Zamówień, w art. 13 ust. 1 projektowanej dyrektywy, wskazano, do jakich usług badawczo-rozwojowych dyrektywa znajduje zastosowanie, a do jakich się jej nie stosuje i pod jakimi warunkami, zgodnie z poniższym brzmieniem:

*„Niniejsza dyrektywa ma zastosowanie do zamówień publicznych na usługi badawcze i rozwojowe o kodach CPV od 73000000-2 do 73436000-7, z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7 lub 73220000-0, pod warunkiem, że spełnione są oba poniższe warunki:*

- (a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności;*
- (b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.*

*Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych na usługi badawcze i rozwojowe o kodach CPV 73000000-2 do 73436000-7, z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7 lub 73220000-0, w przypadku gdy nie jest spełniony jeden z warunków, o których mowa w akapicie pierwszym lit. a) lub b)”.*

Nadal zatem wyłączenie jest możliwe w razie, gdy nie jest spełniony jeden z dwóch alternatywnie wskazanych warunków odnoszących się do pojęcia „korzyści” przypadających wyłącznie instytucji zamawiającego oraz okoliczności „wypłacania” całości wynagrodzenia przez instytucję zamawiającą.

Porównanie obowiązującego przepisu PZP z aktualną oraz projektowaną dyrektywą klasyczną wskazuje, iż w odróżnieniu od prawa unijnego krajowy przepis odwołuje się do pojęcia „własności” rezultatów prac badawczo-rozwojowych. Pojęcie to jest węższe od pojęcia „korzyści” przypadających instytucji zamawiającej, do których odwołuje się prawo unijne. Akcentując kwestię prawa własności rezultatów prac, krajowy przepis wymaga, aby oprócz zamawiającego również inne podmioty posiadały możliwość rozporządzania tymi rezultatami jak właściciel. Użycie sformułowania „własność rezultatów” wprowadza niepotrzebne wątpliwości co do tego, czy pojęcie to rozumieć należy w sensie cywilistycznym (co oznaczałoby konieczność przeniesienia prawa własności na inne podmioty, np. w drodze sprzedaży lub darowizny), czy też jako czerpanie korzyści bez formalnego przeniesienia praw majątkowych (np. do wykorzystania metody badawczej, rozwiązania technologicznego, publikacji wyników badań, etc.). Tymczasem

dyrektywa klasyczna wyraźnie pomija kwestię własności i akcentuje element czerpania korzyści z rezultatów badań przez inne podmioty. W ślad za dyrektywą, podobnie kwestię tę regulują ustawodawstwa innych państw członkowskich, które również w odniesieniu do komentowanego wyłączenia posługują się pojęciem „korzyści”, a nie „własności”.

W świetle problemów sygnalizowanych w Studium wydaje się jednak, że poprawienie art.4 pkt. 3 lit e) PZP na wzór jego pierwowzoru z Dyrektywy klasycznej może nie zlikwidować wszystkich problemów środowiska naukowego związanych z zamawianiem usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych. Nadal bowiem częste mogą być przypadki zamówień niezbędnych do wykonania pewnego etapu badań, które będą finansowane wyłącznie przez zamawiających, a z których korzyści służyć będą bezpośrednio wyłącznie dalszym badaniom, wobec czego skorzystanie z wyłączenia z art. 4 pkt. 3 lit e) PZP byłoby co najmniej wątpliwe. Można by jednak rozważyć rozszerzenie zakresu wyłączenia również na zamówienia na usługi w zakresie badań i rozwoju nie spełniające warunków z art. 4 pkt. 3 lit e) PZP, pod warunkiem, że wartość takich zamówień nie przekraczałyby progów unijnych. Takie rozwiązanie nie naruszałoby materii regulowanej Dyrektywą klasyczną, choć nie należy zapominać, że zamawiający byłiby zobowiązani przy zamawianiu takich usług do stosowania zasad opisanych w Komunikacie Wyjaśniającym Komisji.

### 3.4. Proponowane brzmienie

Art. 4

*„Ustawy nie stosuje się do:*

*(...)*

*3) zamówień, których przedmiotem są:*

*(...)*

*e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług opłacanych w całości przez zamawiającego, z których korzyści przypadają wyłącznie temu zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności.*

ewentualnie:

Art. 4

*„Ustawy nie stosuje się do:*

*(...)*

*3) zamówień, których przedmiotem są:*

*(...)*

*e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług opłacanych w całości przez zamawiającego, z których korzyści przypadają wyłącznie temu zamawiającemu na potrzeby jego*

własnej działalności, i których wartość jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.

#### 4. POZOSTAŁE PROBLEMY

##### 4.1. Podział zamówienia na części

Studium wskazuje na problem środowiska naukowego związany z koniecznością planowania zamówień publicznych zgodnie z okresami budżetowania. Przedstawiciele nauki zwracają uwagę, że badania naukowe są procesem przynoszącym często trudne do przewidzenia rezultaty, wobec czego trudno jest zaplanować wydatki związane z ich prowadzeniem<sup>20</sup>.

