

OPINIE PREZESA UZP DOTYCZĄCE ZAGADNIENÍ ZWIĄZANYCH Z ZAMÓWIENIAMI ORGANIZOWANYMI PRZEZ SZKOŁY WYŻSZE

Spis treści

I.	Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.....	2
II.	Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp; pojęcia: prace badawcze, eksperymentalne, naukowe, rozwojowe	3
III.	Szacowanie wartości zamówienia – zasady ogólne.....	6
IV.	Zamówienia mieszane w kontekście szacowania wartości zamówienia	8
V.	Interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście zakupu dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej.....	9
VI.	Interpretacja art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp z związku z art. 469 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce	11

I. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp

Zgodnie z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp¹, przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe, chyba że są one objęte kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, oraz spełnione są łącznie następujące warunki:

- a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności,
- b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

Z przepisu art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wynika ogólna zasada, że ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe.

Chyba, że (jest to wyjątek od ww. zasady):

usługi badawcze lub rozwojowe objęte są kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5, określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, tzn: (badawcze i eksperymentalno-rozwojowe oraz pokrewne usługi doradcze (kod CPV 73000000-2); badawcze i eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73100000-3); badawcze (kod CPV 73110000-6); laboratoryjne usługi badawcze (kod CPV 73111000-3); badań morskich (kod CPV 73112000-0); eksperymentalno-rozwojowe (kod CPV 73120000-9); projekt i realizacja badań oraz rozwój (kod CPV 73300000-5); studium przedwykonalności i demonstracja technologiczna (kod CPV 73420000-2); testy i ocena (kod CPV 73430000-5)

oraz są spełnione łącznie następujące warunki:

- a) korzyści z tych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności,
- b) całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający.

Mając na względzie brzmienie przepisu art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, przeprowadzając analizę, czy w danym stanie faktycznym do zamówień lub konkursów, których przedmiotem są usługi badawcze lub rozwojowe będzie miała zastosowanie ustawa Pzp, w pierwszej kolejności należy ustalić, czy dana usługa badawcza lub rozwojowa objęta jest kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na pytanie dotyczące zakwalifikowania danej usługi do wskazanych wyżej kodów CPV, należy przejść do dalszego etapu analizy i zbadania

¹ Ustawa z dnia 11 września 2019 r. *Prawo zamówień publicznych* (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.), w niniejszym opracowaniu jako: „ustawa Pzp”

danego stanu faktycznego pod kątem ustalenia, czy: (a) korzyści z analizowanych usług przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności oraz (b) czy całość wynagrodzenia za świadczoną (analizowaną) usługę będzie wypłacana przez zamawiającego.

W przypadku pozytywnej odpowiedzi na oba pytania z punktu (a) i (b), uznać należy, że ustawa Pzp będzie miała zastosowanie.

A contrario – pozytywna odpowiedź na tylko jedno z pytań z punktu: (a), (b) oznacza, że ustawa Pzp nie będzie miała w danym przypadku zastosowania, ponieważ przepis art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp wymaga łącznego spełnienia przesłanek wskazanych w lit. a) i b) tego przepisu.

Oplacenie całości wynagrodzenia za świadczoną usługę przez zamawiającego należy rozumieć w ten sposób, że jest to sytuacja, w której zobowiązanym do zapłaty całości wynagrodzenia jest zamawiający. Dla stwierdzenia, że całość wynagrodzenia jest wypłacana przez zamawiającego nie ma znaczenia skąd pochodzą te środki, tj. czy wypłacane środki pochodzą w całości lub w części z dofinansowania ze środków Unii Europejskiej lub z budżetu państwa albo z zaciągniętych przez zamawiającego kredytów lub pożyczek.

