

Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji. Nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych.

Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa, 2014

**Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji. Nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych.**

Redakcja – **Magdalena Olejarz**, Urząd Zamówień Publicznych

Autorzy:

**Joanna Czarnecka**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.1.**, **2.5.**, **3.**

**Artur Kowalski**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.2.**, **4.**

**Magdalena Olejarz**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **1.**, **2.8.**

**Katarzyna Ołdak-Bułańska**, Urząd Zamówień Publicznych rozdział - **2.9.3**, **2.9.4.**

**Justyna Pożarowska**, Urząd Zamówień Publicznych rozdział - **2.4.**, **2.9.1.**

**Wojciech Pyziak**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.6.**

**Marcin Skowron**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.7.**, **2.9.2.**

**Marta Wosiecka**, Urząd Zamówień Publicznych - rozdział **2.3.**, **2.10.**

**Skład, łamanie i druk:**

R2 PRINT Michał Adam Ryzftter  
ul. Ofiar Katynia 1  
Płock

**Wydawca:**

Urząd Zamówień Publicznych

[www.uzp.gov.pl](http://www.uzp.gov.pl)

e-mail: [uzp@uzp.gov.pl](mailto:uzp@uzp.gov.pl)

**ISBN: 978-83-88686-31-3**

© Urząd Zamówień Publicznych

**Warszawa, 2014 r.**

## 2.9. Nowe dyrektywy jako element realizacji celów Strategii Europa 2020

### 2.9.1. Instrumenty umożliwiające wsparcie rozwoju innowacji

Oprócz poprawy jakości usług publicznych zamówienia publiczne od dawna służą realizacji także innych celów unijnych i krajowych polityk. Po zamówieniach publicznych uwzględniających kwestie środowiskowe i kwestie społeczne, innowacje stały się kolejnym celem unijnych polityk, który ma być realizowany za pośrednictwem zamówień publicznych. Ochrona środowiska, równomierny rozwój społeczny i ostatnio również innowacyjność stymulująca długookresowy wzrost gospodarczy, wszystkie razem mają prowadzić do zrównoważonego rozwoju i ostatecznie poprawiać unijną zdolność do konkutowania na rynkach światowej gospodarki. Dodatkowo, nowym elementem polityki w tym zakresie jest nacisk na zwiększanie zastosowania wynalazków i innowacji z dziedzin typowo gospodarczych i przemysłowych w obszarze życia społecznego (innowacje społeczne, na przykład w zakresie organizacji przedsiębiorstw lub pracy).

W kontekście innowacji, elementem przekrojowo pojawiającym się w trzech nowych dyrektywach jest strategia *Europa 2020*<sup>1</sup>. Reformę europejskiego systemu zamówień publicznych wielokrotnie uzasadnia się w dyrektywach m.in. koniecznością realizacji ww. strategii<sup>2</sup>.

Celem strategii jest inteligentny i zrównoważony rozwój gospodarczy sprzyjający włączeniu społecznemu. Strategia ma prowadzić do przezwyciężenia obecnego kryzysu poprzez transformację opartą o schemat zaproponowany w niej tak, aby do 2020 roku zaadresować istotne problemy związane z kryzysem. Na pięć nadrzędnych celów strategii odpowiadających najistotniejszym problemom składają się: zatrudnienie, badania i rozwój, klimat i energia, edukacja, integracja społeczna i walka z ubóstwem. Cele te będą realizowane w oparciu o siedem inicjatyw przewodnich obejmujących: innowacje, gospodarkę cyfrową, zatrudnienie, młodzież, politykę przemysłową, ubóstwo i oszczędne gospodarowanie zasobami.

Strategia jak i nowe dyrektywy wskazują na zamówienia publiczne jako jeden z instrumentów rynkowych służących osiągnięciu wskazanych celów. Dokument odnosi się do zamówień publicznych w kontekście: ulepszenia warunków do rozwoju innowacji dla biznesu; zwiększania wydajności zasobów i przejścia na gospodarkę niskoemisyjną; oddziaływania na zmianę metod produkcji i konsumpcji; w kontekście ograniczania zużycia energii i zasobów oraz inwestycji w energooszczędne budownictwo i wydajny recyding, polityki przemysłowej oraz w kontekście poprawienia warunków funkcjonowania MŚP. W dokumencie podkreśla się, że polityka zamówień publicznych musi zapewnić efektywne wykorzystanie środków publicznych a rynki zamówień muszą pozostawać otwarte w skali całej Europy.