W naszej ocenie, problemy przedstawione przez PAU wynikają jednak raczej z niewłaściwej interpretacji przepisów art. 32 ust. 2 oraz art. 6a PZP, zaś przepisy PZP nie stoją na przeszkodzie udzielaniu zamówień, na które zapotrzebowanie pojawiło się nagle w trakcie procesu badawczego. Zgodzić się jednak należy, że brzmienie art. 32 ust. 2 PZP rodzi rozliczne problemy interpretacyjne dotyczące szacowania wartości zamówienia oraz dopuszczalnego podziału zamówienia na części.

Propozycja nowelizacji art. 32 ust. 2 PZP powinna akcentować element „planowania”, tak jak to czyni Dyrektywa klasyczna w art. 9 ust. 3.

Przywołany wyżej przepis Dyrektywy klasycznej stanowi, że „*Żaden projekt budowlany ani żadne **planowane** nabycie  **pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy***”. W takim też duchu można by znowelizować art. 32 ust. 2 PZP.

Można więc w tym duchu rozważyć zmianę art. 32 ust. 2 PZP poprzez nadanie mu następującego brzmienia:

*„Zamawiający nie może rozdzielać zaplanowanych zamówień lub zaniżać ich wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy”.*

Mimo że takie rozwiązanie legislacyjne nie zmieniałoby raczej samego sposobu wykładni art. 32 ust. 2 PZP (wynikającego w dużej mierze z norm prawa unijnego i orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej), to jednak stanowiłoby wskazówkę i ułatwienie w praktycznym stosowaniu przepisu, który do tej pory z uwagi na swoje dość niefortunne brzmienie budził wątpliwości u zamawiających.

##### 4.2. Unieważnienie postępowania

Studium wskazuje na problem jednostek naukowych wynikający z braku możliwości unieważnienia postępowania w sprawie zamówienia publicznego nawet wtedy, gdy w trakcie jego prowadzenia potrzeba udzielenia zamówienia odpadła, np. wskutek uzyskania nieprzewidzianych rezultatów prowadzonych dotychczas badań zakup danego odczynnika okazał się zbędny<sup>21</sup>. Naszym zdaniem można

---

<sup>20</sup> Przypadek 2, przykład 3 i 4 Studium; przypadek 7, przykład 17 Studium.

<sup>21</sup> Przypadek 7, przykład 17 Studium.

rozważyć wprowadzenie dodatkowej przesłanki unieważnienia postępowania w przypadku, gdy w trakcie prowadzenia postępowania udzielenie zamówienia okazało się niezasadne – nie ograniczają nas tu bowiem unijne dyrektywy. Szanse na akceptację takich postulatów przez UZP oceniamy jednak stosunkowo nisko. Ponadto taka dodatkowa przesłanka w rzeczywistości nie rozwiązuje utrudnień sygnalizowanych w przekazanych nam materiałach, które wynikają przede wszystkim z samego faktu objęcia zamówień udzielanych przez jednostki naukowe reżimem PZP.

#### **4.3. Zwiększenie zainteresowania przetargami przez wykonawców zagranicznych**

Studium wskazuje na problem jednostek naukowych wynikający z niewielkiego zainteresowania przetargami ze strony wykonawców z zagranicy. Jak wynika z praktyki, niektóre zamówienia jednostek naukowych mogą być zrealizowane wyłącznie przez wykonawców zagranicznych, którzy z uwagi na publikację Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia wyłącznie w języku polskim oraz liczne bariery administracyjne, takie jak konieczność złożenia szeregu dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz załączenia ich tłumaczenia na język polski, nie wykazują zainteresowania uczestnictwem w organizowanych w kraju postępowaniach<sup>22</sup>.

W pierwszej kolejności wskazać należy, że w świetle aktualnie obowiązujących przepisów nie ma żadnych przeszkód, aby zamawiający publikował (np. na swojej stronie internetowej) dokumentację przetargową w języku innym niż język polski. Jak pokazuje praktyka wielu zamawiających tak właśnie postępuje. W tym też kontekście propozycja PAU dotycząca zmiany art. 9 ust. 3 PZP jest zbędna.

Ponadto, wydaje się, że wskazane wyżej bariery skutecznie zlikwiduje wprowadzenie do PZP rozwiązań przewidzianych w tym zakresie w Projekcie Założeń.

Projekt Założeń proponuje:

- (a) deregulację w zakresie dokumentów, jakich zamawiający może żądać od wykonawców,
- (b) wyeliminowanie przepisu umożliwiającego zatrzymanie wadliwych z uwagi na nieuzupełnienie dokumentów,
- (c) dopuszczenie możliwości składania dokumentów i oświadczeń wyłącznie w innym języku niż język polski,
- (d) wprowadzenie możliwości ogłoszenia o planowanych zamówieniach poniżej progów unijnych.