O sytuacji, że korzyści z usług badawczych lub rozwojowych przypadają wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego działalności można mówić wtedy, gdy zamawiający zastrzeże je do użytku własnego (tj. będą służyć wyłącznie zamawiającemu na użytek jego własnej działalności). Ocena, czy istotnie korzyści z usług badawczych lub rozwojowych będą przypadają wyłącznie zamawiającemu, zależy od okoliczności faktycznych danej sprawy (tzn. w celu dokonania oceny w omawianym zakresie należy zbadać stan faktyczny każdej sprawy indywidualnie), w szczególności nie sprowadza się to tylko do publikacji lub braku publikacji wyników badań.

II. Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp; pojęcia: prace badawcze, eksperymentalne, naukowe, rozwojowe

Zgodnie z treścią art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp przepisów ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej (tzn. produkcji dużej ilości identycznych wyrobów w sposób ciągły) służącej osiągnięciu rentowności rynkowej (tzn. generowaniu zysku poprzez produkcję) lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. Ustawa Pzp nie zawiera własnej definicji pojęć: „prace badawcze”, „prace eksperymentalne”, „prace naukowe” i „prace rozwojowe”, dlatego w celu określenia ich znaczenia należy posiłkować

się definicjami legalnymi tych pojęć, zawartymi w innych aktach prawnych. W pojęcie usług badawczych i rozwojowych z dyrektyw wpisują się definicje badań naukowych i prac rozwojowych z ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. *Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce* (tj. z 2022 r. poz. 574 ze zm., dalej jako: „PSWiN”) , co oznacza, że definicje te należy odnosić również do pojęć „usługi badawcze” i „usługi rozwojowe”, którymi posługuje się ustawa Pzp, jako usług świadczonych w zakresie badań naukowych oraz usług w zakresie prac rozwojowych.

Zgodnie z art. 4 ust. 2 PSWiN, **badania naukowe** są działalnością obejmującą:

- 1) badania podstawowe rozumiane jako prace empiryczne lub teoretyczne mające przede wszystkim na celu zdobywanie nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie komercyjne,
- 2) badania aplikacyjne rozumiane jako prace mające na celu zdobycie nowej wiedzy oraz umiejętności, nastawione na opracowywanie nowych produktów, procesów lub usług lub wprowadzanie do nich znaczących ulepszeń.

Natomiast zgodnie z art. 4 ust. 3 PSWiN, **prace rozwojowe** są działalnością obejmującą nabywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności, w tym w zakresie narzędzi informatycznych lub oprogramowania, do planowania produkcji oraz projektowania i tworzenia zmienionych, ulepszonych lub nowych produktów, procesów lub usług, z wyłączeniem działalności obejmującej rutynowe i okresowe zmiany wprowadzane do nich, nawet jeżeli takie zmiany mają charakter ulepszeń.

Pomocniczo, przy definiowaniu pojęć: „prace badawcze” i „prace rozwojowe” przydatne jest odwołanie się do definicji prac badawczych i rozwojowych ujętych w Międzynarodowych Standardach Rachunkowości. Zgodnie z definicją prac badawczych, którą posłużono się w Międzynarodowym Standardzie Rachunkowości MSR 38 *Wartości niematerialne*², **prace badawcze** są nowatorskim i zaplanowanym poszukiwaniem rozwiązań podjętym z zamiarem zdobycia i przyswojenia nowej wiedzy naukowej i technicznej (paragraf 8 MSR 38). Do przykładów prac badawczych zalicza się:

- 1) działania zmierzające do zdobycia nowej wiedzy,
- 2) poszukiwanie, ocenę i końcową selekcję sposobu wykorzystania rezultatów prac badawczych lub wiedzy innego rodzaju,
- 3) poszukiwanie alternatywnych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług oraz

² Załącznik do rozporządzenia Komisji (WE) nr 1126/2008 z dnia 3.11.2008 r. przyjmującego określone międzynarodowe standardy rachunkowości zgodnie z rozporządzeniem (WE) nr 1606/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady (Dz. Urz. UE L 320 z 29.11.2008, str.1)

- 4) formułowanie, projektowanie, ocenę i końcową selekcję nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 56 MSR 38).

