

Wyłączenie stosowania ustawy - Prawo zamówień publicznych w przypadku usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych (art. 4 pkt 3 lit. e)

I. Stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2013 r. poz. 907, z późn. zm.), dalej „ustawa Pzp”, ustawa Pzp nie stosuje się do zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, które:

- nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub
- których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności.

Tym samym wyłączenie ma miejsce w przypadku wystąpienia którejkolwiek z przesłanek, czy to w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu na użytek jego działalności, czy też wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego. Brzmieni art. 4 pkt 3 lit. 3 ustawy Pzp zapewniają pełną zgodność regulacji krajowych z przepisami dyrektywy 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 oraz dyrektywy 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

Powyższa interpretacja przedmiotowego wyłączenia została potwierdzona przez służby Komisji Europejskiej, Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, Dyrektoriatu ds. Polityki Zamówień, do których Urząd zwrócił się z prośbą o opinię w związku z wątpliwościami interpretacyjnymi, dotyczącymi przepisów dyrektywy, na których zostało oparte brzmienie art. 4 pkt. 3 lit e ustawy Pzp.

II. W celu prawidłowego zastosowania art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp konieczne jest ustalenie zakresu przedmiotowego wyłączenia, co z kolei wymaga możliwie precyzyjnego określenia znaczeń użytych przez ustawodawcę sformułowań: „badania naukowe”, „prace rozwojowe” oraz „usługi badawcze”. Punktem wyjścia dla poprawnego zinterpretowania pojęcia „usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych” są określone w przepisach prawa definicje legalne. Wyrażenie powyższe, jako wyrażenie łączne, nie posiada definicji legalnej w prawie polskim. Stąd, pojęcia: „usług w zakresie badań naukowych” oraz „usług w zakresie prac rozwojowych” należy potraktować rozłącznie.

Ustawa z dnia 30 kwietnia 2010 r. o zasadach finansowania nauki (Dz. U. Nr 96, poz. 115, z późn. zm.) w następujący sposób definiuje wskazane pojęcia:

1) badania naukowe:

- a. badania podstawowe - oryginalne prace badawcze eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobywania nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie praktyczne zastosowanie lub użytkowanie,
- b. badania stosowane - prace badawcze podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy, zorientowane przede wszystkim na zastosowanie w praktyce,
- c. badania przemysłowe - badania mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności w celu opracowywania nowych produktów, procesów i usług lub wprowadzania znaczących ulepszeń do istniejących produktów, procesów i usług; badania te obejmują tworzenie elementów składowych systemów złożonych, szczególnie do oceny przydatności technologii rodzajowych, z wyjątkiem prototypów objętych zakresem prac rozwojowych;

2) prace rozwojowe - nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i działalności gospodarczej oraz innej wiedzy i umiejętności do planowania produkcji oraz tworzenia i projektowania nowych, zmienionych lub ulepszonych produktów, procesów i usług, w szczególności:

- a. tworzenie projektów, rysunków, planów oraz innej dokumentacji do tworzenia nowych produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one przeznaczone do celów komercyjnych,
- b. opracowywanie prototypów o potencjalnym wykorzystaniu komercyjnym oraz projektów pilotażowych, w przypadkach gdy prototyp stanowi końcowy produkt komercyjny, a jego produkcja wyłącznie do celów demonstracyjnych i walidacyjnych jest zbyt kosztowna; w przypadku gdy projekty pilotażowe lub demonstracyjne mają być następnie wykorzystywane do celów komercyjnych, wszelkie przychody uzyskane z tego tytułu należy odjąć od kwoty kosztów kwalifikowanych pomocy publicznej,
- c. działalność związana z produkcją eksperymentalną oraz testowaniem produktów, procesów i usług, pod warunkiem że nie są one wykorzystywane komercyjnie, prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian wprowadzanych do produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, istniejących usług oraz innych operacji w toku, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Pojęcie "usług w zakresie badań naukowych", o których mowa w ustawie Pzp, należy więc utożsamiać z pojęciem "badań naukowych" zdefiniowanym w ustawie o zasadach finansowania nauki. To samo odnosi się określenia "usług w zakresie prac rozwojowych", które należy utożsamiać z pojęciem "prace rozwojowe", również zdefiniowanym w tej ustawie.

