

**Projekt zmiany Prawa zamówień publicznych
w celu usprawnienia funkcjonowania nauki w Polsce**

Projekt zmian tekstu ustawy

U S T A W A
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:

1) w art. 4:

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

"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."

b) dodaje się pkt 14 w brzmieniu:

„14) zamówień i konkursów 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, udzielanych przez uczelnie i jednostki naukowe w rozumieniu art. 2 pkt 9 i 10 ustawy z dn. 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. nr 96 poz. 215 z późn. zm.) lub udzielanych na ich potrzeby przez inne podmioty zobowiązane do stosowania ustawy.”

c') pkt 8 otrzymuje brzmienie:

„8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro.”

(1a') dodaje się art. 6b w brzmieniu:

„6b. 1. Zamówień wymienionych w art. 4 pkt 8 i 14, o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 euro, zamawiający udziela w drodze przetargu lub negocjacji, o których mowa w dziale II tytułu IV ustawy z dn. 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

2. Do zamówień, o których mowa w ustępie poprzedzającym, stosuje się odpowiednio art. 7 – 9 niniejszej ustawy.

3. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, minimalne wymagania, jakim odpowiadać powinno ogłoszenie o przetargu, o którym mowa w ust. 1 oraz jego warunki a także ogłoszenie o konkursie o wartości nie przekraczającej kwot wym. w art. 4 pkt 8 i 14, okoliczności uprawniające zamawiających do udzielenia zamówienia wymienionego w ust. 1 w drodze negocjacji, wymagania dotyczące publikacji ogłoszeń oraz minimalne wymogi, jakie spełniać powinny wewnętrzne przepisy regulujące zasady udzielania tych zamówień i konkursów – uwzględniając normy przepisów odrębnych oraz mając na względzie zasady wynikające z ustawy o finansach publicznych, konieczność zapewnienia zasad, o których mowa w ust. 2 poprzez publikację ogłoszeń o zamówieniu w Internecie, opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób racjonalnie wyczerpujący, zakaz dyskryminacji z powodu przynależności państwowej, zachowanie możliwych do dotrzymania terminów i poprzez nakaz obiektywnego podejścia do oferentów a także mając na względzie zapewnienie sprawnego funkcjonowania podmiotów zobowiązanych do stosowania rozporządzenia.”

2) w art. 32:

a) 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.”

b) 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 w 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.”

Art. 2. 1. Do postępowań o udzielenie zamówienia wszczętych, a niezakończonych przed dniem wejścia w życie ustawy, stosuje się przepisy dotychczasowe.

2. Do umów w sprawach zamówień publicznych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.

Art. 3. Ustawa wchodzi w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

Uwagi po trzeciej sesji w PAU (17 stycznia 2012 r.)

W stosunku do pierwotnego brzmienia projektu:

1. Podtrzymano postulat doprecyzowania art. 4 pkt 3 lit. e poprzez przeniesienie sformułowań o „odnoszeniu korzyści” jako przesłanki wyłączenia usług naukowo –

badawczych w miejsce dowodu na własność rezultatu tych badań. Uważa się, że niejasność tekstu legalnego nie tylko wprowadza zamęt w funkcjonowaniu systemów udzielania zamówień w jednostkach naukowych, ale wręcz narzuca stosowanie normy o innej treści, niż wyrażona w tekście ustawowym (*vide* opinia UZP nt. zamawiania usług naukowych a także opinia wyrażona w piśmie Prezesa UZP z dn. 4.01.2013 r. w części dotyczącej wyłączenia usług naukowych o publikowanych rezultatach).

2. Oceniana przez Prezesa UZP jako zbyt daleko idąca propozycja wyłączenia wszelkich zamówień (w tym na roboty budowlane) do wartości unijnych, udzielanych przez jednostki naukowe, została ograniczona do kwot 130/200 tys. euro.
3. Podtrzymuje się, jako możliwego do rozważenia w pracach legislacyjnych, wprowadzenie drugiego, wewnątrz krajowego progu ustawowego (60 tys. euro), pozwalającego na stosowanie procedur uproszczonych z zachowaniem minimalnych wymogów określonych stosownym rozporządzeniem, według komunikatu wyjaśniającego Komisji Europejskiej.
4. Zdecydowanie zachowany, z pewnymi modyfikacjami, pozostaje postulat regulacji instytucji „zamówień udzielanych w częściach”, które w obecnej ustawie ujęte są wyłącznie w regulacji „zakazu dzielenia na części w celu niestosowania ustawy”. Postawienie w tekście legalnym granicy „łączenia” poprzez wskazanie jako „jednego” zamówienia takich podobnych części, które mają ustalony w danym momencie zakres, wyeliminuje niepewność obrotu prawnego, a także przeniesie w sposób bardziej dokładny zakazy dzielenia wyrażone w dyrektywie klasycznej.