Zgodnie z definicją przyjętą w paragrafie 8 MSR 38, **prace rozwojowe** są praktycznym zastosowaniem odkryć badawczych lub też osiągnięć innej wiedzy w planowaniu lub projektowaniu produkcji nowych lub znacznie udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów technologicznych, systemów lub usług, które ma miejsce przed rozpoczęciem produkcji seryjnej lub zastosowaniem. Do prac rozwojowych zalicza się:

- 1) projektowanie, wykonanie i testowanie prototypów i modeli doświadczalnych (przed ich wdrożeniem do produkcji seryjnej lub użytkowania),
- 2) projektowanie narzędzi, przyrządów do obróbki, form i matryc z wykorzystaniem nowej technologii,
- 3) projektowanie, wykonanie i funkcjonowanie linii pilotażowej, której wielkość nie umożliwia prowadzenia ekonomicznie uzasadnionej produkcji przeznaczonej na sprzedaż oraz
- 4) projektowanie, wykonanie i testowanie wybranych rozwiązań w zakresie nowych lub udoskonalonych materiałów, urządzeń, produktów, procesów, systemów lub usług (paragraf 59 MSR 38).

W prawie europejskim występuje definicja „prac eksperymentalnych” w ramach definicji pojęcia „eksperymentalne prace rozwojowe”. Zgodnie z rozporządzeniem Komisji Europejskiej nr 651/2014 **eksperymentalne prace rozwojowe** oznaczają zdobywanie, łączenie, kształtowanie i wykorzystywanie dostępnej aktualnie wiedzy i umiejętności z dziedziny nauki, technologii i biznesu oraz innej stosownej wiedzy i umiejętności w celu opracowywania nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług. Mogą one także obejmować na przykład czynności mające na celu pojęciowe definiowanie, planowanie oraz dokumentowanie nowych produktów, procesów i usług. Eksperymentalne prace rozwojowe mogą obejmować opracowanie prototypów, demonstracje, opracowanie projektów pilotażowych, testowanie i walidację nowych lub ulepszonych produktów, procesów lub usług w otoczeniu stanowiącym model warunków rzeczywistego funkcjonowania, których głównym celem jest dalsze udoskonalenie techniczne produktów, procesów lub usług, których ostateczny kształt zasadniczo nie jest jeszcze określony. Mogą obejmować opracowanie prototypów i projektów pilotażowych, które można wykorzystać do celów komercyjnych, w przypadku, gdy prototyp lub projekt pilotażowy z konieczności jest produktem końcowym do wykorzystania do celów komercyjnych, a jego produkcja jest zbyt kosztowna, aby służył on jedynie do demonstracji i walidacji. Eksperymentalne prace rozwojowe nie obejmują rutynowych i okresowych zmian

wprowadzanych do istniejących produktów, linii produkcyjnych, procesów wytwórczych, usług oraz innych operacji w toku, nawet jeśli takie zmiany mają charakter ulepszeń³.

Wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp określone w art. 11 ust. 5 pkt 1 Pzp jest szersze niż wyłączenie z art. 11 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, które dotyczy tylko usług (bez względu na ich wartość). Przedmiotem wyłączenia z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp jest zaś dostawa lub usługa służąca wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, co oznacza, że sam zakup (urządzeń, produktów, praw itp.), jak i świadczenie usług nie może służyć innemu celowi ani też nie może być przeznaczone jednocześnie dla celu wymienionego w wyłączeniu, jak i innego celu. Wskazać przy tym należy, że wyłączność, o której mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp w odniesieniu do dostaw należy rozumieć w ten sposób, że zakup musi być wykorzystywany w celach badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, jednak nie ma przeszkód, żeby po wykorzystaniu do tego celu, był użytkowany także do innych celów zamawiającego (np. urządzenie zakupione na potrzeby danego projektu badawczego, po zakończeniu projektu może być dalej wykorzystywane np. do kształcenia studentów, wykonywania innych badań, w bieżącej działalności uczelni itp.).