Przepisy ustawy Pzp, jak również przepisy innych aktów prawnych nie zawierają definicji legalnej pojęcia „świadczenie usług badawczych”. Mając powyższe na uwadze, przy ustalaniu zakresu wyrażenia „świadczenie usług badawczych” należy odwołać się do wykładni celowościowej, a więc w szczególności do celu ustawodawcy jaki stał u podstaw wprowadzenia tego sformułowania do treści przedmiotowego przepisu. Dodanie do wyłączenia określonego w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, wyrażenia „świadczenie usług badawczych” wynikało ze zmian, jakie zostały wprowadzone do ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym (Dz. U. 2012 r. poz. 572, z późn. zm.), dalej "ustawa o szkolnictwie". W art. 13 ust. 1 pkt 3 ustawy o szkolnictwie, jako podstawowe zadanie uczelni wymieniono prowadzenie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych. Celem modyfikacji art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp było objęcie zakresem przedmiotowego wyłączenia wszystkich zadań związanych z działalnością badawczą i rozwojową uczelni. Tym samym, wyrażenie „świadczenie usług badawczych” zawarte w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp należy przede wszystkim odnosić do działalności badawczej i rozwojowej wykonywanej przez uczelnie. Z uwagi jednak, iż wyłączenie to ma charakter przedmiotowy, niewykluczone jest, iż dotyczyć może także innych podmiotów świadczących „usługi badawcze”. Tylko takie rozumienie tego wyrażenia jest zgodne z celem wprowadzenia przez ustawodawcę zmiany do przedmiotowej regulacji.

Podkreślić także należy, iż ustawa Pzp wyłącza z zakresu obowiązywania jedynie zamówienia na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych; zakup sprzętu, aparatury, czy też innych materiałów koniecznych do wykonania danego typu badań jest dostawą i jako taki podlega ustawie Pzp.

III. Ustawa Pzp nie będzie miała zastosowania do usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych jeśli usługi te:

- nie będą w całości opłacane przez zamawiającego lub
- jeśli ich rezultaty nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego.

Ponieważ art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp miał na celu implementację art. 16 lit. f dyrektywy 2004/18/WE jego interpretacja powinna być dokonana w oparciu o przepisy wspólnotowe.

Zgodnie z brzmieniem art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE, nie są objęte niniejszą dyrektywą 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. Ponadto z treści pkt 23 preambuły ww. dyrektywy wynika, iż spod jej regulacji powinny być wyłączone usługi badawcze i rozwojowe, w których zaangażowane będą środki także inne niż zamawiającego lub których rezultat prac ma służyć również innym podmiotom dla użytku zgodnego z ich działalnością.

Jednocześnie, należy zauważyć, iż pkt 23 preambuły odwołuje się do art. 163 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 179 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej) zgodnie z którym, Unia w celu wzmocnienia swojej bazy naukowej i technologicznej przez utworzenie europejskiej przestrzeni badawczej, w której naukowcy, wiedza naukowa i technologie podlegają swobodnej wymianie, oraz sprzyjaniu rozwojowi swojej konkurencyjności, także w przemyśle, a także promowaniu działalności badawczej uznanej za niezbędną na mocy innych rozdziałów Traktatów, sprzyja przedsiębiorstwom, w tym małym i średnim przedsiębiorstwom, ośrodkom badawczym i uniwersytetom w ich wysiłkach badawczych i rozwoju technologicznym wysokiej jakości; wspiera ich wysiłki w zakresie wzajemnej współpracy, zmierzając w szczególności do umożliwienia naukowcom swobodnej współpracy ponad granicami, a przedsiębiorstwom – pełnego wykorzystania potencjału rynku wewnętrznego, zwłaszcza poprzez otwarcie krajowych rynków zamówień publicznych, określanie wspólnych norm i usuwanie przeszkód prawnych i fiskalnych tej współpracy.

Tym samym, zachęcanie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmocnienia naukowej i technologicznej bazy przemysłu Unii, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczynia się do osiągnięcia tego celu.

Z powyższych przepisów wynika, iż środkiem do wzmocnienia podstaw naukowych i technicznych przemysłu Unii jest po pierwsze otwarcie rynku zamówień publicznych, po drugie zachęcanie do działalności badawczej i rozwojowej. Realizacji powyższego środka służyć ma m. in. otwarcie rynków w zakresie zamówień publicznych na prace badawcze i rozwojowe, z drugiej zaś strony zachęcanie do udziału we współfinansowaniu badań zamawiających i zwolnienie ich w takim przypadku z obowiązku stosowania dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień publicznych. Zasadą jest bowiem stosowanie procedur właściwych dla zamówień publicznych przy zamawianiu usług badawczo – rozwojowych, o czym świadczy ujęcie usług badawczo – rozwojowych w załączniku II A do dyrektywy, jako tzw. „usług priorytetowych”. Załącznik ten, konkretyzując usługi badawcze i rozwojowe odsyła do kodów CPV, a konkretnie do numerów od 73000000-2 do 73300000-5 (z wyjątkiem 73200000-4, 73210000-7, 7322000-0). Zgodnie z powyższym, Słownik CPV zalicza do nich: usługi badawcze i eksperymentalno – rozwojowe, oraz pokrewne usługi doradcze (73000000-2), usługi badawcze i eksperymentalno – rozwojowe (73100000-3), usługi badawcze (73110000-6), laboratoryjne usługi badawcze (73111000-3) usługi badań morskich (73112000-0), usługi eksperymentalno – rozwojowe (73120000-9), projekt i realizacja badań oraz rozwój (73300000-5).