Komentarz

Na podstawie referatu na sesji w Polskiej Akademii Umiejętności w dn. 8.10.2012 r. oraz według zaprezentowanego tamże uzasadnienia do projektu ustawy.

Polskie prawo przetargowe, jak powszechnie wiadomo wśród osób mających styczność z gospodarowaniem środkami publicznymi, jest prawem sformalizowanym i legislacyjnie niedoskonałym. W środowiskach naukowych w ostatnich latach utrwała się przekonanie, że jest ono poważną przyczyną utrudnień w funkcjonowaniu nauki. Kolejne nowelizacje doprowadziły ten akt prawny, o znaczeniu fundamentalnym dla działalności jednostek sektora finansów publicznych, do znacznego skomplikowania i rozbieżności pojęć, uniemożliwiającej przyjęcie pewnej i zrozumiałej interpretacji, co komplikuje i czasami wręcz torpeduje zarządzanie.

Prawo zamówień publicznych obowiązuje każdą jednostkę sektora finansów publicznych i inną, finansowaną ze źródeł publicznych. Zaliczają się do nich zarówno urzędy administracyjne, specjalistyczne, jak i szkoły wyższe, PAU i PAN a także instytuty badawcze. Można więc rzec, że w praktyce zrównuje tym samym ustawodawca co do formalnych obowiązków przetargowych zakup środków czystości dla potrzeb urzędu gminy z dostawą innowacyjnej aparatury badawczej dla instytutu naukowego. Zasadność takiego rozwiązania jest wątpliwa, biorąc pod uwagę odmiennność potrzeb takich jednostek, rodzaj rynku, do którego przetarg jest skierowany, a nawet skalę tzw. ryzyka korupcyjnego, skoro pracownicy naukowcy odpowiadają przede wszystkim za swoje badania i pod ich kątem formułują założenia do zakupów.

Mnogość sankcji za naruszenie rozmaitych przepisów prawa zamówień publicznych (począwszy od kar finansowych, poprzez zwrot dofinansowań unijnych, aż do sankcji z tytułu naruszenia dyscypliny finansów publicznych dla osób odpowiedzialnych) powoduje, że polska nauka - zapętlona obowiązkami biurokratycznymi, sporządzaniem nie dyskryminacyjnych opisów przedmiotów zamówienia oraz faktycznych i prawnych uzasadnień wyboru trybu innego niż przetarg, potem oczekująca na wyniki przetargów, odwołań, skarg i kontroli - sprowadzona zostaje do roli kolejnego, obok administracji publicznej, narzędzia urzędniczego do wydatkowania środków budżetowych. Cóż z tego, że transparentnie i "konkurencyjnie", skoro efekty bywają opłakane a opóźnienie za ośrodkami zachodnimi nie maleje.

Ustawa przetargowa wymaga zdecydowanego przepracowania i dostosowania do realiów gospodarczych i potrzeb społecznych nieco innych niż te, w których założenia do niej powstawały. Jawność gospodarowania groszem publicznym, równe traktowanie i konkurencja, czyli naczelną zasady ustawy, są niewątpliwie fundamentalnymi i dyskusji podlegać nie mogą, ale nie są jedynymi celami, jakie realizują jednostki sektora finansów publicznych i jedynymi kryteriami, według których oceniać należy gospodarowanie budżetem, zaś prawo przetargowe być jedynie powinno, przy zachowaniu wspomnianych zasad, przede wszystkim jak najdogodniejszym narzędziem do realizacji rzeczywistych, materialnych celów, dla których środki publiczne się wydatkuje. Nie można bowiem uznać za dobre takiego prawa, do którego poprawnej wykładni i stosowania zdolnych jest w skali kraju kilkudziesięciu wykwalifikowanych specjalistów, bądź jeden urząd tym prawem się zajmujący, wobec ilości zamówień udzielanych przez cały sektor publiczny.