III. Szacowanie wartości zamówienia – zasady ogólne

Zasady dotyczące szacowania wartości zamówienia określone zostały w Rozdziale 5 Działu I ustawy Pzp, tj. w art. 28-36 ustawy Pzp. Zgodnie z art. 28 ustawy Pzp, podstawą ustalenia wartości zamówienia jest całkowite szacunkowe wynagrodzenie wykonawcy bez podatku od towarów i usług, ustalone z należytą starannością. Ustawa Pzp nie definiuje pojęcia „należytą staranność”, o której mowa w przywołanym przepisie, dlatego w celu ustalenia znaczenia tego pojęcia, na podstawie art. 8 ustawy Pzp, należy odwołać się do art. 355 § 2 ustawy Kodeks cywilny. W kontekście tego przepisu uznać należy, że przy ustalaniu wartości zamówienia należy dochować staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, przy uwzględnieniu charakteru prowadzonej działalności. Jest to ogólna reguła dotycząca szacowania wartości zamówienia, która dotyczy wszystkich zamówień udzielanych na gruncie ustawy Pzp.

Wskazać również należy, że ustalenie wartości zamówienia, a w jego następstwie, ocena między innymi co do obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp, w każdym przypadku powinno zostać poprzedzone analizą, czy w danym stanie faktycznym mamy do czynienia z jednym zamówieniem publicznym, czy też z zamówieniami odrębnymi, których wartość szacunkowa może być ustalona odrębnie.

³ Zob. art. 2 pkt 86 rozporządzenia Komisji (UE) Nr 651/2014 uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu (Dz. Urz. UE L 187 z 26.06.2014, s. 1)

Mając na względzie przepisy ustawy Pzp oraz wytyczne w zakresie prawidłowego szacowania wartości zamówień i zakazu dzielenia zamówienia na części wskazać należy, że przesłanką podstawową, pozwalającą na przesądzenie, czy dane zamówienie powinno być traktowane jako jedna całość, szacowana łącznie, jest obiektywna możliwość uprzedniego zaplanowania świadczenia, a w przypadku, gdy zamówienie obejmuje dostawy, również podobieństwo przedmiotowe. Z art. 30 ust. 2 ustawy Pzp można wywieść, że łącznemu ustaleniu wartości podlegają podobne dostawy. W świetle motywu 19 dyrektywy klasycznej⁴, przesłanka podobieństwa dostaw winna być rozumiana celowościowo i w sposób zobiektywizowany (dostawy podobne to takie, które mają identyczne lub podobne przeznaczenie, z zastrzeżeniem, że w ww. motywie dyrektywy klasycznej mowa jest o podobnym przeznaczeniu różnych przedmiotów, a nie o przeznaczeniu, jakie dla przedmiotu dostawy znajdzie zamawiający). Zatem w przypadku dostaw, łącznemu szacowaniu podlegają te dostawy, które były lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego i są przedmiotowo podobne. Odnośnie szacowania usług wskazać należy, że przepisy ustawy Pzp i dyrektywy klasycznej nie nakazują łącznego szacowania podobnych usług. Ustalając wartość zamówienia na usługi, zamawiający odnosi się do konkretnej usługi, którą zamierza nabyć. W przypadku usług, łącznemu szacowaniu podlegać będą zatem jednorodne usługi, jeśli zostały lub powinny zostać przewidziane przez zamawiającego.

Wskazać przy tym należy, że na sposób szacowania wartości zamówienia publicznego wpływ mogą wywrzeć okoliczności, które zaistniały po wszczęciu lub zakończeniu procedury udzielenia zamówienia, na które zamawiający nie miał wpływu lub których na tym etapie nie mógł przewidzieć. W przypadku bowiem, gdy instytucja zamawiająca z należytą starannością dokonała ustalenia zakresu zamówienia, a już po dokonaniu tych czynności i wszczęciu postępowania pojawiła się uprzednio nieprzewidziana potrzeba udzielenia kolejnego zamówienia tego samego rodzaju, zamawiający co do zasady może być uprawniony do uznania takiego zamówienia za odrębne, którego wartość powinna być oszacowana odrębnie, na podstawie art. 28 ustawy Pzp. Przedmiotowe zamówienie udzielane będzie bowiem w odpowiedzi np. na potrzeby powstałe po wszczęciu postępowania o udzielenie zamówienia, których zamawiający, działając z należytą starannością, nie mógł wcześniej przewidzieć.