---

<sup>1</sup> KOM (2010) 2020 - EUROPA 2020 Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu

<sup>2</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motywy 2, 47, 95, 96, 123 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motywy 4, 57, 100, 101, 129 preambuły; dyrektywa 2014/23/UE, motyw 3 preambuły.

### 2.9.1.1. Badania, rozwój, innowacje w nowych dyrektywach koordynujących udzielanie zamówień publicznych

Badania oraz innowacje, w tym eko-innowacje i innowacje społeczne, wskazuje się w nowych dyrektywach jako istotę przyszłego wzrostu gospodarczego, a zamówienia publiczne na nie jako stymulator takiego wzrostu. Podkreśla się, że istnieją różne modele zamówień na usługi badawcze i rozwojowe nie objęte dyrektywami, w tym zamówienia przedkomercyjne, które opisano w Komunikacie Komisji z 2007 r. i które nadal będą miały zastosowanie. Jednocześnie, konieczne jest też rozwinięcie możliwości wspierania innowacji z wykorzystaniem zamówień publicznych.<sup>3</sup>

Podczas gdy priorytetem strategii jest tworzenie innowacji, nowe dyrektywy definiują pojęcie innowacji poprzez odniesienie do strategii, jako:

*wdrażanie nowego lub znacznie udoskonalonego produktu, usługi lub procesu, w tym między innymi procesów produkcji, budowy lub konstrukcji, nowej metody marketingowej lub nowej metody organizacyjnej w działalności przedsiębiorczej, organizowaniu pracy, lub relacjach zewnętrznych m.in. po to, by pomóc rozwiązać wyzwania społeczne lub wspierać strategię „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu.*<sup>4</sup>

Odpowiadając na potrzebę wzrostu innowacyjności europejskich gospodarek nowe unijne regulacje w zakresie zamówień publicznych odnoszą się w swej treści do badań i rozwoju, proponują nową procedurę udzielania zamówień publicznych na innowacje – partnerstwo innowacyjne, oraz wprowadzają dodatkowe elementy sprzyjające uwzględnianiu aspektów innowacyjnych przy udzielaniu zamówień publicznych. Przy czym należy w tym kontekście zwrócić uwagę na pewne odmienności pomiędzy dyrektywą 2014/24/UE i 2014/25/UE, które w zasadzie zawierają identyczne instrumenty wspierania innowacji a dyrektywą 2014/23/UE, która nie zwiera wszystkich możliwości przewidzianych ww. dyrektywami. Nie świadczy to jednak o zamiarze ograniczenia innowacji w koncesjach na roboty budowlane i usługi, a wynika jedynie ze specyfiki regulacji dotyczących zawierania umów koncesyjnych, ze względu na którą ustawodawca unijny postanowił pozostawić podmiotom zamawiającym większą swobodę chociażby w określaniu procedury prowadzącej do udzielenia koncesji, którą zamawiający będzie chciał zastosować. Z tego względu dyrektywa koncesyjna nie zawiera np. katalogu dostępnych procedur – a zatem nie przewiduje też partnerstwa innowacyjnego – czy też nie zawiera zapisów odnoszących się do ofert wariantowych. Mimo to zamawiający udzielający koncesji mogą także uwzględniać w stosowanych przez siebie procedurach potrzeby związane z innowacyjnością, pod warunkiem poszanowania w tych procedurach podstawowych zasad, takich jak: zasada równego traktowania, konkurencyjności, niedyskryminacji i przejrzystości.

Nowe dyrektywy precyzują zakres istniejącego w poprzednich dyrektywach wyłączenia odnoszącego się do usług badawczo-rozwojowych, które dotychczas rodziło wiele wątpliwości interpretacyjnych. W tym kontekście, w motywie 35 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE<sup>5</sup> wskazuje się, że celem tego wyłączenia jest przede wszystkim popieranie współfinansowania programów badawczo-rozwojowych przez przemysł. Z tego względu tam, gdzie mamy do czynienia z tego rodzaju współfinansowaniem zamówienie na usługę badawczo-rozwojową

<sup>3</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 47 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 57 preambuły.