W duchu powyższych spostrzeżeń, wyrażanych powszechnie przez środowiska naukowe, przygotowano przedstawiony poniżej projekt nowelizacji kilku przepisów ustawy, wprowadzający częściowo rozwiązania nowe, a w części mający na celu uporządkowanie pewnych zasadniczych instytucji ustawowych. Podkreślić należy, że stanowi on wyłącznie drobną część postulatów *de lege ferenda*, jakie mogą nasunąć się w praktyce stosowania Prawa zamówień publicznych. Ich uwzględnienie byłoby na pewno dobrym krokiem w kierunku usprawnienia funkcjonowania polskiej nauki, a w przypadku niektórych regulacji, także całego aparatu państwowego.

I. Nadanie art. 4 pkt 3 lit. e brzmienia następującego:

(ustawy nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są...)

"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."

1. Przepis ten uznaje się za umożliwiający naukowcom zakupy z pominięciem ustawy i w powszechnym mniemaniu za wystarczający dla sprawnego prowadzenia badań naukowych, jako przetransponowany z podobnej regulacji dyrektywy 2004/18/WE, obok innych regulacji (art. 55 ust. 1 pkt 4, 62 ust. 1 pkt 3) zawartych w ustawie.

2. Niejasne, użyte obecnie pojęcie "nie opłacania w całości" przez zamawiającego podważa możliwość wykorzystania tej regulacji w przypadku "globalnego" rozliczania budżetu badawczego i nasuwa wniosek, iż w umowie o badania naukowe musi występować współfinansująca osoba trzecia. Natomiast pojęcie własności wyników badań jest rozwiązaniem odmiennym od dyrektywy i niewłaściwym, ponieważ własność sama w sobie jest przede wszystkim prawem do rzeczy, zaś wyniki badań niekoniecznie muszą być w takiej postaci zmaterializowane. Ponadto, w wyniku badań podstawowych nie zawsze powstaje rezultat pozytywny mogący być przedmiotem praw rzeczowych czy własności intelektualnej. Ponadto błędy tłumaczeniowe¹ w dyrektywie powodują, że nie należy transponować jej polskiego zapisu literalnie, lecz opierać się na wersji angielskiej.
3. Obecna dyrektywa, projekt nowej, a także dawniejsza polska ustawa o zamówieniach publicznych używają w zakresie tej regulacji pojęcia "nie odnoszenia korzyści wyłącznie przez zamawiającego". Należy je przywrócić, bowiem jest to pojęcie szersze i jaśniejsze oraz zgodne z prawem unijnym, natomiast co do zasady sanowane będzie poprzez wolne udostępnienie wyników badań, co stanowi znaczącą korzyść społeczną i może wobec tego usprawiedliwić niezastosowanie prawa przetargowego przy zamawianiu badań naukowych finansowanych ze środków publicznych.
4. Zaznaczyć należy, że polskich instytucji naukowych ta regulacja dotyczy przede wszystkim w zakresie prowadzonej pomiędzy jednostkami współpracy naukowej i wymiany usług badawczych, zaś w pozostałym zakresie badania naukowe jednostki prowadzą samodzielnie, bazując często na środkach i narzędziach, które przed przeprowadzeniem badań nie mają nic wspólnego z działalnością naukową – badawczą i dla których nie sposób przeprowadzić dowodu na własność ewentualnych wyników czy zastanawiać się nad dofinansowaniami. Forma przepisu w proponowanym brzmieniu sytuację wyjaśni, będzie pewniejsza dla jednostek naukowych, zatem poprawi w pewien sposób szybkość podejmowania decyzji o zamówieniu takich usług ponieważ prosto i automatycznie, skoro wyniki prac badawczych na pewno będą publikowane. W obecnym stanie prawnym ilekroć chciałoby się wykorzystać art. 4 pkt 3 lit. e, jego nieprecyzyjne brzmienie i niedookreślona wykładnia i konieczność trudnych dowodzeń zniechęcają zamawiających z dziedziny badań naukowych do jego stosowania, co utrudnia sprawne prowadzenie tych badań.
5. Aby wobec tego osiągnąć nowelizacją skutek znaczący, koniecznym jest jednocześnie wprowadzenie regulacji wym. w pkt. II.

1

W tym miejscu przytoczyć należy oficjalne tłumaczenie punktu 23 i jego treść w języku angielskim:

"Niniejsza 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, jeżeli korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jej działalnością, o ile usługi te są w całości opłacane przez instytucję zamawiającą." i "This Directive should not cover the cofinancing of research and development programmes: research and development contracts other than those where the benefits accrue exclusively to the contracting authority for its use in the conduct of its own affairs, on condition that the service provided is wholly remunerated by the contracting authority, are not therefore covered by this Directive."