Jednocześnie wskazać należy, że na określone wyżej zasady szacowania wartości zamówienia publicznego nie ma wpływu wybrane źródło finansowania zamówienia (np. fakt finansowania zamówienia z różnych źródeł, np. różnych grantów). Podkreślić należy ponadto, że ustawa Pzp, wskazując reguły szacowania wartości zamówień, nie formułuje odmiennych

⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dn. 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.3.2014, str. 65 ze zm.)

zasad w stosunku do zamówień udzielanych w ramach projektów. Uwzględniając opisane wyżej zasady, wskazać należy, że zamawiający zobowiązany jest zakwalifikować jako jedno zamówienie, którego realizacja powinna być poprzedzona wszczęciem jednego postępowania lub kilku postępowań te świadczenia, których pełny zakres jest w stanie z góry zaplanować. Specyfika danego projektu może mieć wpływ na ocenę, czy dane zamówienie wchodzące w jego skład jest odrębne od innych zamówień (niezależnie od tego, czy wchodzi one w skład tego samego projektu, lub innego projektu, lub nie wchodzi w skład żadnego z projektów), wtedy jeżeli stanowi obiektywną okoliczność uniemożliwiającą zaplanowanie zamówień na usługi i dostawy związane z badaniami naukowymi. Natomiast jeżeli w ramach realizacji danego projektu badawczego pojawi się konieczność zakupu np. podobnych dostaw o charakterze nieplanowanym, zamawiający uprawniony będzie do uznania takiego zamówienia za odrębne, którego wartość powinna zostać oszacowana odrębnie na podstawie art. 28 ustawy Pzp.

Ponadto zwrócić należy uwagę również na art. 29 ust. 2 ustawy Pzp, który stanowi, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba, że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. W świetle tego przepisu, podział zamówienia na części jest dopuszczalny, jeśli nie prowadzi do niestosowania ustawy Pzp. Niebezpieczeństwo „niestosowania przepisów ustawy”, o którym mowa w art. 29 ust. 2 ustawy Pzp dotyczyć może zasadniczo dwóch aspektów: niestosowania ustawy (wszystkich przepisów Pzp) do udzielenia zamówienia lub choćby jej części, pomimo obowiązku jej stosowania, ale także stosowania reżimu Pzp przynależnego zamówieniom klasycznym o wartości mniejszej niż progi unijne, pomimo, iż prawidłowo ustalona wartość zamówienia wskazywałaby na konieczność stosowania procedur jak dla zamówień o wartości równej lub przekraczającej te progi.

IV. Zamówienia mieszane w kontekście szacowania wartości zamówienia

W kontekście szacowania wartości zamówienia należy mieć również na względzie reguły dotyczące łączenia zamówień o charakterze mieszanym. Może bowiem zaistnieć sytuacja, w której w ramach jednego zamówienia, do jednej jego części nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, a do drugiej części tego zamówienia przepisy ustawy Pzp będą miały zastosowanie. W takiej sytuacji należy posługiwać się zasadami określonymi w art. 24-25 ustawy Pzp.

Przy wyborze określonych reguł dotyczących udzielania zamówień mieszanych należy w pierwszej kolejności ustalić, czy świadczenie ma charakter podzielny czy niepodzielny. Zamówienie będzie podzielne, jeżeli poszczególne jego części mogą istnieć samodzielnie

Zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, jeżeli **zamówienie jest podzielne** na części oraz obejmuje równocześnie części, do których mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp, oraz

części, do których tych przepisów nie stosuje się, zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia.