<sup>4</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 2 pkt 22; dyrektywa 2014/25/UE, art. 2 pkt 18; dyrektywa 2014/23/UE, art. 5 pkt 13.

<sup>5</sup> Zob. dyrektywa 2014/25/UE, motyw 42 preambuły.

nie będzie podlegało procedurom wynikającym z dyrektywy. Natomiast, dyrektywa będzie miała w pełni zastosowanie w przypadku braku takiego współfinansowania i gdy wynik prac badawczych przeznaczony będzie dla instytucji zamawiającej tj. gdy instytucja zamawiająca zachowuje wyłączne prawo do wykorzystania wyniku prac badawczo-rozwojowych. Jednocześnie w preambule przestrzega się przed fikcyjnym udostępnianiem wyników prac badawczo-rozwojowych i przed symbolicznym udziałem usługodawców z sektora przemysłowego, wskazując, że w takim przypadku zamówienie nie będzie podlegało wyłączeniu spod dyrektywy.

Zapisy preambuły znalazły odzwierciedlenie w art. 14 dyrektywy 2014/24/UE<sup>6</sup>, zgodnie z którym dyrektywa ma zastosowanie do zamówień na określone usługi badawcze i rozwojowe<sup>7</sup> pod warunkiem, że korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności i jednocześnie całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca. Podczas, gdy podobny przepis zawierały wcześniejsze dyrektywy, zapisy w nowych dyrektywach zostały skonstruowane nieco inaczej: nie w formie wyłączenia a raczej w formie dookreślenia w jakim zakresie w odniesieniu do usług badawczo-rozwojowych mają zastosowanie procedury wynikające z dyrektyw. Ponadto, w preambule dodatkowo wskazano na dopuszczalność publikacji przez wykonawcę usług badawczo-rozwojowych raportu z takich prac badawczo-rozwojowych czy też wyników badań przy jednoczesnym zachowaniu przez zamawiającego prawa do skorzystania z wyłączenia spod przepisów dyrektywy, pod warunkiem jednak, że zamawiający nie zachowuje wyłącznego prawa do wykorzystania takich wyników.

Z kolei, w ramach zamówień publicznych nie podlegających wyłączeniu, na gruncie nowych dyrektyw innowacyjność wspierana jest przede wszystkim przez elastyczne procedury udzielania zamówień uwzględniające możliwość prowadzenia negocjacji: procedurę konkurencyjną z negocjacjami i dialog konkurencyjny. Jednocześnie, w celu bardziej bezpośredniego wsparcia innowacji dyrektywy proponują nową procedurę – gdy dostępne rozwiązania nie pozwalają na dostarczenie innowacyjnych produktów, usług, robót budowlanych odpowiadających zapotrzebowaniu zamawiającego, może on ustanowić partnerstwo innowacyjne. Partnerstwo innowacyjne ma długookresowy charakter i prowadzi do opracowania i zakupu w ramach jednej procedury nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub roboty wykonanych zgodnie z wcześniej ustalonymi parametrami wydajności i kosztami. Jak wyjaśniono w dyrektywie, partnerstwo innowacyjne opiera się na przepisach proceduralnych, które mają zastosowanie w procedurze konkurencyjnej z negocjacjami. Zamówienia w ramach tej procedury powinny być udzielane wyłącznie na podstawie najlepszej relacji jakości do ceny. Jednocześnie, partnerstwo powinno mieć taką strukturę, by mogło zapewnić niezbędny mechanizm popytowy, gdzie innowacyjne rozwiązania opracowywane są w odpowiedzi na zapotrzebowanie rynku.<sup>8</sup>

Innowacyjności nabywanych produktów, usług czy też robót budowlanych sprzyjają także oferty wariantowe. W związku z tym powinny one być jak najczęściej dopuszczane przez zamawiających, przy czym istotne jest, aby w takim wypadku określone zostały minimalne wymagania, które powinny spełniać oferty wariantowe. W odniesieniu do wariantów, nowe dyrektywy klasyczna i sektorowa nie tylko umożliwiają zamawiającym dopuszczenia ofert

---

<sup>6</sup> Zob. dyrektywa 2014/25/UE, art. 32 oraz dyrektywa 2014/23/UE, art. 25.