##### **Ad a)**

Zgodnie z Projektem Założeń, w przypadku przetargu nieograniczonego, negocjacji bez ogłoszenia oraz zapytania o cenę, na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia zamawiający nie będzie musiał żądać od wykonawców dokumentów

---

<sup>22</sup> Przypadek 1, przykład 1a Studium.

potwierdzających spełnianie przez nich warunków udziału w postępowaniu, a jedynie odpowiednich oświadczeń. Wymagane w postępowaniu dokumenty będzie musiał dostarczyć dopiero wykonawca, którego oferta zostanie wybrana jako najkorzystniejsza w terminie wskazanym w informacji o wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku niezłożenia tych dokumentów w przewidzianym terminie zamawiający będzie mógł wezwać do ich przedstawienia wykonawcę, który złożył drugą w kolejności najkorzystniejszą ofertę. Jedynym dokumentem, jaki wykonawca będzie musiał dostarczyć na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia o wartości przekraczającej progi unijne będzie odpis z rejestru karnego, gdyż jest to jedyna podstawa do wykluczenia wykonawcy wskazana w Dyrektywie klasycznej.

Zmiana ta z pewnością przyczyni się do zwiększenia zainteresowania przetargami przez wykonawców zagranicznych, usprawnienia całego postępowania oraz wprowadzi możliwość ustalania krótszych terminów na przygotowanie oferty z uwagi na zmniejszenie czasu potrzebnego do zgromadzenia dokumentacji wymaganej przed rozstrzygnięciem postępowania.

#### **Ad b)**

Projekt Założeń przewiduje także wyeliminowanie art. 46 ust. 4a PZP, zgodnie z którym zamawiający zatrzymuje wadium wraz z odsetkami, jeżeli wykonawca w odpowiedzi na wezwanie, o którym mowa w art. 26 ust. 3, nie złożył dokumentów lub oświadczeń, o których mowa w art. 25 ust. 1, lub pełnomocnictw, chyba że udowodni, że wynika to z przyczyn nieleżących po jego stronie.

W praktyce przepis ten prowadził do zatrzymywania wadium nawet w sytuacji niezuzupełnienia dokumentacji z przyczyn obiektywnie nie leżących po stronie wykonawcy. Jego nieumiejętne stosowanie tworzyło barierę w dostępie do zamówień publicznych, zwłaszcza ze strony mniejszych przedsiębiorców, którzy przed obawą utraty wadium rezygnowali z wzięcia udziału w postępowaniu. Likwidacja tego przepisu powinna wpłynąć na zwiększenie zainteresowania postępowaniami ze strony mniejszych przedsiębiorców, także zagranicznych, mogących ubiegać się o udzielenie danego zamówienia.

#### **Ad c)**

Jedną z podstawowych zasad prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego jest zasada prowadzenia go w języku polskim. Zamawiający może obecnie, jedynie w szczególnie uzasadnionych przypadkach, 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 języku kraju, w którym zamówienie jest udzielane.

Projekt Założeń przewiduje wprowadzenie zasady, zgodnie z którą zamawiający będzie mógł wyrazić zgodę na złożenie przez wykonawcę wskazanych wyżej dokumentów i oświadczeń wyłącznie w innym języku.

#### **Ad d)**



Projekt Założeń przewiduje wprowadzenie regulacji, która pozwoli zamawiającym na przekazanie do Biuletynu Zamówień Publicznych lub umieszczenie na swojej stronie internetowej ogłoszenia informacyjnego o planowanych zamówieniach poniżej progów unijnych. Umożliwi to wykonawcom, także zagranicznym, na uzyskanie wiedzy o planowanych zamówieniach na długo przed wszczęciem dotyczącego ich postępowania oraz może przyspieszyć proces przygotowywania się do wzięcia udziału w danym postępowaniu.

#### 4.4. Wiarygodność wykonawcy

Studium wskazuje na problem instytucji naukowych wynikający z braku możliwości posłużenia się przy wyborze wykonawcy, w postępowaniu prowadzonym w trybie PZP, kryterium wiarygodności, co zwłaszcza w przetargach na wybór laboratorium analitycznego, ma szczególne znaczenie<sup>23</sup>.

Problem powyższy wydaje się rozwiązywać art. 22 ust. 5 PZP wprowadzony ustawą z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, która weszła w życie w dniu 20 lutego 2012 r.