W myśl art. 24 ust. 2 ustawy Pzp, jeżeli zamawiający udziela zamówienia w częściach, do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części, z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp. W przypadku części zamówienia, do której nie stosuje się przepisów ustawy (tj. jeżeli zachodzi wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp, np. na podstawie z art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp), udzielenie takiego zamówienia nie podlega żadnym ustawowym regułom proceduralnym. Przywołany wyżej art. 29 ust. 2 ustawy Pzp stanowi, że zamawiający nie może dzielić zamówienia na odrębne zamówienia, jeżeli prowadzi to do niestosowania przepisów ustawy, chyba że jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Tym samym, w przypadku, gdy zamawiający zamierza zlecić zamówienia na dostawy podlegające wyłączeniu na podstawie art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp oraz zamówienia na podobne dostawy, które wyłączeniu nie podlegają, zamawiający może udzielić odrębnych zamówień (tj. dla których wartość ustalona jest odrębnie), o ile jest to uzasadnione obiektywnymi przyczynami. Za obiektywną przyczynę można przykładowo uznać okoliczności związane z tym, że przedmiot dostawy w jednej z części służy wyłącznie do celów badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju.

W przypadku udzielania jednego zamówienia, jeżeli do jednej części zamówienia nie stosuje się przepisów ustawy Pzp, a do drugiej przepisy tej ustawy mają zastosowanie, do całości zamówienia stosuje się przepisy Pzp właściwe dla części, do której mają zastosowanie przepisy Pzp (zob. art. 24 ust. 3 pkt 5 ustawy Pzp). Nie ma przy tym znaczenia, jaką wartość ma część, do której nie stosuje się przepisów Pzp.

Jeżeli **zamówienie jest niepodzielne na części** oraz obejmuje równocześnie elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy Pzp i do których tych przepisów nie stosuje się, do udzielenia tego zamówienia stosuje się przepisy właściwe ze względu na główny przedmiot zamówienia (art. 25 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp). Zgodnie z art. 25 ust. 2 zamówienie jest niepodzielne na części, jeżeli ze względów technicznych, organizacyjnych lub ekonomicznych tworzy nierozdzielalną całość.

V. Interpretacja art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp w kontekście zakupu dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej

Zgodnie z treścią art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zamawiający może udzielić zamówienia z wolnej ręki, jeżeli dostawy, usługi lub roboty budowlane mogą być świadczone tylko przez jednego wykonawcę z przyczyn:

- a) technicznych o obiektywnym charakterze,
- b) związanych z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów

- jeżeli nie istnieje rozsądne rozwiązanie alternatywne lub rozwiązanie zastępcze, a brak konkurencji nie jest wynikiem celowego zawężenia parametrów zamówienia.

Odnosnie interpretacji pojęcia „**przyczyny techniczne o obiektywnym charakterze**”, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit a) ustawy Pzp wskazać należy, że omawiana przesłanka zasadniczo odnosi się do faktycznego monopolu danego wykonawcy w obszarze objętym udzielanym zamówieniem i oznacza sytuację, w której na rynku istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do wykonania zamówienia.

Przypomnieć w tym miejscu należy, że motyw 50 preambuły do dyrektywy klasycznej wyraźnie określa konieczność udowodnienia prawidłowości zastosowania ww. przesłanki wskazując, że instytucje zamawiające odwołujące się do tego wyjątku powinny przedstawić powody braku racjonalnych rozwiązań alternatywnych lub zamiennych, takich jak wykorzystywanie alternatywnych kanałów dystrybucji, również poza państwem członkowskim, w którym znajduje się instytucja zamawiająca lub rozważenie porównywalnych pod względem funkcjonalności robót budowlanych, dostaw i usług. Zamawiający musi zatem wykazać, że tylko i wyłącznie dany wykonawca jest w stanie określić zamówienie wykonać. Z tego względu niezbędne jest obiektywne i rzetelne ustalenie przez zamawiającego, czy w danej sytuacji w odniesieniu do określonego zamówienia istnieją alternatywni wykonawcy, którzy mogliby potencjalnie zrealizować zamówienie. Zakres terytorialny poszukiwań potencjalnego wykonawcy, jak wynika z motywu 50 preambuły do dyrektywy klasycznej, nie powinien być z góry zawężany terytorialnie, natomiast powinien wynikać z poszukiwań rozsądnych rozwiązań alternatywnych. Pojęcie rozsądnych rozwiązań alternatywnych skonkretyzować się może jedynie w odniesieniu do konkretnego zamówienia oraz bieżącej sytuacji rynkowej.

