

Warszawa, dnia 21 maja 2015 r.

OPINIA

W PRZEDMIOCIE OKREŚLONYCH ASPEKTÓW FUNKCJONOWANIA JEDNOSTEK REALIZUJĄCYCH PROGRAM MIĘDZYNARODOWYCH AGEND BADAWCZYCH (MAB)

W wykonaniu zlecenia z dnia 17 ub.m. Fundacji na Rzecz Nauki Polskiej, pozwalam sobie przedstawić następującą opinię w przedmiocie ogólnie określonym w tytule, przy czym określenie to obejmuje materię wskazaną w zleceniu jako analiza i opinia dotycząca tego, czy:

- 1) *nowo powstałe jednostki realizujące Międzynarodowe Agendy Badawcze – dalej MABy, utworzone w rozważanych przez FNP formach prawnych: fundacji, jednostki wspólnej lub międzyuczelnianej, międzynarodowego instytutu PAN bądź spółki będą od momentu utworzenia spełniać wymogi jednostki naukowej w rozumieniu przepisów ustawy o finansowaniu nauki;*
- 2) *na gruncie obecnie obowiązujących przepisów możliwe jest utworzenie międzyuczelnianej jednostki lub jednostki wspólnej określonej w art. 31a ustawy o szkolnictwie wyższym założonych na podstawie porozumienia uczelni polskiej i przynajmniej jednego partnera zagranicznego, która odpowiadałaby wymaganiom stawianym przez FNP MABom; w tym w szczególności:*
 - a) *czy można skutecznie zagwarantować spełnienie przez jednostkę wymagań stawianych przez FNP przyszłym MABom? jakie uregulowania powinny się znaleźć w porozumieniu międzynarodowym, a jakich wymogów porozumienie skutecznie nie zagwarantuje?*
 - b) *jak daleko mogłaby sięgać autonomia takiej jednostki: które z założeń funkcjonowania MABu dałoby się zagwarantować i w jaki sposób?*
 - c) *jak skutecznie zagwarantować warunki rekrutacji na liderów zespołów badawczych prowadzonej przez międzynarodowy komitet naukowy?*
 - d) *kto miałby być pracodawcą dla naukowców prowadzących badania w ramach MABu?*
 - e) *w jakim trybie następowaloby zatrudnienie tych naukowców i na jakich zasadach?*
 - f) *kto i w jaki sposób miałby kształtować wynagrodzenia dla personelu MABu? czy są w tym zakresie jakieś ograniczenia?*
 - g) *czy i ewentualnie w jaki sposób jest możliwe zagwarantowanie okresowej ewaluacji liderów zespołów badawczych na warunkach zakładanych przez FNP; czy możliwe jest przedłużenie kontraktu lidera na czas określony więcej niż raz, przy pozytywnym wyniku ewaluacji?*
 - h) *w jaki sposób skutecznie zagwarantować trwałość takiej jednostce?*
 - i) *których wymagań stawianych przez FNP MABom nie da się zapewnić tworząc MAB w ramach międzyuczelnianej jednostki lub jednostki wspólnej?*

- 3) *na gruncie obecnie obowiązujących przepisów możliwe jest utworzenie instytutu międzynarodowego z zagranicznymi instytucjami lub organizacjami naukowymi zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk, który odpowiadałby wymaganiom stawianym przez FNP MABom; w tym w szczególności prosilibyśmy o rozpatrzenie wszystkich powyżej sprecyzowanych wątpliwości w pkt. a) do i) z uwzględnieniem kontekstu uwarunkowań i specyfiki ustawy o PAN;*
- 4) *czy i ewentualnie na jakich warunkach, na gruncie obecnie obowiązujących przepisów możliwe jest utworzenie MABu w formie spółki z o.o. z zachowaniem wymogów stawianych przez FNP; w szczególności:*
- a) *jak zagwarantować jej stabilność i trwałość w trakcie jak i po zakończeniu finansowania przez FNP? czy trwałość mogłaby zapewnić umowa zawarta między spółką utworzoną w Polsce w celu realizacji MAB i jednostką zagraniczną na okres dłuższy niż czas finansowania MAB przez FNP? czy taka umowa może określać sposób rekrutacji pracowników?*
- b) *w jakiej formule można by zamknąć funkcje analogiczne do kompetencji Komitetu (jak w Założeniach)? Prosimy o rozważenie również szczególnego przypadku, jednoosobowej spółki uczelni państwowej?*
- c) *czy możliwy jest udział własnościowy FNP w MAB sp. z o.o. w celu zagwarantowania stabilności tego podmiotu?*