<sup>7</sup> Dotyczy usług objętych kodami CPV od 73000000-2 do 73120000-9, 73300000-5, 73420000-2 i 73430000-5.

<sup>8</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły.

wariantowych, ale również umożliwiają zamawiającym nałożenie na wykonawców obowiązku składania takich ofert.<sup>9</sup>

Dyrektywy wskazują na innowacje także w kontekście wspólnego udzielania zamówień i scentralizowanych działań zakupowych. Między innymi ze względu na projekty innowacyjne doprecyzowują zasady dotyczące zakupów dokonywanych za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej oraz wprowadzają zapisy odnoszące się do wspólnego udzielania zamówień.<sup>10</sup> W tym kontekście zwraca się również uwagę na wspólne zamówienia transgraniczne na innowacje, odnosząc się do efektu skali i podziału ryzyka, które w przypadku projektów innowacyjnych jest znacznie większe niż przy zwykłych projektach i często niemożliwe do poniesienia przez jedną instytucję.<sup>11</sup> Z tego względu dyrektywy zawierają także zapisy określające zasady udzielania zamówień, w których biorą udział instytucje zamawiające z różnych państw członkowskich.

Kwestia innowacyjności pojawia się również w kontekście specyfikacji technicznych.<sup>12</sup> Specyfikacje techniczne sporządzane przez zamawiających oprócz tego, że mają na celu otwarcie zamówienia publicznego na konkurencję powinny też realizować cele w zakresie zrównoważonego rozwoju (który jest również celem strategii *Europa 2020*). W związku z tym, zaleca się opracowywanie specyfikacji technicznych poprzez określanie wymagań wydajnościowych i funkcjonalnych. Wymagania dotyczące wydajności i funkcjonalności dyrektywy określają jako środek sprzyjający innowacjom w zamówieniach, zalecając jak najszerze stosowanie takich wymagań. W przypadku zakupów o szczególnych cechach społecznych, środowiskowych czy innych dyrektywa zapewnia także możliwość odwoływania się do etykiet, przy czym zastrzega, że takie odwołanie nie powinno skutkować ograniczeniem innowacyjności.<sup>13</sup>

Załącznik XII do dyrektywy 2014/24/UE dotyczący środków dowodowych na potrzeby kryteriów kwalifikacji, tak jak poprzednie dyrektywy, wśród środków stanowiących dowód zdolności technicznej wskazuje m.in. opis urządzeń technicznych, zastosowanych środków i zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa. W przypadku zamówień o złożonym charakterze lub szczególnym przeznaczeniu istnieje możliwość przeprowadzenia kontroli zdolności produkcyjnych dostawcy, zdolności technicznych usługodawcy, jak i dostępnych im środków naukowych, badawczych i środków kontroli jakości, z których będą korzystać.

Dość istotnym narzędziem mogącym wpływać na poziom innowacyjności oferowanych zamawiającemu produktów, usług czy robót budowlanych są także kryteria oceny ofert, a dokładniej szersze korzystanie z pozacenowych kryteriów oceny ofert.<sup>14</sup> Zgodnie z nowymi dyrektywami, zamawiający udzielają zamówień w oparciu o ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej. W świetle nowych przepisów ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie może być zarówno oferta uznana za taką na podstawie ceny lub kosztu bądź też obejmująca najlepszą relację jakości do ceny. Relację taką szacuje się z uwzględnieniem oprócz składowego lub kosztowego także kryteriów jakościowych mogących m.in. uwzględniać innowacyjne cechy zamówienia jak również kwalifikacje i

---

<sup>9</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 48 preambuły, art. 45; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 58 preambuły, art. 64.

<sup>10</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 71 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 80 preambuły.

<sup>11</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 73 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 82 preambuły.