Sytuacja, w której na rynku działa co najmniej dwóch wykonawców mogących zrealizować dane zamówienie, wyklucza możliwość zastosowania przedmiotowego trybu. Należy podkreślić, że istnienie tylko jednego wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia powinno wynikać z obiektywnych okoliczności, a nie własnego, subiektywnego przekonania zamawiającego. W szczególności wskazać należy, że skutecznym uzasadnieniem dla powołania się przez zamawiającego na tę przesłankę udzielenia zamówienia nie może być powołanie się przez zamawiającego na szczególne zaufanie, jakim darzy danego wykonawcę, jego doświadczenie i możliwości organizacyjne. Nie będzie także wystarczające wskazanie, że zamówienie ma szczególny, złożony charakter lub długi czas realizacji. Zatem wybór wykonawcy w trybie z wolnej ręki, w oparciu o przesłankę z art. 214 ust. 1 pkt 1 lit. a) ustawy Pzp uzależniony jest od szczególnego charakteru danego zamówienia, czyli jego

specyficznych cech technicznych powodujących, że na rynku nie występuje więcej niż jeden podmiot, który mógłby wykonać to zamówienie.

Odnosnie interpretacji pojęcia „**przyczyny związane z ochroną praw wyłącznych wynikających z odrębnych przepisów**”, o którym mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 lit b) ustawy Pzp wskazać należy, że przesłanka ta odwołuje się przede wszystkim do ochrony przewidzianej w przepisach ustawy o prawie autorskim i prawach pokrewnych oraz Prawa własności przemysłowej, a więc dotyczy głównie zamówień obejmujących utwory lub inne przedmioty zawierające oryginalne rozwiązania intelektualne. Prawo wyłączne oznacza jednak nie tylko prawo autorskie bądź patent, ale również prawo własności i pochodne od niego prawa względne, ograniczone prawa rzeczowe i inne wyłączne prawa.

Mając na uwadze powyższe, odnosząc się do oceny możliwości udzielenia zamówienia w trybie z wolnej ręki na zasadzie art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp na zakup dostępu do zagranicznych baz danych i informacji bibliotecznej wskazać należy, że nie jest możliwe udzielenie jednoznacznej odpowiedzi, która będzie prawdziwa i adekwatna w każdym stanie faktycznym i co do każdej bazy tego typu. Zamawiający zawsze powinien przeanalizować konkretny stan faktyczny i ocenić go pod kątem zaistnienia przesłanek udzielenia zamówienia, o których mowa w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy. W celu dokonania powyższej oceny niezbędne jest ustalenie cech charakterystycznych danej bazy danych lub informacji bibliotecznej i wykonanie rozeznania co do oferty rynkowej, co umożliwi ustalenie, czy obiektywnie istnieje tylko jeden wykonawca zdolny do wykonania przedmiotowego zamówienia w świetle przesłanek wskazanych w art. 214 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, zgodnie ze wskazówkami interpretacyjnymi wskazanymi powyżej. Jeżeli w wyniku powyższego ustalone zostanie, że uzasadnione potrzeby zamawiającego spełnia tylko określona baza danych lub informacja biblioteczna, którą może dostarczyć tylko jeden wykonawca, to zasadne może być skorzystanie z art. 214 ust.1 pkt 1 ustawy Pzp.