*

Przed przystąpieniem do próby udzielenia odpowiedzi na powyższe pytania, za celowe uważam przypomnienie podstawowych wyjściowych ustaleń, powołanej także w zleceniu, mojej opinii z dnia 9 maja ub.r. w przedmiocie najkorzystniejszej formy prawnej dla jednostki naukowej mającej skorzystać z finansowania w programie *Teaming of Excellence* w ramach Horyzont 2020 sporządzonej na podstawie dokumentu „Program: Międzynarodowe Agendy Badawcze” (dalej określanego jako „Dokument”) i dostępnych w internecie aktów Unii Europejskiej dotyczących tego Programu (por. Dz.Urz.UE C nr 361 z 11 grudnia 2013 r., s. 9).

Jak zatem wynika z Dokumentu, Międzynarodowe Agendy Badawcze to operacja finansowania międzynarodowych programów powstałych w partnerstwie między jednostką badawczą w Polsce i instytucją zagraniczną o najwyższej pozycji naukowej w *odrębnej strukturze posiadającej osobowość prawną i spełniającej określone wymogi konkursowe*, przy czym ta *jednostka naukowa realizująca MAB* powinna:

- być *nowopowstała*, co można rozumieć jako utworzenie tej jednostki na potrzeby realizacji MAB;
- mieć międzynarodową radę naukową składającą się z co najmniej 9 członków, w tym w przynajmniej 60% naukowców pracujących stale za granicą i przynajmniej dwóch reprezentujących zagranicznego partnera strategicznego;
- posiadać formę prawną umożliwiającą:
 - przyznanie dużych kompetencji dla tejże międzynarodowej rady naukowej (jako minimum kompetencji wskazuje się: firmowanie MAB na zewnątrz – co o tyle nie poddaje się prostej ocenie prawnej, że, jak sama nazwa wskazuje, rada nie może być organem zarządzającym w rozumieniu art. 41 Kodeksu

cywilnego, a to zasadniczo do organu zarządzającego należy reprezentowanie danej osoby prawnej na zewnątrz; ogłaszanie konkursów na samodzielne stanowiska w MAB; ocena i wybór liderów naukowych; ocena okresowa każdego lidera i ocena okresowa całej MAB; definiowanie potrzeb związanych z rozwojem prowadzonych badań lub zmian w zakresie przyjętej agendy badawczej);

- zapewnienie wolności badawczej dla uczonych;
- przejrzyste kryteria rekrutacji i sukcesu;
- nawiązywanie partnerstwa z instytucjami w Polsce posiadającymi odpowiednią infrastrukturę, potencjał ludzki i masę krytyczną w zakresie, w którym MAB będzie prowadzić swoją działalność;
- posiadać statut (co, w świetle art. 35 i 38 Kodeksu cywilnego jest oczywiste w stosunku do wszystkich osób prawnych w Polsce, z wyjątkiem Skarbu Państwa), ale także regulamin pracy międzynarodowej rady naukowej;
- mieć strukturę administracyjną i prawną ściśle podporządkowaną celom naukowym i gospodarczym.

W powołanej opinii stwierdziłem, iż - przy założeniu, że jednostka nowotworzona na potrzeby realizacji MAB powinna mieć osobowość prawną - obowiązujące w dacie sporządzenia tej opinii ustawodawstwo w bardzo istotny sposób ograniczało możliwości wyboru przez polskie jednostki naukowe bezpośrednio zainteresowane udziałem w Programie odpowiedniej dla nich, a spełniającej także wszystkie inne wymogi określone dla MAB, formy prawnej.