Zgodnie z nowym art. 22 ust. 5 PZP:

*„Warunki, o których mowa w ust. 1 (tj. warunki udziału w postępowaniu w zakresie wiedzy, doświadczenia, zdolności technicznych i finansowych- przyp. wł.), oraz opis sposobu dokonania oceny ich spełniania mają na celu zweryfikowanie zdolności wykonawcy do należytego wykonania udzielanego zamówienia. W postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia, którego przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, usługi lub roboty budowlane, zamawiający **może oceniać zdolność wykonawcy do należytego wykonania zamówienia w szczególności w odniesieniu do jego rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia.**”*

Jak wynika z § 1 ust. 4 nowego rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane z dnia 19 lutego 2013 r.:

*„W przypadku, o którym mowa w ust. 1 pkt 2 i 3, zamawiający może, w sposób obiektywny i niedyskryminacyjny, określić roboty budowlane, dostawy lub usługi, których dotyczy obowiązek wskazania przez wykonawcę w wykazie lub złożenia poświadczeń, **lub żądać wskazania w wykazie informacji o robotach budowlanych, dostawach lub usługach niewykonanych lub wykonanych nienależycie, w celu zweryfikowania rzetelności, kwalifikacji, efektywności i doświadczenia wykonawcy.**”*

Nowe przepisy wypełniają lukę dotychczasowych regulacji, które nie uwzględniały podstawowego celu prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego polegającego na wyborze rzetelnego wykonawcy dającego gwarancję należytego wykonania umowy.

---

<sup>23</sup>Przypadek 4, przykład 9 Studium.

Art. 22 ust. 5 PZP daje zamawiającemu możliwość zweryfikowania zdolności wykonawców do prawidłowej realizacji zamówienia, co powinno nie tylko podnieść jakość uzyskiwanych zamówień, ale także zapewnić ich dostawę od wiarygodnych i odpowiednio wykwalifikowanych podmiotów.

Zamawiający będzie mógł więc, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności oraz charakteru danego zamówienia, ustalić pewne wytyczne czy przesłanki, które uwzględni przy weryfikacji składanych przez wykonawców dokumentów, a których niespełnienie doprowadzi do wykluczenia wykonawcy z postępowania.

Nowe przepisy, właściwie wykorzystane, powinny zapewnić instytucjom naukowym możliwość wyeliminowania z postępowania na przeprowadzenie badań analitycznych tych laboratoriów, które nie dają gwarancji wykonania zamówienia w należyty sposób.

#### 4.5. Niska jakość zamówień

Studium wskazuje na problem instytucji naukowych wynikający z uzyskiwania w przetargach przedmiotów niskiej jakości, zwłaszcza w odniesieniu do materiałów biurowych (tonery do drukarek)<sup>24</sup>.

Problem powyższy mogłoby rozwiązać stosowanie przez instytucje zamawiające innych niż cena kryteriów wyboru takich jak, np. jakość. Możliwość taką przewiduje art. 91 PZP, zgodnie z którym:

*„Kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis oraz termin wykonania zamówienia.”*

Obowiązek stosowania ustawy o finansach publicznych przez jednostki naukowe, z której wynika nakaz wydatkowania środków publicznych w sposób celowy i oszczędny nie wyklucza możliwości posłużenia się przez nie innymi niż cena kryteriami wyboru wykonawcy. Wręcz przeciwnie, dokonanie zakupów o właściwej jakości wydaje się jak najbardziej wpisywać w zasady wynikające z powyższej ustawy.

Podsumowując, obowiązujące przepisy dają możliwość uzyskania w postępowaniu prowadzonym z zastosowaniem PZP produktów określonej jakości, w związku z czym nie widzimy potrzeby dokonywania w tym zakresie jakichkolwiek zmian.

---

<sup>24</sup> Przypadek 7, przykład 14 Studium.



## ZAŁĄCZNIK 1

### PROGI BAGATELNOŚCI W KRAJACH UE

KRAJ	PROGI, OD KTÓRYCH STOSUJE SIĘ KRAJOWE PRAWO ZAMÓWIENI PUBLICZNYCH	PODSTAWA PRAWNA
<b>Niemcy</b>	zróżnicowane w zależności od landów - nawet do 250.000 EUR, w tym <ul style="list-style-type: none"> <li>• <b>50.000 EUR</b> (Turyngia)</li> <li>• <b>75.00 EUR</b> (Dolna Saksonia)</li> <li>• <b>100.000 EUR</b> (Maklemburgia Pomorze Przednie, Saara, Hamburg, Nadrenia Północna – Westfalia, Szelzwik- Holsztyn)</li> <li>• <b>250.000 EUR lub 100.000 EUR</b> (Hesja)</li> </ul>	
	<b>40.000 EUR</b> – dla usług i dostaw  <b>120.000 EUR</b> – dla robót budowlanych	Ustawa – prawo zamówień publicznych nr 137/2006, artykuł 12 (3),  <i>Czech Act on Public Procurement (Act No 137/2006 Coll., as amended)</i>
<b>Słowacja</b>	<b>30.000 EUR</b> – dla usług i dostaw  <b>120.000 EUR</b> – dla robót budowlanych	Ustawa – prawo zamówień publicznych nr 25/2006, artykuł 4 punkt 4,  <i>Slovak Public Procurement Act (Act No 25/2006 Coll., as amended)</i>
	<b>26.666 EUR</b> – dla usług i dostaw  <b>50.000 EUR</b> – dla robót budowlanych	Ustawa CCIV r. o budżecie centralnym dla Węgier na rok 2013, Węgierski Dziennik Urzędowy z 18 grudnia 2012 r.  artykuł 67,  <i>Act CCIV of 2012 on the central budget of Hungary for the year 2013 as published in the Official Gazette (Magyar Közlöny) on December 18, 2012</i>
<b>Węgry</b>		