II. Dodanie w art. 4 punktu 14 w brzmieniu:

(ustawy nie stosuje się do)

„14) zamówień i konkursów 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, udzielanych przez uczelnie i jednostki naukowe w rozumieniu art. 2 pkt 9 i 10 ustawy z dn. 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. nr 96 poz. 215 z późn. zm.) lub udzielanych na ich potrzeby przez inne podmioty zobowiązane do stosowania ustawy.”

1. Popieranie przez państwo badań naukowych przejawiać się powinno nie tylko w odniesieniu do przyznawania dotacji i dofinansowań na poszczególne projekty, ale również w eliminowaniu rozwiązań legislacyjnych utrudniających właściwe i efektywne prowadzenie tych projektów. W przeciwnym razie polska nauka nigdy nie osiągnie minimalnej konkurencyjności, zwłaszcza w dziedzinie nauk ścisłych, wymagających droższych zakupów na cele badawcze, analityczne, pomiarowe itd.
2. Wyłączenie usług badawczych, o którym mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e oraz w odpowiednich zapisach dyrektywy, nasuwa w swojej formie pewną wątpliwość co do ochrony tajemnicy badawczej, skoro wymaga współdziałania w badaniach osób trzecich. Co więcej, pozostałe zamówienia, do których upublicznienia zmuszone są jednostki naukowe prawem zamówień publicznych, wymagają przy ich ogłaszaniu podawania kompletnych opisów, szkicu funkcjonalności, projektów technicznych itp., zaś w przypadku trybów pozaprzetargowych uzasadnień faktycznych obejmujących opis zamierzenia badawczego. Treści te są publicznie dostępne na rozmaitych stronach internetowych, co stanowi poważne ryzyko plagiatostwa w przypadku badań wynalazczych i innowacyjnych. Ustawa, nie różnicując zamówień, dobro ochrony tajemnicy badawczej zupełnie zatem ignoruje, tym samym pozwalając na zdecydowanie lepszą ochronę prywatnym podmiotom realizującym badania.
3. Obecnie wyłączenie usług badawczych, omówione w pkt. 1, nie obejmuje zamówień udzielanych na potrzeby realizacji tych usług, np. dostaw aparatury. Jest to regulacja o wąskim zakresie adresatów i dotyczy przypadków wymiany naukowej i tzw. „zamówień przedkomercyjnych”. Równocześnie ustawa dopuszcza stosowanie trybu negocjacji bez ogłoszenia dla zamówień w celach badawczych i rozwojowych, ale zastosowanie takiego trybu pozbawia możliwości czerpania zysku z efektów takiego zamówienia czy wykorzystywania go w celach komercyjnych.
4. Natomiast ponieważ regulacja art. 4 pkt 3 lit. e wymaga założenia, że wyniki badań zostaną w jakiś sposób w okresie późniejszym upłynnione rynkowo, nie

sposób pominąć zaś faktu, iż działalność instytucji naukowo – badawczych obejmuje znacznie szerszy zakres prac naukowych, uwolnienie od stosowania ustawy w zakresie zamówień nieprzekraczających „kwot unijnych” jest naturalną konsekwencją tamtej regulacji i razem z nowym brzmieniem art. 4 pkt 3 lit. e może takie rozwiązanie stanowić dobry impuls do rozwoju polskiej nauki. Proponowany art. 4 pkt 14 objąłby bowiem etap działalności jednostek naukowych w formie badań naukowych podstawowych, bez możliwości założenia wyniku bądź partycypacji w kosztach, natomiast wymagający zakupu podstawowych narzędzi i materiałów do prowadzenia tych badań. Jednocześnie w zasadniczy sposób stworzy ochronę prowadzonych przez państwowe jednostki badań naukowych przed ryzykiem plagiatorstwa i kradzieży intelektualnej.