Spośród form posiadających osobowość prawną, ani uczelnie publiczne, ani instytuty Polskiej Akademii Nauk, ani instytuty badawcze nie mogły praktycznie wykorzystać formy spółki kapitałowej. O ile instytuty badawcze miały możliwość bezpośredniego zastosowania – w roli fundatorów – formy fundacji (nie mogąc jednak tworzyć fundacji z przekazywanych im środków publicznych), o tyle uczelnie publiczne i instytuty Polskiej Akademii Nauk (te ostatnie przy założeniu, że Akademia nie utworzy w tym celu międzynarodowego instytutu badawczego) były, przy pozornie szerokim ustawowym zakresie możliwości tworzenia przez nie instytucji służących współpracy naukowej, praktycznie pozbawione możliwości bezpośredniego zastosowania jakiegokolwiek formy prawnej. W rezultacie, pozostawało im skorzystanie z formy fundacji – tworzonej przez formalnie odrębnego fundatora, ale w ramach porozumienia z nimi oraz niezbędnym dla funkcjonowania MAB partnerem zagranicznym, przy zagwarantowaniu w drodze statutowej odpowiednich uprawnień tymże stronom porozumienia.

Takie pośrednie wykorzystanie formy fundacji wydawałoby się właściwym rozwiązaniem także w przypadku uznania braku potrzeby legitymowania się przez jednostkę realizującą MAB osobowością prawną i rozważania wówczas skorzystania przez uczelnie publiczne z form wskazanych w art. 31a Prawa o szkolnictwie wyższym, a to ze względu na brak praktycznej możliwości spełnienia w takim przypadku całości innych wymogów określonych w Dokumencie.

*

Po sporządzeniu powołanej opinii, do chwili obecnej, niezależnie od pewnych zmian

w stosunku do Dokumentu wynikających z przekazanego przez Zleceniodawcę krótszego dokumentu „Międzynarodowe Agendy Badawcze” (generalnie łagodzących wcześniejsze rygory, a polegających na wprowadzeniu nazwy „Międzynarodowy Komitet Naukowy”, w którym zatrudniona ma być w zagranicznych jednostkach naukowych co najmniej połowa członków, złożonego z przedstawicieli wnioskodawców oraz polskiej i zagranicznej jednostki partnerskiej lub osób przez nich rekomendowanych, do zadań którego ma należeć przygotowanie agendy badawczej – programu badawczo-rozwojowego realizowanego w MAB, weryfikowanie agendy, ogłaszanie i przeprowadzanie konkursu na dyrektora lub prezesa MAB oraz na liderów grup badawczych pracujących w MAB, jak również okresowa ewaluacja kierowników grup badawczych – przy wskazaniu jako preferowanej formy prawnej fundacji), nastąpiły jednakże zmiany w przepisach prawa, które mogą mieć znaczenie dla przedmiotu niniejszej opinii.

Poza, zapowiedzianymi zresztą w powołanej opinii z dnia 9 maja ub.r., zmianami wprowadzonymi przez ustawę z dnia 11 lipca 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1198), nieodnoszącymi się jednak wprost do przepisów powołanych w zleceniu, trzeba wskazać przede wszystkim zmiany wprowadzone ustawą z dnia 15 stycznia 2015 r. o zmianie ustawy o zasadach finansowania nauki oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 249), która wchodzi w życie z dniem 25 b.m. W szczególności, ustawa ta wprowadza zmianę w art. 2 pkt 9 lit. f ustawy o zasadach finansowania nauki zawierającym definicję jednostki naukowej.

Zamiast dotychczasowego określania jednostek naukowych innych niż podstawowe jednostki naukowe uczelni, jednostki naukowe PAN, instytuty badawcze, międzynarodowe instytuty naukowe i Polska Akademia Nauk (*inne jednostki organizacyjne [prowadzące w sposób ciągły badania naukowe lub prace rozwojowe] posiadające osobowość prawną i siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, w tym przedsiębiorców posiadających status centrum badawczo-rozwojowego, nadawany na podstawie ustawy z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej*) będzie obowiązywało nowe określenie: *inne jednostki organizacyjne [...] posiadające siedzibę na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, będące organizacjami prowadzącymi badania i upowszechniającymi wiedzę w rozumieniu art. 2 pkt 83 rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu*).