<p><b>Hiszpania</b></p>	<p><b>18.000 EUR</b></p>	<p>Rozporządzenie królewskie 3/2011, zatwierdzające jednolity tekst Ustawy o zamówieniach sektora publicznego, artykuł 138,  <i>Legislative Royal Decree 3/2011 of November 14, approving the merged text of the Public Sector Contracts Law</i></p>
<p><b>Rumunia</b></p>	<p><b>15.000 EUR</b></p>	<p>Rządowe zarządzenie nr 34 z 19 kwietnia 2006 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane i usługi, opublikowany w Rumuńskim Dzienniku Urzędowym nr 418 z 15 maja 2006 r., artykuł 19,  <i>The Government Emergency Ordinance no. 34 of 19 April 2006 regarding the awarding of public procurement contracts, public works concession contracts and services concession contracts, published in O.J.R. no. 418 from 15th of May 2006</i></p>
<p><b>Francja</b></p>	<p><b>15.000 EUR</b></p>	<p>Francuski kodeks zamówień publicznych – dekret nr 2006-975 z 1 sierpnia 2006 r.,  <i>French Public Procurement Code – decree Nr 2006-975 of August 1st, 2006</i></p>
<p><b>Polska</b></p>	<p><b>14.000 EUR</b></p>	<p>Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2010.113.759 j.t.), artykuł 4 pkt. 8</p>

## ZAŁĄCZNIK 2 PROJEKT ZMIAN USTAWY PZP

### Ustawa

#### z dnia [...] o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych

Art. 1. W ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759, z późn. zm.) wprowadza się następujące zmiany:

**(2) w art. 4:**

(a) pkt. 3 lit. e) otrzymuje brzmienie:

*e) usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, z wyjątkiem usług opłacanych w całości przez zamawiającego, z których korzyści przypadają wyłącznie temu zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności,*

(b) pkt 8 otrzymuje brzmienie:

*8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 40.000 euro,*

**(3) w art. 32 ustęp 2 otrzymuje brzmienie:**

*Zamawiający nie może rozdzielać zaplanowanych zamówień lub zaniżać ich wartości w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.*

**(4) w art. 67:**

(a) w ustępie 1 dodaje się punkt 4a) w brzmieniu:

*4a) przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju,*

(b) w ustępie 1 dodaje się punkt 5a) w brzmieniu:

*5a) jeżeli w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych, o ile wartość tego zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8.*

(c) w ustępie 1 pkt. 7 otrzymuje brzmienie:

*7) w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 50 % wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu*

*o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego.*

### **ZAŁĄCZNIK 3**

#### **UZASADNIENIE PROJEKTU ZMIAN USTAWY**

##### **(5) Zwiększenie progu bagatelności**

Zasady udzielania zamówień publicznych określone w Dyrektywie klasycznej oraz Dyrektywie sektorowej mają zastosowanie do zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne, tzn. wartości wskazane w art. 11 ust. 8 PZP. Jakkolwiek, zgodnie z Komunikatem Wyjaśniającym Komisji, udzielanie zamówień o wartości niższej od progów unijnych również powinno odbywać się z poszanowaniem zasad TFUE, w szczególności swobody przepływu towarów (art. 28 TFUE), prawa przedsiębiorczości (art. 43 TFUE), swobody świadczenia usług (art. 49 TFUE), niedyskryminacji i równego traktowania, przejrzystości, proporcjonalności i wzajemnego uznawania.

Z treści Komunikatu Wyjaśniającego Komisji wynika jednocześnie, że zasady traktatowe powinny mieć zastosowanie do zamówień, które są wystarczająco powiązane z funkcjonowaniem rynku wewnętrznego, tj. zamówień, których znaczenie gospodarcze jest na tyle istotne, że zwróciłyby one zainteresowanie wśród wykonawców z innych państw członkowskich. Państwa członkowskie, kierując się powyższą wskazówką, powinny ustalić odpowiedni próg wartościowy dla zamówień, którego przekroczenie zobowiązuje zamawiających do stosowania przy ich udzielaniu zasad traktatowych (tzw. „próg bagatelności”). W Polsce próg ten wynosi obecnie 14.000 EUR.