[VI. Interpretacja art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp z związku z art. 469 ustawy z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce](#)

Podmioty posiadające na gruncie ustawy Pzp status zamawiającego, zobowiązane są stosować przepisy ustawy Pzp przy wyborze kontrahenta, z którym zawierają umowę w sprawie zamówienia publicznego. Powyższy obowiązek zostaje jednakże wyłączony m.in. w przypadkach określonych w Rozdziale 1, Oddziale 2 ustawy Pzp pt. „Wyłączenia stosowania przepisów ustawy”. Stosownie do art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, ustawy Pzp nie stosuje się do zamówień o wartości mniejszej niż progi unijne, których przedmiotem są dostawy lub usługi służące wyłącznie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej

osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju. W świetle ww. przepisu, zamawiający może skorzystać z wyłączenia stosowania przepisów w odniesieniu do różnego rodzaju dostaw lub usług pod warunkiem jednak, iż zamówienia te charakteryzować się będą wszystkimi przesłankami, określonymi w przywołanym przepisie.

Należy podkreślić, że ww. zasady udzielania zamówień na dostawy lub usługi służące do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych, które nie służą prowadzeniu przez zamawiającego produkcji masowej służącej osiągnięciu rentowności rynkowej lub pokryciu kosztów badań lub rozwoju będą miały zastosowanie jedynie w przypadku zamówień, których wartość jest mniejsza niż progi unijne. Ww. wyłączenie nie będzie zatem miało zastosowania do zamówień o wartość równej lub przekraczającej progi unijne.

Jednocześnie zgodnie z art. 469 PSWiN w przypadku udzielania zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 tej ustawy, podmiot, o którym mowa w art. 4, art. 5 ust. 1 i art. 6 tej ustawy, do którego stosuje się przepisy niniejszej ustawy:

- 1) zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w BIP na jego stronie podmiotowej;
- 2) działa w sposób zapewniający przejrzystość, równe traktowanie podmiotów zainteresowanych wykonaniem zamówienia oraz z uwzględnieniem okoliczności mogących mieć wpływ na jego udzielenie;
- 3) nie udostępnia informacji związanych z zamówieniem stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa w rozumieniu przepisów o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, jeżeli podmiot zainteresowany wykonaniem zamówienia, nie później niż przed zawarciem umowy o wykonanie tego zamówienia, zastrzegł, że nie mogą być one udostępniane;
- 4) zamieszcza niezwłocznie w BIP na jego stronie podmiotowej informację o udzieleniu zamówienia, podając nazwę albo imię i nazwisko podmiotu, z którym zawarł umowę o wykonanie zamówienia, albo informację o nieudzieleniu tego zamówienia.

W wyniku analizy przywołanego wyżej przepisu uznać należy, że wskazuje on wymogi, jakie muszą być spełnione przy udzielaniu zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli wartość tych zamówień jest równa lub przekracza progi unijne. Nie oznacza to jednak, że przepis ten stanowi o wyłączeniu stosowania ustawy Pzp do tego typu zamówień. Brak jest w ustawie Pzp, jak i w PNiSW przepisów, które wyłączałyby stosowanie ustawy Pzp i wprowadzałyby alternatywną procedurę udzielania zamówień, o których mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, jeżeli ich wartość jest równa lub przekracza progi unijne.

Należy zatem wskazać, że omawiany przepis wprowadza jedynie dodatkowe warunki, jakie musi spełniać postępowanie o udzielenie tego typu zamówień, nie wyłączając jednocześnie stosowania ustawy Pzp.

Reasumując powyższe należy wskazać, że udzielając zamówienia, o którym mowa w art. 11 ust. 5 pkt 1 ustawy Pzp, którego wartość jest równa lub przekracza progi unijne, zamawiający nie jest zwolniony ze stosowania ustawy Pzp na mocy art. 469 PNiSW. Z przepisu tego wynika natomiast obowiązek zamawiającego w zakresie uwzględnienia przy udzielaniu tego typu zamówień dodatkowych wymogów, określonych w art. 469 PNiSW