Powołany przepis rozporządzenia Komisji ma brzmienie: *podmiot (jak np. uniwersytet lub instytut badawczy, agencja zajmująca się transferem technologii, pośrednik w dziedzinie innowacji, fizyczny lub wirtualny podmiot prowadzący współpracę w dziedzinie badań i rozwoju) niezależnie od jego statusu prawnego (ustanowionego na mocy prawa publicznego lub prywatnego) lub sposobu finansowania, którego podstawowym celem jest samodzielne prowadzenie badań podstawowych, badań przemysłowych lub eksperymentalnych prac rozwojowych lub rozpowszechnianie na szeroką skalę wyników takich działań poprzez nauczanie, publikację lub transfer wiedzy. W przypadkach gdy tego rodzaju jednostka prowadzi również działalność gospodarczą, finansowanie, koszty i dochody związane z tą działalnością gospodarczą należy rozliczać oddzielnie. Przedsiębiorstwa mogące wywierać decydujący wpływ na taki podmiot w charakterze, na przykład, jego*

udziałowców/akcjonariuszy czy członków mogą nie mieć preferencyjnego dostępu do uzyskanych przez niego wyników).

Przy bardzo ogólnym charakterze powyższej definicji, w związku z odesłaniem do niej w nowym brzmieniu ustawy o zasadach finansowania nauki, w której nie zastrzeżono już wymogu posiadania osobowości prawnej, można twierdzić, że od 25 b.m. jednostka naukowa nie musi mieć osobowości prawnej. Nie można też twierdzić, że – jeżeli uzna się ją za jednostkę organizacyjną (a taki charakter wydaje się wynikać z terminu „organizacja prowadząca badania i upowszechniająca wiedzę”) – musi ona być „ułamną osobą prawną” w takim rozumieniu, o którym była mowa w powołanej opinii z dnia 9 maja ub.r.

To przede wszystkim omawiana zmiana, jak można sądzić, może wpływać na treść niniejszej opinii w kontekście poprzedniej opinii z dnia 9 maja ub.r.

*

Dotyczy to przede wszystkim odpowiedzi na **pytanie (1)** zlecenia. Można bowiem w odniesieniu do bliskiego już stanu prawnego rozważać czy za jednostki naukowe będzie można uznać nie tylko, jak dotychczas, wskazane podmioty posiadające osobowość prawną, ale również jednostki wspólne i międzyuczelniane utworzone na podstawie art. 31a ustawy – Prawo o szkolnictwie wyższym.

Jak była o tym mowa w opinii z dnia 9 maja ub.r., „ułamna osoba prawna” to, wedle brzmienia art. 33¹ § 1 Kodeksu cywilnego, „jednostka organizacyjna niebędąca osobą prawną, której ustawa przyznaje zdolność prawną”. Ustawa – Prawo o szkolnictwie wyższym takiej zdolności jednostkom tworzonym na podstawie art. 31a *explicite* nie przyznaje, do tego używając w stosunku do podstawy powstania jednostki terminu „porozumienie”, wskazującego na to, że w istocie chodzi o formę współpracy stron, a nie powołanie do życia zupełnie nowego bytu prawnego. Nie może jednak ulegać wątpliwości, że zastosowanie w ustawie terminu „jednostka” wskazuje na jej wyodrębnienie organizacyjne, a wobec tego także – tym bardziej biorąc pod uwagę to, że w art. 31a możliwych zadań takiej jednostki nie ogranicza się do prowadzenia studiów i kształcenia w innych formach, choć zadania takie, jak można sądzić, się preferuje – może ona odpowiadać nowej definicji jednostki naukowej, w szczególności gdy powołana jest w celu realizowania programu MAB.

*

W odniesieniu do **pytania (2)** zlecenia i na podstawie bliskiego już stanu prawnego, stwierdzić można już będzie – zauważając także, że w nowym dokumencie dotyczącym MAB nie występuje warunek posiadania osobowości prawnej – dopuścić zasadniczo możliwość utworzenia międzyuczelnianej jednostki lub jednostki wspólnej określonej w art. 31a ustawy - Prawo o szkolnictwie wyższym założonej na podstawie porozumienia uczelni polskiej i przynajmniej jednego partnera zagranicznego, która odpowiadałaby wymaganiom stawianym przez FNP MABom.