<sup>12</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 74 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 83 preambuły.

<sup>13</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 75 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 85 preambuły.

<sup>14</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67; dyrektywa 2014/25/UE, art. 82.

doświadczenie personelu w zakresie innowacyjności<sup>15</sup> jako, że mają one zasadniczy wpływ na poziom wykonania zamówienia o innowacyjnym charakterze. Ponadto, zamawiający mogą oceniać najlepszą relację jakości do ceny i ofertę o najniższym koszcie, stosując rachunek kosztów cyklu życia. Rachunek taki może obejmować wszystkie koszty w trakcie cyklu życia robót budowlanych, dostaw lub usług w tym m.in. koszty badań, które należy przeprowadzić, rozwoju i produkcji.<sup>16</sup>

Dodatkowo, dyrektywy umożliwiają zamawiającym określanie szczególnych warunków związanych z realizacją zamówienia pod warunkiem, że będą one związane z przedmiotem zamówienia i zostaną wskazane w zaproszeniu do ubiegania się o zamówienie lub w dokumentach zamówienia.<sup>17</sup> Wprawdzie taką możliwość przewidywały już poprzednie dyrektywy, natomiast w nowych dyrektywach po raz pierwszy wskazano wprost, że szczególne warunki dotyczące realizacji zamówienia, określane przez zamawiającego mogą obejmować m.in. aspekty związane z innowacyjnością.

Z kolei, przepisy nowych dyrektyw, dotyczące szczególnych reżimów udzielania zamówień publicznych w rozdziale dotyczącym usług społecznych i innych usług szczególnych, zobowiązują państwa członkowskie do zapewnienia zamawiającym możliwości uwzględnienia m.in. kwestii innowacyjności w procedurach zamówień publicznych na tego typu usługi.<sup>18</sup> Wprowadzenie tego rodzaju zapisów powinno skutkować wsparciem obszaru innowacji o charakterze społecznym.

Ponadto, dyrektywy dostrzegając potencjał MŚP w generowaniu innowacji kładą nacisk na szerszy ich udział w zamówieniach publicznych.<sup>19</sup>

Podczas, gdy dyrektywy wskazują na zamówienia jako kluczowe dla wspierania innowacyjności jednocześnie jednak uznają za niewłaściwe nałożenie obowiązkowych wymogów w odniesieniu do zamówień innowacyjnych (dotyczy to również zamówień środowiskowych czy społecznych) podobnych do tych w sektorze pojazdów transportu drogowego czy w sektorze urzędzeń biurowych, pozostawiając ewentualne nałożenie takich wymogów przyszłemu ustawodawstwu sektorowemu.<sup>20</sup>

### **2.9.1.3. Dialog i negocjacje – procedury sprzyjające innowacjom**

Procedurami pozwalającymi w różnym stopniu uwzględniać kwestie innowacyjności są przede wszystkim procedura konkurencyjna z negocjacjami i dialog konkurencyjny, przy czym warto podkreślić, że zamawiający sektorowi mają w tym wypadku większą swobodę korzystania zarówno z procedury konkurencyjnej z negocjacjami (która w dyrektywie 2014/25/UE nosi nazwę procedury negocjacyjnej z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie) jak i z dialogu konkurencyjnego, których zastosowanie – inaczej niż to ma miejsce w zamówieniach klasycznych – nie wymaga spełnienia określonych przesłanek<sup>21</sup>. Natomiast, dyrektywa 2014/23/UE z uwagi na to, że pozostawia kwestie proceduralne do określenia

---

<sup>15</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 67; dyrektywa 2014/25/UE, art. 82.

<sup>16</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 96 preambuły, art. 68; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 97 preambuły art. 83.

<sup>17</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 70; dyrektywa 2014/25/UE, art. 87.

<sup>18</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 76; dyrektywa 2014/25/UE, art. 93.

<sup>19</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 124 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 130.

<sup>20</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 95 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 100.

<sup>21</sup> Dyrektywa 2014/25/UE, art. 47 i 48.

instytucjom zamawiającym, w ogóle nie zawiera przepisów odnoszących się do konkretnych procedur.