Jako wyjątek od zasady stosowania dyrektyw należy traktować udzielanie zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe w sytuacji, gdy wyniki prac służą nie tylko zamawiającemu lub gdy są one finansowane również przez inne podmioty niż zamawiający. Wyjątek ten służyć ma również wsparciu potencjału przedsiębiorstw ich rozwoju, a w konsekwencji społeczeństwa poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe.

Odnosząc się do przesłanki opłacania zamówienia wskazać należy, iż opłacenie usług w zakresie badań naukowych, prac rozwojowych oraz usług badawczych w całości przez zamawiającego oznacza, że podmiotem zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia należnego wykonawcy jest jeden podmiot – zamawiający. Bez znaczenia dla powyższej kwalifikacji jest ustalenie pochodzenia środków zamawiającego przeznaczonych na sfinansowanie danego zamówienia. 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.

Nie jest również opłacaniem zamówienia wspólnie z zamawiającym, ponoszenie przez wykonawcę kosztów realizacji udzielonego mu zamówienia. Celem wyłączenia przewidzianego w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp jest m.in. wsparcie potencjału przedsiębiorstw poprzez wsparcie instytucji zamawiających prowadzących prace badawcze i rozwojowe. Przesłanka w zakresie opłacania byłaby zatem spełniona, gdyby udział w finansowaniu zamówienia ponosiła osoba trzecia czyli np. prywatny przedsiębiorca, czy nawet inna jednostka naukowo-badawcza.

Dodać należy, iż nawet niewielki procentowo udział innego podmiotu w opłaceniu zamówienia, powoduje iż przesłanka, o której mowa w art. 4 pkt. 3 lit. e ustawy Pzp, odnosząca się do nie opłacania w całości przez zamawiającego udzielanego zamówienia, zostanie spełniona. Powyższe nie może być jednak dokonywane w celu omijania przepisów ustawy Pzp.

Natomiast do spełnienia drugiej przesłanki dojdzie wówczas, gdy rezultaty zleczanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych będą nie tylko własnością zamawiającego, ale w swoim podstawowym założeniu będą służyć także innym podmiotom. Celem tej regulacji było wyłączenie z procedur udzielania zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe zamówień mających nieść korzyści społeczeństwu jako całości. Byłby to przypadek, w którym korzyści z usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych finansowanych z budżetu przypadają instytucjom badawczym, uniwersytetom, a nawet prywatnym przedsiębiorstwom. Przesłanka ta zostanie zatem spełniona jeśli rezultaty zleczanych badań naukowych, prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie służą wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, tym samym prawa własności intelektualnej (prawa autorskie, prawa własności przemysłowej dotyczące m.in. wynalazków, wzorów użytkowych i wzorów przemysłowych) do wyników badań lub prac rozwojowych przysługują nie tylko zamawiającemu, ale również innym podmiotom.

IV. Dodatkowo, należy zwrócić uwagę, że wszelkiego rodzaju wyłączenia przewidziane w dyrektywie, jak również w ustawie Pzp powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Ponadto z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej wynika, że ciężar dowodu zaistnienia okoliczności uzasadniających odstępstwo spoczywa na stronie, która z tych okoliczności wywodzi skutki prawne. W związku z tym skorzystanie z możliwości wyłączenia zamówień na usługi badawczo-rozwojowe spod procedur zamówień publicznych możliwe będzie po spełnieniu przesłanek określonych w art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, których zaistnienie zamawiający musi być w stanie wykazać.

Reasumując:

- **Ustawa Pzp wyłącza z zakresu obowiązywania jedynie zamówienia na usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych; zakup sprzętu, aparatury, czy też innych materiałów koniecznych do wykonania danego typu badań jest dostawą i jako taki podlega ustawie Pzp;**
- **Wyłączenie zamówień, których przedmiotem są usługi w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenie usług badawczych, stosownie do treści art. 4 pkt 3 lit. e ustawy Pzp, ma miejsce w sytuacji, gdy rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie stanowią wyłącznie własności zamawiającego (1), lub wtedy, gdy usługi te nie są w całości opłacane przez zamawiającego (2);**
- **Rezultaty usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych nie będą stanowić wyłącznie własności zamawiającego w sytuacji, gdy nie służą**

wyłącznie zamawiającemu tzn. w celu prowadzenia jego własnej działalności, ale w swoim podstawowym założeniu mają służyć także innym podmiotom;

- 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.

wytworzył: data wytworzenia: 2014-01-02 11:56:00

opublikował: Izabela Łazuga data publikacji: 2011-12-07 12:54:52

zmodyfikował: data modyfikacji: 2014-01-02 11:56:00

Opinia pochodzi ze strony internetowej Urzędu Zamówień Publicznych:

<http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/?D;1554>