Zależy to jednak od treści porozumienia, a ta – należy mieć na uwadze – podlega przepisom nie tylko prawa polskiego, ale i prawa partnera zagranicznego, a więc może zależeć także od dyspozycji przepisów tego prawa (co do którego w oczywisty sposób nie można się wypowiedzieć w kategoriach czysto abstrakcyjnych).

Z punktu widzenia samego prawa polskiego, tj. przede wszystkim Prawa o szkolnictwie wyższym po powołanej nowelizacji z 2014 r., jednostka taka – niemająca, jak była o tym mowa osobowości prawnej, nawet osobowości „ułamnej” - będzie działała w ramach polskiej uczelni, a jej pracownicy będą pracownikami tej uczelni, podlegającymi odpowiednim unormowaniom ustawowym i statutowym.

Analizując pod kątem prawa polskiego ewentualne ograniczenia w możliwości zapewnienia w porozumieniu realizacji wymogów MAB, można twierdzić, że obecne brzmienie przepisów Prawa o szkolnictwie wyższym nie stanowi już zasadniczej przeszkody w takim unormowaniu w porozumieniu organizacji, sposobu funkcjonowania i finansowania jednostki (art. 31a ust. 3 Prawa), aby ta realizacja nie była zasadniczo możliwa.

Dotyczy to statusu pracowników – z tym że zatrudniać ich będzie formalnie rektor na stanowiskach i w oparciu o kwalifikacje wskazane w ustawie, a jeżeli przewiduje się wyższe wymogi kwalifikacyjne, musi to znaleźć odzwierciedlenie w statucie uczelni (art. 116 ust. 1 Prawa o szkolnictwie wyższym); odpowiednie szczególne postanowienia dotyczące konkursów na wszystkie stanowiska także muszą znaleźć się w statucie (art. 118 a ust. 1), podczas gdy sam konkurs na dyrektora/prezesa i liderów grup badawczych (jeżeli dotyczyłby osób już zatrudnionych) mógłby być prowadzony zasadniczo już tylko na zasadach i w trybie określonych w samym porozumieniu (chyba że statut przewiduje szczególne zasady i tryb przeprowadzania konkursów na tego typu stanowiska kierownicze); statut uczelni musi także uwzględniać szczególne zasady i tryb oceny okresowej kierowników grup badawczych (art. 132 ust. 2 Prawa), co najmniej odsyłając w tym zakresie do porozumienia.

Z powyższego wynika, że w istocie gwarancjami zapewnienia realizacji wymogów MAB byłyby jednocześnie porozumienie i statut uczelni.

Ponieważ dokumenty nie byłyby od siebie formalnie niezależne, można sobie wyobrazić późniejsze przeprowadzenie takiej zmiany statutu, wcześniej uwzględniającego wymogi MAB (przede wszystkim przez odwoływanie się do porozumienia), która by oznaczała brak takiego uwzględnienia.

Jedyną prawną przeszkodą w dokonaniu takiej zmiany mogłyby być odpowiednie zobowiązania uczelni względem partnera (partnerów) sformułowane w porozumieniu – być może zagrożone także realnymi sankcjami (np. karami umownymi).

Również tylko w ten sposób można byłoby prawnie zapewnić trwałość danej jednostce – oczywiście tylko na czas trwania porozumienia, bowiem w razie wygaśnięcia porozumienia nie ma odpowiednich prawnych instrumentów zapewnienia trwałości utworzonej na jego podstawie jednostki.

*

Podobną co do zasady, lecz nieco inną, treść może mieć odpowiedź na **pytanie (3)** zlecenia, dotyczące możliwości utworzenia instytutu międzynarodowego z zagranicznymi instytucjami lub organizacjami naukowymi zgodnie z art. 58 ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o Polskiej Akademii Nauk, który odpowiadałby wymaganiom stawianym przez FNP MABom.