W innych państwach członkowskich UE próg wartościowy, od którego do udzielania zamówień publicznych stosuje się akty krajowe oparte o regulacje europejskie, sięga nawet do wartości 250.000 EUR i wynosi przykładowo:

- 250.000 EUR lub 100.000 EUR w Hesji,
- 100.000 EUR w części landów niemieckich tj. Hamburgu, Meklemburgii-Pomorzu Przednim, Nadrenii Północnej- Westfalii, Nadrenii Palatynacie, Saarze, Szlezwiku- Holsztynie,
- 70.000 EUR w Danii,
- 40.000 EUR dla dostaw i usług oraz 120.000 EUR dla robót budowlanych w Republice Czeskiej,
- 30.000 EUR dla dostaw i usług oraz 120.000 EUR dla robót budowlanych na Słowacji,
- 26.666 EUR dla dostaw i usług oraz 50.000 EUR dla robót budowlanych na Węgrzech,
- 18.000 EUR w Hiszpanii,
- 15.000 EUR w Rumunii i Francji (przy czym we Francji trwają prace legislacyjne mające na celu podwyższenie omawianego progu do 90.000 EUR),

Porównanie powyższych kwot prowadzi do wniosku, że próg bagatelności przewidziany w PZP jest jednym z najniższych w Europie. Warto zwrócić szczególną uwagę na okoliczność, że polski próg 14.000 EUR mający zastosowanie do wszystkich zamówień klasycznych znacznie odbiega od progów przewidzianych dla takich zamówień w innych sąsiadujących z Polską państwach europejskich w zakresie robót budowlanych (różnica wynosi aż 106.000 EUR). Zwiększenie tego progu jest więc jak najbardziej zasadne.

Aktualny próg 14.000 EUR powinien zostać podwyższony do wartości przyjętych w krajach o podobnym stopniu rozwoju i zbliżonych uwarunkowaniach gospodarczych, czyli Czech i Słowacji – tj. do 40.000 EUR.

## **(6) Udzielanie zamówień w trybie z wolnej ręki**

### **Dostawy do prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych**

Zgodnie z art. 62 ust.1 pkt 3 PZP zamawiający może udzielić zamówienia w trybie negocjacji bez ogłoszenia:

*„gdy przedmiotem zamówienia są rzeczy wytwarzane wyłącznie w celach badawczych, doświadczalnych lub rozwojowych, a nie w celu zapewnienia zysku lub pokrycia poniesionych kosztów badań lub rozwoju”.*

Powyższa przesłanka stanowi implementację art. 31 pkt 2a) Dyrektywy klasycznej dotyczącego procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z którym procedura negocjacji bez publikacji ogłoszenia może być stosowana:

*„w przypadku zamówień publicznych na dostawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych; przepis ten nie obejmuje produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju”.*

Powyższa przesłanka równie dobrze może jednak stanowić jedną z podstaw udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki, gdyż w świetle prawa unijnego negocjacje bez ogłoszenia i wolna ręka stanowią ten sam tryb udzielania zamówień, tj. negocjacje bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, o których mowa w art. 31 Dyrektywy klasycznej.

Polski ustawodawca, implementując do PZP procedurę negocjacji bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu podzielił ją na dwa odrębne tryby negocjacyjne – z jednym wykonawcą (wolna ręka) oraz z większą liczbą wykonawców (negocjacje bez ogłoszenia)<sup>25</sup>. Przesłanka dotycząca dostaw badawczych została przyporządkowana do trybu negocjacji bez ogłoszenia, jednak praktyka wskazuje, że w niektórych sytuacjach będzie ona pełniej spełniała swoją rolę w trybie udzielenia zamówienia z wolnej ręki.

---

<sup>25</sup> Uchwała Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 6 sierpnia 2010 r., KIO/KD 58/10.

## Zamówienia uzupełniające

Zgodnie z art. 67 ust. 1 pkt 7 PZP zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki:

*„w przypadku udzielania, w okresie 3 lat od udzielenia zamówienia podstawowego, dotychczasowemu wykonawcy dostaw, zamówień uzupełniających, stanowiących nie więcej niż 20% wartości zamówienia podstawowego i polegających na rozszerzeniu dostawy, jeżeli zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze, jeżeli zamówienie podstawowe zostało udzielone w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego, a zamówienie uzupełniające było przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu dla zamówienia podstawowego i jest zgodne z przedmiotem zamówienia podstawowego”.*

Udzielenie zamówienia uzupełniającego na dostawy jest więc aktualnie uzależniona od łącznego wystąpienia szeregu okoliczności:

- (a) pomiędzy udzieleniem zamówienia podstawowego i udzieleniem zamówienia uzupełniającego nie może upłynąć więcej niż 3 lata,
- (b) zamówienie udzielane jest dotychczasowemu wykonawcy dostaw, będących przedmiotem zamówienia podstawowego,
- (c) zamówienie podstawowe udzielone zostało w trybie przetargu nieograniczonego lub ograniczonego,
- (d) zamówienie uzupełniające przewidziane było w siwz i w ogłoszeniu dla zamówienia podstawowego,
- (e) zamówienie uzupełniające dotyczy przedmiotu zamówienia określonego w siwz,
- (f) wartość zamówienia uzupełniającego nie przekracza 20% wartości zamówienia podstawowego,
- (g) zamówienie uzupełniające polega na rozszerzeniu dostawy,
- (h) zmiana wykonawcy powodowałaby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby konieczność nabywania rzeczy o innych parametrach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność techniczną lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i dozorze sprzętu (np. maszyn)<sup>26</sup>.

Omawiany przepis stanowi implementację art. 31 punkt 2b) Dyrektywy klasycznej, z którego wynika, że procedura negocjacyjna bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest dopuszczalna także w przypadku:

*„dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji bieżącego użytku lub*

---

<sup>26</sup> P. Granecki, Prawo zamówień publicznych, Komentarz do art. 67, wyd. 3, Warszawa 2012, legalis;



*zwiększenie dostaw lub rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu; czas trwania takich zamówień nie może zasadniczo przekraczać 3 lat*".

Z Dyrektywy klasycznej nie wynika maksymalny procent wartości zamówienia dodatkowego na dostawy, jakiego można udzielić dotychczasowemu wykonawcy w procedurze negocjacyjnej bez ogłoszenia. W związku z powyższym możliwe i zgodne z prawem unijnym będzie zwiększenie wartości istniejącego ograniczenia procentowego z 20% do np. 50% (analogicznie jak w przypadku zamówień uzupełniających na roboty budowlane i usługi czy zamówień sektorowych na dostawy), albo nawet jego zniesienie. Biorąc pod uwagę okoliczność, że brak jakiegokolwiek ograniczenia mógłby stanowić pole do nadużyć, bardziej uzasadnione jest podwyższenie wskazanego progu. Pozwoliłoby to instytucjom zamawiającym, w niektórych wypadkach, na zapewnienie sobie szybszego dostępu do kolejnej partii dostaw, które ze szczególnych względów technicznych powinny zostać udzielone dotychczasowemu kontrahentowi.

Analiza przepisów obowiązujących w tym zakresie w innych państwach członkowskich prowadzi do wniosku, że proponowana zmiana jest jak najbardziej zasadna. Ograniczenia odpowiadające temu, które zastosował polski ustawodawca na gruncie art. 67 ust. 1 pkt 7 PZP nie przewidują akty regulujące procedury udzielania zamówień publicznych w innych krajach europejskich, tj. Francja<sup>27</sup>, Rumunia<sup>28</sup>, Niemcy<sup>29</sup>.

### **Zakupy okazyjne**

Zgodnie z art. 134 ust. 6 pkt. 2 PZP zamówienia sektorowego można udzielić w trybie zamówienia z wolnej ręki, jeżeli:

*„w związku z trwającymi przez bardzo krótki okres szczególnie korzystnymi okolicznościami możliwe jest udzielenie zamówienia po cenie znacząco niższej od cen rynkowych”*.

Przepis ten stanowi implementację art. 40 ust. 3j) Dyrektywy sektorowej, zgodnie z którym podmioty zamawiające mogą skorzystać z procedury bez uprzedniego ogłoszenia:

*„w odniesieniu do zakupów okazyjnych, gdy możliwe jest nabycie towarów po cenie znacznie niższej od zwykłych cen rynkowych, korzystającą ze szczególnie sprzyjających okoliczności, które mają miejsce w bardzo krótkim czasie”*.

Odpowiednia przesłanka nie została przewidziana dla zamówień innych niż sektorowe, dlatego też niezgodne z prawem unijnym byłoby stosowanie jej dla

---

<sup>27</sup> Art. 35 II ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

<sup>28</sup> Rozdział 6, art. 122 e) Rządowego rozporządzenia nr 34 z 19 kwietnia 2006 r. w sprawie udzielania zamówień publicznych, koncesji na roboty budowlane i usługi.

<sup>29</sup> Art. 3 punkt 4 e Regulacji w sprawie udzielania zamówień na publiczne dostawy i usługi z 20 listopada 2009 r.



zamówień klasycznych o wartości równej lub przekraczającej progi unijne. Możliwe jest jednak wprowadzenie takiej przesłanki dla zamówień klasycznych o wartości nieprzekraczającej tych progów.

Rozwiązanie to wydaje się być zgodne ze wskazówką zawartą w Komunikacie Wyjaśniającym Komisji, zgodnie z którą, określone w dyrektywach unijnych odstępstwa od zastosowania procedur bez uprzedniej publikacji mogą mieć odpowiednie zastosowanie do udzielania zamówień nieobjętych tymi dyrektywami ze względu na wartość.