Procedura konkurencyjna z negocjacjami stała się również bazą dla nowej procedury partnerstwa innowacyjnego, które ustanawia się w celu stworzenia od podstaw nie istniejącej innowacji. Procedura konkurencyjna z negocjacjami i dialog konkurencyjny jak i zmiany w ich zakresie w stosunku do poprzednich dyrektyw zostały omówione w rozdziale 2.3. W tym miejscu odniesiemy się tylko do kwestii powiązania tych procedur z innowacjami o których mowa w dyrektywach.

Dyrektywa klasyczna stwierdza<sup>22</sup>, że państwa członkowskie powinny mieć możliwość, by przewidzieć stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego w różnych sytuacjach, w których procedura otwarta lub ograniczona bez negocjacji prawdopodobnie nie przyniosą zadowalających wyników w zakresie zamówień. Takimi sytuacjami niewątpliwie będą zamówienia o innowacyjnym charakterze.

W tym kontekście dyrektywa zwraca uwagę na dialog konkurencyjny wskazując na znaczenie dialogu w przypadkach, gdy instytucje zamawiające nie są w stanie zdefiniować sposobu zaspokojenia swoich potrzeb ani ocenić, co może zaoferować im rynek pod względem rozwiązań technicznych, finansowych lub prawnych i do takich sytuacji zaliczają przypadki projektów innowacyjnych.<sup>23</sup>

Wśród sytuacji które uzasadniają skorzystanie z procedury konkurencyjnej z negocjacjami lub dialogu konkurencyjnego wymienia się<sup>24</sup>:

- roboty budowlane, których przedmiotem są niestandardowe budynki, lub roboty, które obejmują projektowanie lub rozwiązania innowacyjne;
- usługi lub dostawy wymagające prac dostosowawczych lub projektowych;
- złożone zakupy wysokiej klasy produktów, usług intelektualnych (niektóre usługi doradcze, architektoniczne, z zakresu inżynierii);
- duże projekty z zakresu technologii informatycznych i komunikacyjnych (ICT).

Podkreśla się, że w takich przypadkach negocjacje mogą być konieczne, aby zapewnić że dostawa lub usługa odpowiada potrzebom zamawiającego i jednocześnie przestrzega się przed stosowaniem obydwu procedur w odniesieniu do gotowych usług lub dostaw. Zwraca się również uwagę, że procedura konkurencyjna z negocjacjami powinna gwarantować przestrzeganie zasad równego traktowania i przejrzystości szczególnie przez uprzednie określenie przez zamawiającego minimalnych wymagań które musi spełniać każda oferta i których nie można zmieniać podczas negocjacji. Również kryteria udzielenia zamówienia (w tym ich waga) powinny pozostać stałe przez cały czas trwania postępowania i nie powinny podlegać negocjacji.<sup>25</sup>

Adekwatnie do preambuły, art. 26 dyrektywy 2014/24/UE dotyczący wyboru procedury, w ustępie 4, w nowy sposób specyfikuje sytuacje w których należy dopuścić stosowanie procedury konkurencyjnej z negocjacjami i dialogu konkurencyjnego. Artykuł zobowiązuje państwa członkowskie do zapewnienia zamawiającym możliwości stosowania obu procedur w odniesieniu do robót budowlanych, dostaw lub usług w sytuacjach gdy:

---

<sup>22</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 42 preambuły.

<sup>23</sup> Ibidem.

<sup>24</sup> Ibidem, motyw 43 preambuły.

<sup>25</sup> Ibidem, motyw 45 preambuły, art. 29.



- potrzeby instytucji zamawiającej nie mogą zostać spełnione bez dostosowania łatwo dostępnych rozwiązań;
- obejmują one rozwiązania projektowe lub innowacyjne;
- zamówienie nie może zostać udzielone bez wcześniejszych negocjacji z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące charakteru, stopnia złożoności lub struktury prawnej i finansowej albo z uwagi na ryzyko związane z tymi robotami budowlanymi, dostawami lub usługami (ryzyko takie może być powiązane z innowacyjnymi przedmiotami zamówienia);
- jeżeli instytucja zamawiająca nie może ustalić specyfikacji technicznych w wystarczająco precyzyjny sposób poprzez odniesienie do określonej normy, europejskiej oceny technicznej, wspólnej specyfikacji technicznej lub referencji technicznej.