Konieczne jest bowiem podkreślenie, że – tworzony na podstawie porozumienia z zagranicznymi instytucjami lub organizacjami naukowymi (przy czym statut byłby integralną częścią porozumienia) – instytut międzynarodowy byłby instytutem Akademii, tj. z jednej strony miałby niewątpliwie osobowość prawną, z drugiej jednak strony musiałby spełniać wymogi, określone w ustawie o PAN dla instytutów Akademii. Wymogów tych nie musi spełniać jedynie instytut międzynarodowy utworzony na podstawie odrębnej ustawy; takim instytutem jest Międzynarodowy Instytut Biologii Molekularnej i Komórkowej (ustawa z dnia 26 czerwca 1997 r., Dz.U. Nr 106, poz. 674, będąca wynikiem porozumienia Rządu RP i UNESCO, przewidująca m.in. szczególny ustrój z Międzynarodowym Komitetem Doradczym zamiast Rady Naukowej, inny system stanowisk: profesor-badacz-asystent, ale też i nadzór Prezesa PAN).

W konsekwencji, międzynarodowy instytut badawczy utworzony na podstawie art. 58 ustawy o PAN, jeżeli będzie się kierować brzmieniem ust. 3 w związku z ust. 1 i 2, powinien z punktu widzenia prawa polskiego (o prawie partnera nie można się wypowiadać z powodów oczywistych), w szczególności, być utworzony za zgodą Ministra Nauki i Szkolnictwa Wyższego (art. 44 ustawy), uzyskać odpowiednie wyposażenie od Akademii (art. 45), znajdować się pod nadzorem Prezesa PAN, jak również nie powinien mieć statutu przewidującego rozwiązanie istotnie niezgodne z ustawą (można zatem mieć wątpliwości co do tego, czy w art. 58 znajduje się upoważnienie do całkowitego czy częściowego zastąpienia rady naukowej przez Komitet Międzynarodowy – w moim przekonaniu jest to możliwe, ale z zachowaniem podstawowych ustawowych kompetencji, choć bez uchwalania statutu, rady naukowej, a tym bardziej co do tego, czy w radzie – Komitecie może być więcej niż 30% członków „zewnątrznych”). Co do konkursu na dyrektora (art. 53 ustawy), co najmniej w rozporządzeniu Ministra wydanym na podstawie art. 53 powinno być odesłanie w tym zakresie do porozumienia i statutu instytutu. Pracownicy naukowcy podlegaliby przepisom art. 89 i nast. Ustawy – z tym jednak, że wobec ustalania zasad i trybu konkursów przez radę naukową, nie byłoby, jeżeli te zadania rady mógłby wykonywać Komitet, większych trudności ze spełnieniem w tym zakresie wymogów MABowskich.

Z powyższego wynika, że o ile w stosunku do jednostek tworzonych na podstawie art. 31a Prawa o szkolnictwie wyższym dla urzeczywistnienia celów MAB podstawowe znaczenie ma statut uczelni, w stosunku do międzynarodowych instytutów badawczych tworzonych na podstawie art. 58 ustawy o PAN można mniej trudności przypisywać unormowaniu statutowemu (bowiem idzie o statut nowej jednostki ustalony w porozumieniu), a za to szczególną rolę należy przypisać „pro-MABowskiej” wykładni przepisów ustawy oraz, koniecznym w moim przekonaniu, zmianom rozporządzenia wydanego na podstawie art. 58 ustawy o PAN.

*

Co do utworzenia MAB w formie spółki z o.o. (**pytanie (4)** zlecenia), po części można powtórzyć, przy uwzględnieniu pewnych zmian obowiązującego stanu prawnego, ustalenia powołanej opinii z dnia 9 maja ub.r., wskazujące – co prawda przy niemającym obecnie takich podstaw jak poprzednio, założeniu, że idzie o jednostkę, która musi mieć osobowość prawną – potrzebę praktycznego rozważania, ze względu na prostotę konstrukcji, jedynie

instytucji spółki z ograniczoną odpowiedzialnością.