5. Definicja jednostek naukowych zawarta w ustawie o zasadach finansowania nauki obejmuje wszystkie podmioty prowadzące działalność naukowo - badawczą. Objęcie wyłączeniem zamówień nieprzekraczających „kwot unijnych” oznacza co do zasady zgodność z dyrektywą unijną, obejmującą zamówienia o wartościach wyższych, zatem pozostaje taka zmiana w kompetencji ustawodawstwa krajowego.
6. Ponieważ powyższa propozycja obejmuje wyłączenie wszelkich zamówień udzielanych przez jednostki naukowe o wartości poniżej 130/200 tysięcy euro, pozostanie, w zakresie zamówień nieobjętych ustawą, pewna luka i nierówność wobec obecnie obowiązującej kwoty 14 tys. Euro, mającej zastosowanie do innych zamawiających. Stosując w drodze analogii zasadę równości podmiotów wobec prawa, a także mając na uwadze fakt, że przy uwzględnieniu tylko wskaźników inflacyjnych, urealniona kwota progowa powinna już w 2012 roku wynosić 17 500 euro (70 000 zł netto), proponuje się, jako nieodłączną, regulację wymienioną w punkcie III, polegającą na prawnym uregulowaniu udzielania zamówień bez stosowania ustawy przy jednoczesnym podniesieniu progu obowiązywania ustawy dla wszystkich, innych niż jednostki naukowe, jednostek sektora finansów publicznych.

III.nadanie art. 4 pkt 8 brzmienia:

(ustawy nie stosuje się do)

„8) zamówień i konkursów, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 60 000 euro.

oraz jednoczesne dodanie art. 6b w brzmieniu:

„6b. 1. Zamówień wymienionych w art. 4 pkt 8 i 14, o wartości przekraczającej wyrażoną w złotych równowartość kwoty 20 000 euro, zamawiający udziela w drodze przetargu lub negocjacji, o których mowa w dziale II tytułu IV ustawy z dn. 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny.

2. Do zamówień, o których mowa w ustępie poprzedzającym, stosuje się odpowiednio art. 7 – 9 niniejszej ustawy.

3. Prezes Rady Ministrów określi, w drodze rozporządzenia, minimalne wymagania, jakim odpowiadać powinno ogłoszenie o przetargu, o którym

mowa w ust. 1 oraz jego warunki a także ogłoszenie o konkursie o wartości nie przekraczającej kwot wym. w art. 4 pkt 8 i 14, okoliczności uprawniające zamawiających do udzielenia zamówienia wymienionego w ust. 1 w drodze negocjacji, wymagania dotyczące publikacji ogłoszeń oraz minimalne wymogi, jakie spełniać powinny wewnętrzne przepisy regulujące zasady udzielania tych zamówień i konkursów – uwzględniając normy przepisów odrębnych oraz mając na względzie zasady wynikające z ustawy o finansach publicznych, konieczność zapewnienia zasad, o których mowa w ust. 2 poprzez publikację ogłoszeń o zamówieniu w Internecie, opisywanie przedmiotu zamówienia w sposób racjonalnie wyczerpujący, zakaz dyskryminacji z powodu przynależności państwowej, zachowanie możliwych do dotrzymania terminów i poprzez nakaz obiektywnego podejścia do oferentów a także mając na względzie zapewnienie sprawnego funkcjonowania podmiotów zobowiązanych do stosowania rozporządzenia.”

1. Niezależnie od reglamentacji prawem zamówień publicznych, gospodarowanie środkami publicznymi podlega normom i zasadom ustawy o finansach publicznych i w tym zakresie już podlega kontroli administracyjnej i społecznej, również np. poprzez media.
2. Podkreślenia wymaga fakt, że w polskiej praktyce administracyjnej, popartej również tworzonymi wytycznymi dla beneficjentów środków pochodzących z UE, wytworzył się powszechny zwyczaj wprowadzania „regulaminów udzielania zamówień, dla których nie stosuje się ustawy Pzp”, zazwyczaj przewidujących dodatkowe progi wartościowe dla zamówień i przewidujących tryb konkurencyjny (cywilnoprawny przetarg otwarty lub ograniczony) bądź udzielenie zamówień bez stosowania szczególnej procedury. Regulaminy te są różnej bardzo jakości prawnej, zaś powstały jako wypełnienie luki administracyjnoprawnej w przypadku nieobowiązania ustawy. Przy jej milczeniu w przedmiocie zamówień „podprogowych”, z wyjątkiem zachowania zasad gospodarowania groszem publicznym, w polskim systemie prawnym istnieje *de facto* zupełna dowolność w ich udzielaniu, taka zaś niekonsekwencja ustawodawcza mieć miejsca nie może.
3. Jednocześnie ze znaczącym podniesieniem progu dla stosowania przeformalizowanej procedury z ustawy – Prawo zamówień publicznych (do 60 tys. euro), stanowiącej w istocie powtórzenie i rozbudowanie norm odpowiednich dyrektyw na gruncie krajowym, może ustawodawca wprowadzić dodatkowy, mniejszy próg wartości zamówienia, np. 10 000 euro, po osiągnięciu którego zamówienie udzielone musiałyby być z poszanowaniem podstawowych zasad przetargowych, tj. uczciwej konkurencji, równego traktowania wykonawców, jawności i pisemności, które to zasady kontraktowania publicznego wymienione są w aktualnym stanie prawnym wyłącznie w prawie zamówień publicznych, zatem powyżej wartości zamówienia 14 tys. euro.
4. Takie odformalizowanie postępowań przy kontroli przetargów przez sądy cywilne zapewniłoby znaczącą poprawę sprawności funkcjonowania i wydatkowania środków przez jednostki sektora finansów publicznych, a