Dodatkowo, wprowadzenie omawianej zmiany pozwoliłoby instytucjom zamawiającym na efektywniejsze gospodarowanie środkami publicznymi i pełniejsze wywiązywanie się z obowiązku celowego i oszczędnego ponoszenia wydatków publicznych nałożonego ustawą o finansach publicznych (art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych).

**(7) Wyłączenie przedmiotowe dla badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych**

Skorzystanie z wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP możliwe jest po spełnieniu łącznie następujących przesłanek:

- (a) przedmiotem zamówienia są usługi;
- (b) usługi polegają na wykonaniu „badań naukowych”, „prac rozwojowych” lub stanowią świadczenie „usług badawczych”;
- (c) usługi nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub też ich rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Sposób sformułowania ww. wyłączenia w ustawie PZP sprawia, że zasadą jest zamawianie usług badawczo-rozwojowych z zastosowaniem procedur zamówień publicznych. Jedynie zaś wyjątkowo ustawodawca krajowy zezwala na udzielanie tego rodzaju zamówień z pominięciem konkurencyjnych procedur w razie spełnienia przesłanek wskazanych w ww. przepisie. Warto w tym miejscu wspomnieć, że poprzednio obowiązująca ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o *zamówieniach publicznych* w art. 6 ust. 1 pkt. 4 lit. f) przewidywała generalne wyłączenie dla zamówień na usługi badawcze i rozwojowe, przewidując jedynie wyjątek dla tych usług badawczych i rozwojowych, których rezultaty służą wyłącznie na potrzeby własne zamawiającego.

Przepis art. 4 pkt. 3 lit. e) PZP stanowi implementację art. 16 lit. f) Dyrektywy klasycznej nr 2014/18/WE, wedle którego **przepisami dyrektywy nie są objęte zamówienia publiczne na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, pod warunkiem, że usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą.** Konieczność wyłączenia spod regulacji Dyrektywy klasycznej tego rodzaju usług podkreśla również motyw 23 preambuły Dyrektywy klasycznej, wskazując, że

**„dyrektywa nie powinna obejmować przypadków współfinansowania programów badawczych i rozwojowych; nie są w związku z tym objęte niniejszą dyrektywą zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, o ile usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą”.**

Preambuła odwołuje się również do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Regulacje Traktatu akcentują zaś potrzebę promowania działalności badawczej i rozwoju technologicznego, wskazując, że Wspólnota sprzyja przedsiębiorstwom (w tym małym i średnim), ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości, wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmiierzając w szczególności do umożliwienia przedsiębiorstwom pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy.

Powyższe wyłączenie jest co do zasady kontynuowane również w projekcie nowej dyrektywy klasycznej. Chociaż zostało ono sformułowane tam w nieco odmienny sposób, to nadal wyłączenie jest możliwe w razie, gdy nie jest spełniony jeden z dwóch alternatywnie wskazanych warunków odnoszących się do pojęcia „korzyści” przypadających wyłącznie instytucji zamawiającej, oraz okoliczności „wyplacania” całości wynagrodzenia przez instytucję zamawiającą.

Porównanie obowiązującego przepisu PZP z aktualną oraz projektowaną dyrektywą klasyczną wskazuje, iż w odróżnieniu od prawa unijnego nasz krajowy przepis odwołuje się do pojęcia „własności” rezultatów prac badawczo-rozwojowych. Pojęcie to jest węższe od pojęcia „korzyści” przypadających instytucji zamawiającej, do których odwołuje się prawo unijne. Akcentując kwestię prawa własności rezultatów prac, nasz krajowy przepis wymaga, aby oprócz zamawiającego również inne podmioty posiadały możliwość rozporządzania tymi rezultatami jak właściciel. Użycie sformułowania „własność rezultatów” wprowadza niepotrzebny spór co do tego, czy pojęcie to rozumieć należy w sensie cywilistycznym (co oznaczałoby konieczność przeniesienia prawa własności na inne podmioty, np. w drodze sprzedaży lub darowizny), czy też jako czerpanie korzyści bez formalnego przeniesienia praw majątkowych (np. do wykorzystania metody badawczej, rozwiązania technologicznego, publikacji wyników badań, etc.). Tymczasem dyrektywa klasyczna wyraźnie pomija kwestię własności i akcentuje element czerpania korzyści z rezultatów badań przez inne podmioty.

#### **(8) Zakazany podział zamówienia na części**

Propozycja nowelizacji art. 32 ust. 2 PZP akcentuje element „*planowania*”, tak jak to czyni Dyrektywa klasyczna nr 2004/18/WE w art. 9 ust. 3, zgodnie z którym „*żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być dzielone z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy*”.

Pozwoli to wyeliminować problemy interpretacyjne dotyczące tego przepisu, z którymi aktualnie borykają się zamawiający.