Pozostaje bowiem aktualne stwierdzenie, iż występuje istotne podmiotowe ograniczenie możliwości tworzenia spółek i posiadania w nich udziałów albo akcji – odnoszące się do przedmiotu niniejszej opinii. Zgodnie z art. 49 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz.U. z 2013 r. poz. 885, z późn.zm.), możliwości takiej zostały pozbawione (na przyszłość, ale i wobec już posiadanych praw ze względu na treść art. 104 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o finansach publicznych, Dz.U. Nr 157, poz. 1241) jednostki sektora finansów publicznych, poza jednostkami samorządu terytorialnego – chyba że inaczej wynika z przepisów odrębnych. Jednostkami sektora finansów publicznych są, w szczególności, uczelnie publiczne i jednostki organizacyjne Polskiej Akademii Nauk, natomiast nie są nimi, również należące do najważniejszych jednostek naukowych w rozumieniu powołanej ustawy o zasadach finansowania nauki, instytuty badawcze.

W odniesieniu do podmiotów będących jednostkami sektora finansów publicznych, które mogą być objęte zakresem niniejszej opinii, owe przepisy odrębne to w stosunku do uczelni publicznych art. 86 ust. 1 i art. 86a Prawa o szkolnictwie wyższym w brzmieniu wprowadzonym nowelizacją z 2014 r. Przepisy te upoważniają uczelnie, w tym uczelnie publiczne, wprost do tworzenia w formie spółek kapitałowych akademickich inkubatorów przedsiębiorczości, mających na celu wsparcie działalności gospodarczej środowiska akademickiego lub pracowników uczelni lub studentów będących przedsiębiorcami, a jedynie w sposób dorozumiany (a więc wątpliwy) także centrów transferu technologii, tych ostatnich w celu komercjalizacji bezpośredniej wyników badań (art. 86), jak również jednoosobowych kapitałowych spółek celowych (art. 86a), których misją jest komercjalizacja pośrednia (zdefiniowana w art. 2 ust. 1 pkt 36 jako obejmowanie lub nabywanie udziałów lub akcji w spółkach w celu wdrożenia lub przygotowania do wdrożenia wyników badań naukowych, prac rozwojowych lub know-how związanego z tymi wynikami, a może być także zarządzanie prawami własności przemysłowej uczelni w zakresie jej komercjalizacji).

W rezultacie, co stanowi także element odpowiedzi na pytanie (4) zlecenia, jednoosobowa spółka uczelni nie może sama z siebie realizować programu MAB, a ustawa nie przewiduje nawet jej pośredniej roli w prowadzeniu badań naukowych poprzez spółki, w których może ona objąć akcje albo udziały, bowiem zadania tych spółek zostały enumeratywnie określone w art. 86a Prawa o szkolnictwie wyższym.

Podobne przepisy nie występują w stosunku do jednostek organizacyjnych (w istocie instytutów) Polskiej Akademii Nauk – które, w świetle ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o PAN mogą tworzyć jedynie centra Akademii (także z instytutami badawczymi, odpowiednimi przedsiębiorcami i zagranicznymi instytucjami naukowymi – art. 57 tej ustawy), omawiane już instytuty międzynarodowe z zagranicznymi instytucjami lub organizacjami naukowymi (art. 58) lub wspólne instytuty z uczelniami publicznymi lub innymi jednostkami naukowymi (art. 59). Wynika z tego, że instytuty PAN nie mogą tworzyć żadnych spółek, w tym spółek w celu realizacji MAB.

Z kolei, przepisy ustawy z dnia 30 kwietnia 2010 r. o instytutach badawczych są tak skonstruowane, że – mimo tego, że instytuty badawcze, jak była o tym mowa, nie podlegają

zakazowi wynikającemu z art. 49 ust. 1 ustawy o finansach publicznych – nie mogą one tworzyć i przystępować do spółek mających, i to jedynie w zakresie prowadzonych przez instytut badań i prac rozwojowych, inny cel niż komercjalizacja wyników badań naukowych i prac rozwojowych, prowadzenie działań z zakresu transferu technologii i upowszechniania nauki oraz pozyskiwanie środków finansowych na działalność statutową, przy czym zawsze wymaga to zgody ministra nadzorującego; czynności prawne dokonane z naruszeniem tych przepisów są bowiem nieważne (art. 17 ust. 5-8 ustawy o instytutach badawczych).

Pozostaje zatem aktualna teza, iż praktycznie forma spółki nie może znaleźć zastosowania w stosunku do podstawowych kategorii polskich jednostek naukowych zainteresowanych realizacją MAB.