zatem znacząco w sposób pozytywny wpłynęłoby na funkcjonowanie organów publicznych, w szczególności tych spełniających funkcje administracji świadczącej.

5. Podkreślenia wymaga fakt, że mimo ogólnego odwołania przez ustawę – Prawo zamówień publicznych do norm Kodeksu cywilnego, zasady naczelne zobowiązaniowych stosunków cywilnoprawnych, takie jak swoboda kontraktowania, zasady współżycia społecznego czy ustalonego zwyczaju, przy zawieraniu umów w sprawie zamówień publicznych ulegają znaczącemu ograniczeniu poprzez formalizm procedury z Pzp. Wyłączone jest również w praktyce prawo do sądu, ponieważ zdecydowana większość uprawnień kontrolnych i odwoławczych przyznana została Prezesowi Urzędu Zamówień Publicznych i Krajowej Izbie Odwoławczej (stanowiącej, mimo pewnych cech *quasi*-sądowych, organ administracji publicznej), będącymi organami umiejscowionymi w sferze egzekutywy. Skarga do sądu przysługuje wyłącznie na orzeczenia KIO (które poniżej kwot unijnych dotyczyć mogą i tak tylko czterech czynności przetargowych²), zaś opłata za nią wynosi pięciokrotność opłaty za wpis do KIO, a jeśli dotyczy czynności po otwarciu ofert (zatem przeważających), wynosi ona aż 5% (sic!) wartości zamówienia³. W przypadku zamówień „poniżej kwot unijnych”, o które ubiegają się przeważnie mali i średni przedsiębiorcy, w powyższych okolicznościach prawo do sądu jest zdecydowanie ograniczone, zaś zawężenie możliwości odwołań i rażąco wysoka opłata za skargę do sądu eliminuje w praktyce wykonawców o mniejszym potencjale z rynku zamówień publicznych.
6. Podniesienie kwoty progowej do 60 000 euro i przeniesieniu procedur zawierania umów do sfery reglamentowanej Kodeksem cywilnym zapewni większą swobodę zamawiających w kształtowaniu treści tych umów i obowiązków przetargowych, natomiast po stronie wykonawców czy uczestników postępowań zapewni szerszy dostęp do sądu na mocy art. 70⁵ § 5 Kodeksu cywilnego, umożliwiającego sądowe unieważnienie przetargu w przypadku wpłynięcia na jego wynik w sposób sprzeczny z prawem lub dobrymi obyczajami.
7. Poniżej 15 000 euro progi stosowania procedur konkurencyjnych posiadają wyłącznie Cypr, Finlandia, Francja, Łotwa, Polska, Rumunia, Słowacja i Słowenia. Ponadto, w wielu krajach członkowskich UE istnieją wewnętrzne regulacje progowe i szczegółowe, w zależności od osiągnięcia kolejnych progów wartościowych upraszczające procedury, tj. (w euro): Cypr 8 500 – 85 000 , Słowenia 10 000 – 40 000 – 80 000 euro, Bułgaria 8 000 – 25 000, Rumunia 100 000, Łotwa 4 500 – 30 000. Austria zezwala na zastosowanie zamówienia z wolnej ręki do wartości 60 000 euro oraz posiada kolejny próg wartościowy 80 000 euro. Węgierski próg bagatelności to 27 000 euro, litewski 30 000, duński to 67 000 euro, francuski to 90 000 euro (w zakresie

² Zob. art. 180 ust. 2 Pzp.