Spółkę taką mogłaby jednak utworzyć także, w tym (jeżeli ten wyrazi taką wolę) z partnerem zagranicznym, Fundacja na Rzecz Nauki Polskiej, o czym również jest mowa w pytaniu (4) zlecenia. Należy przy tym podkreślić, że Statut FNP (tekst jednolity z dnia 3 października 2014 r.), nie zawierając postanowień wprost przewidujących możliwość tworzenia przez Fundację spółek lub uczestniczenia przez Nią w spółkach, pośrednio takiej możliwości nie wyklucza, a w świetle obowiązujących przepisów prawa udział w spółkach kapitałowych nie jest prowadzeniem działalności gospodarczej (które jest w świetle Statutu wykluczone), a zarazem od 1990 r. nie ma art. 36 Kodeksu cywilnego statuującego tzw. specjalną zdolność prawną osób prawnych, uzależniającą ważność tego typu czynności prawnych od treści ustawy i statutu.

W związku z tym mogą powstać kwestie przedstawione w pytaniach konkretyzujących pytanie (4), na które można odpowiedzieć w sposób następujący (kwestia zawarta w pytaniu dotyczącym jednoosobowych spółek uczelni publicznych została już poruszona):

- wnioskując z brzmienia ostatniego pytania konkretyzującego, FNP nie zamierza (i, mogą stwierdzić, zasadnie) tworzyć jednoosobowych spółek kapitałowych w celu realizacji programu MAB, a zatem ewentualnie tworzy takie spółki wraz z innymi podmiotami (do tego w § 2 ust. 2 pkt 3 Statutu jest mowa o „udziale w przedsięwzięciach, zgodnych z celami statutowymi Fundacji”);
- FNP rozważa natomiast możliwość zagwarantowania stabilności i trwałości jednostki MAB w trakcie, jak i po zakończeniu finansowania przez FNP – w tym poprzez umowę zawartą między spółką utworzoną w Polsce w celu realizacji MAB i jednostką zagraniczną na okres dłuższy niż czas finansowania MAB przez FNP;
- o ile konstrukcja umowy spółki z o.o. uniemożliwia sformułowanie w niej odpowiednich gwarancji, jak i zasadniczo utrudnia możliwość wprowadzenia do niej wskazanych standardów dotyczących Międzynarodowego Komitetu Naukowego (który musiałby pełnić rolę Rady Nadzorczej, choć i tak byłoby to łatwiejsze niż gdyby miał zastępować ustawową Radę Naukową w międzynarodowym instytucie badawczym), o tyle jest możliwe wprowadzenie do tej umowy postanowień określających sposób rekrutacji kierownictwa i pracowników;

- wobec braku możliwości stworzenia gwarancji w umowie spółki, poszukiwać ich trzeba w innych instrumentach umownych, zarówno w instrumencie wskazanym w pytaniu (umowa spółki z partnerem zagranicznym), jak i w umowie wspólników (*shareholders agreement*), poprzedzającej zawarcie umowy spółki, lecz zredagowanej w sposób powodujący jej obowiązywanie także po częściowym „skonsumowaniu” poprzez utworzenie spółki – zwłaszcza jeżeli wprowadzi się do nich łatwo zastosowalne sankcje za naruszenie przyjętych zobowiązań (kary umowne, a można, jeżeli instrument przybrałby formę aktu notarialnego, rozważyć klauzulę dobrowolnego poddania się egzekucji odpowiednio do dyspozycji art. 777 Kodeksu postępowania cywilnego);
- można sobie wyobrazić finansowanie przez FNP jedynie w razie zawarcia odpowiednich postanowień w omawianych umowach (umowa spółki, *shareholders agreement*, itd.).

Z powyższego wynika, że skorzystanie w omawianym zakresie z formuły spółki kapitałowej (praktycznie spółki z o.o.) jest możliwe, ale wymaga ono systematycznego skonstruowania spójnego zestawu instrumentów umownych w stopniu znacznie jeszcze większym niż w odniesieniu do formuły fundacji.

prof. dr hab. Hubert Izdebski
radca prawny, adwokat