³ Zob. art. 34 ustawy o kosztach sądowych w sprawach cywilnych.

obowiązku publikacji w krajowym biuletynie zamówień). Podkreślić należy, że powyższe progi dotyczą przede wszystkim wymogu publicznego ogłoszenia o przetargu czy o prowadzeniu negocjacji. Jak wynika z opracowania OECD, tylko te kraje przenoszą całościowo przetargowe procedury unijne poniżej progów dyrektywy: Polska (14 000 euro), Włochy (20 000 euro) i Czechy (70 000 euro)⁴.

8. Zasady wymienione w proponowanej delegacji ustawowej pochodzą z „Komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych” (Dz.UrzUEC.2006.179.2).

IV. Nadanie art. 32 ust. 2 następującego brzmienia z dodaniem ust. 2a i 2b:

„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.

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

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

1. Proponowane powyżej brzmienie przepisu wprowadzi większą pewność co do momentu podziału zamówienia na części i jego zasadności. Utrudni również powszechne w aktualnym obrocie prawnym zarzuty dzielenia zamówień na części w odniesieniu do wszelkich zamówień udzielanych bez zastosowania ustawy poprzez wprowadzenie jasnej definicji zamówienia udzielanego w częściach.
2. Wyliminowana zostanie luka interpretacyjna powstała w związku z wprowadzeniem do ustawy art. 6a dopuszczającego udzielanie 20% zamówienia udzielanego w częściach wg wartości właściwej dla części dwudziestoprocentowej, przy braku odpowiedniego zapisu regulującego hierarchię artykułu 6a wobec normy art. 32 ust. 2. Analogiczny do artykułu 6a art. 9 ust. 5 dyrektywy 2004/18/WE wskazuje, że uprawnienie do stosowania innych przepisów dla 20% wartości zamówienia stanowi normę szczegółową, wyłączającą zakaz dzielenia na części, co zostało niestety

pominięte milczeniem przez ustawodawcę polskiego a także w niektórych opiniach urzędniczych.

3. Pojęcie „działania w celu” uniknięcia stosowania ustawy pojawia się w aktualnym brzmieniu art. 32 ust. 2, natomiast w polskim systemie prawnym „cel działania” istnieje przede wszystkim w gałęziach prawa karnego i cywilnego, w szczególności w zakresie zamiaru i ustalania winy sprawcy czynu zabronionego. W prawie administracyjnym ustawodawca nie używa pojęć odnoszących się do strony woluntatywnej działań organu administracji publicznej czy jednostki sektora finansów publicznych, skoro takie badanie stanowiłoby absurd *per se*. Nie sposób bowiem z działań na podstawie i w granicach prawa wywodzić zamiaru i celu innego niż celowość ustawodawcza normy, na podstawie której dany organ czy jednostka owego działania się dopuszcza. W przypadku omawianej normy trudno również ustalić rzeczywisty i „główny” cel (i być może cele poboczne) działania jednostki sektora finansów publicznych przy szacowaniu wartości i zakresu zamówienia. Nie sposób przypisać, czy to właśnie niezastosowanie ustawy było priorytetowym „celem” zamawiającego, czy być może inne cele przyświecały tym czynnościom, a jeśli tak, to które uznaje się za nadrzędne wobec zastosowania ustawy. Są to wszak rozumowania bliższe raczej stosowaniu kontraktów w prawie karnym, niewłaściwie narzucone w zakresie norm funkcjonowania jednostek publicznych zawartych w publicznym prawie przetargowym.
4. Za jedno zamówienie udzielane w częściach uważa się obecnie zamówienie możliwe do udzielenia w drodze jednej procedury, możliwe do zrealizowania przez jednego wykonawcę, zachowujące tożsamość miejscową, czasową i przedmiotową zamówienia. Jest to jednak wykładnia ustalona orzeczniczo oraz w mało zdecydowanych opiniach urzędniczych, trudna do wyprowadzenia literalnie z aktualnej treści ustawy, obejmującej wyłącznie zakaz dzielenia.
5. Projekt nowej dyrektywy w sprawie zamówień publicznych doprecyzowuje zakaz dzielenia zamówień w ten sposób, że można dzielić zamówienie na części, jeśli owa czynność uzasadniona jest obiektywnymi powodami⁵. Proponowane brzmienie przepisu uwzględnia te prace legislacyjne. Również analogiczne akty prawne niemieckie i francuskie ściślej definiują tę instytucję⁶.
6. Norma w proponowanym brzmieniu narzuca, zgodnie z instytucją zamówienia w częściach, definicję takiego zamówienia jako „możliwego do podziału” oraz jako zamówienia „o ustalonym zakresie” (*a contrario*). Zapobiegnie to powszechnym zarzutom celowego niezastosowania ustawy, stawianym w kontrolach *post factum*, po przekroczeniu kwot progowych. Jako „odrębne postępowania” w rozumieniu ust. 1 traktować należy zarówno postępowanie z zastosowaniem ustawy, jak również cywilnoprawne czynności zawierania umowy.
7. Wraz z badaniem odstąpienia od zastosowania przepisów ustawy wymagane będzie zbadanie, czy wartości zamówień poza ustawą przekraczają 20% zakładanego zamówienia, a także czy zamówienie jest obiektywnie możliwe do udzielenia w

⁵

art. 5 ust. 2 projektu KOM(2011) 896

⁶

zob. m. in. art. 27 ust. II pkt 2 I ust. III Code des marchés publics i § 3 pkt 7 zd. drugie Vergabeverordnung /VgV/

częściach, zatem czy zachowuje cechy wymienione w pkt. 4. Ponadto proponowany przepis wskazuje, że zamówienie udzielane w częściach jest przewidywalne, a zatem miało ustalony zakres w momencie planowania zamówień i ustalania ich wartości (musi bowiem istnieć uprzednio ustalona całość, później podzielona, jako konieczny warunek zaistnienia takiego zamówienia). Wprowadzi to większą pewność obrotu prawnego oraz uniemożliwi nadużywanie obecnej, nieprecyzyjnej regulacji.

8. Ta regulacja stanowiłaby znaczące usprawnienie działalności jednostek naukowych, ponieważ w toku prowadzenia badań naukowych podstawowych, na początku tych badań nie sposób przewidzieć, jakie dostawy i usługi są konieczne do zamówienia, a kolejno uzyskiwane etapami wyniki przesądzą o nowych, nieprzewidywalnych wcześniej zakupach. Mogą to być jednocześnie dostawy i usługi powtarzalne w skali jednostki naukowej, jednak w większości przypadków nieprzewidywalne i odrębne w stosunku do podstawowych zakupów. Obecne brzmienie zakazu, wraz z wyjątkowo surowymi karami za jego złamanie, powoduje, co zrozumiałe, nieraz przesadną ostrożność w zaliczaniu takich zamówień do „większej całości”, gdyż *post factum* znajdują się takie zakupy w ramach np. podobnych pozycji wydatków jednostki, natomiast osoby prowadzące badania naukowe w przeciwnym razie zmuszone są do tłumaczenia wszystkich powyżej przedstawionych okoliczności i przeprowadzania skomplikowanych dowodzeń na okoliczność swoich zamiarów i celów działań. Stanowi to znaczącą komplikację dla naukowców a wręcz ograniczenie wolności prowadzenia badań, która to wolność jest w przypadku jednostek naukowych wartością nadrzędną.

V. Podsumowanie.

Powyższe propozycje, co zaznaczono na wstępie, są wyłącznie zmianą drobnych elementów skomplikowanego systemu norm prawnych regulujących funkcjonowanie finansów jednostek naukowych, jednak wprowadzenie tych propozycji może wpłynąć korzystnie na jakość i sprawność polskiej nauki, w imię konfucjańskiej mądrości, że najdalsza podróż zaczyna się od jednego kroku.

Doświadczenia aparatu państwowego w stosowaniu obecnej ustawy – Prawo zamówień publicznych w powszechnej opinii nie są pozytywne, można więc również pokusić się o pytanie, czy nie należą się jednostkom sektora finansów publicznych szersze, komisyjne prace legislacyjne nad stworzeniem nowej już ustawy, np. w formie kodeksu zamówień, obejmującego normy zawarte w tej ustawie a także w innych aktach prawnych, np. o dyscyplinie finansów publicznych, koncesji itp. Stanowiłoby to przeniesienie dobrych wzorców zachodnich, a także poprawiłoby kompleksowe zrozumienie tej trudnej dziedziny prawa, która stosowana jest powszechnie. Na dzisiaj liczyć można, że rozmaite środowiska wykażą wolę poparcia zmian proponowanych w niniejszym opracowaniu.

mgr Adam Jaracz

Prawnik w Instytucie Nauk Geologicznych PAN