Takie same przesłanki odnoszące się do zastosowania obu procedur łącznie z podobieństwem toczonych w ramach nich rokowań (dialog, negocjacje) mogą nasuwać pewne wątpliwości co do potrzeby istnienia dwóch tak podobnych procedur. Niemniej jednak ustawodawca unijny zdecydował o pozostawieniu zamawiającym możliwości wyboru jednej z ww. procedur.

Dodatkowo podtrzymany został zapis istniejący w poprzednich dyrektywach, odnoszący się do możliwości zastosowania procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, zgodnie z którym można ją zastosować do zamówień publicznych na dostawy jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów badawczych, doświadczalnych, naukowych lub rozwojowych. Zamówienie takie nie może jednak obejmować produkcji masowej dla osiągnięcia rentowności ekonomicznej lub dla pokrycia kosztów badań i rozwoju.<sup>26</sup>

#### **2.9.1.4. Partnerstwo innowacyjne**

Jak wspomniano wyżej strategia *Europa 2020* i innowacje zajmują w treści dyrektyw istotne miejsce. Presja na tworzenie wynalazków i udoskonalanie istniejących rozwiązań, również za pośrednictwem zamówień publicznych, wzrasta. W związku z tym promowana i wspierana jest współpraca sektora publicznego z sektorem nauki i sektorem prywatnym.

Pierwszą unijną inicjatywą w tym zakresie były tzw. zamówienia przedkomercyjne<sup>27</sup>, oznaczające nabywanie usług badawczych i rozwojowych bez konieczności stosowania procedur przewidzianych dyrektywami i implementującym je prawem krajowym. Podczas gdy zamówienia przedkomercyjne pozostają nadal aktualnym narzędziem nabywania usług badawczo-rozwojowych w trybie pozadyrektywowym<sup>28</sup>, dyrektywy idą dalej proponując zupełnie nową procedurę – partnerstwo innowacyjne – mającą prowadzić do udzielania zamówień na innowacyjne produkty, dostawy lub roboty budowlane objęte dyrektywą<sup>29</sup>. Partnerstwo innowacyjne jest szczególną procedurą i w przeciwieństwie do innych opiera się na długotrwałej współpracy pomiędzy zamawiającym i wykonawcą lub wykonawcami.<sup>30</sup> Partnerstwo podlega obowiązkowemu wdrożeniu do ustawodawstwa krajowego<sup>31</sup>, co

<sup>26</sup> Ibidem, art. 32 ust. 3 (a).

<sup>27</sup> KOM(2007) 799 - Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie.

<sup>28</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 47 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 57 preambuły.

<sup>29</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31; dyrektywa 2014/25/UE, art. 49.

<sup>30</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły.

<sup>31</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 26 ust. 3; dyrektywa 2014/25/UE, art. 44 ust. 3.

oznacza, że zamawiający muszą mieć możliwość skorzystania z takiej procedury w formie jaką przewidują dyrektywy.

Dyrektywy nie specyfikują konkretnych przesłanek zastosowania procedury partnerstwa innowacyjnego (tak jak czyni to dyrektywa 2014/24/UE w przypadku dialogu konkurencyjnego i procedury konkurencyjnej z negocjacjami w art. 26 czy w przypadku procedury negocjacyjnej bez ogłoszenia w art. 32), określają jedynie warunek wstępny udzielenia zamówienia w procedurze partnerstwa, którym jest niemożliwość zaspokojenia zapotrzebowania zamawiającego przez dostępne na rynku produkty, usługi lub roboty budowlane<sup>32</sup>.

Procedura partnerstwa innowacyjnego łączy dwa odrębne procesy:

- proces opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych, i jednocześnie
- proces ich zakupu.

Warunkiem takiego połączenia jest to, że wypracowane produkty, usługi lub roboty budowlane odpowiadają wcześniej uzgodnionej między zamawiającym a uczestnikami partnerstwa wydajności oraz kosztom.<sup>33</sup>

W związku z tym, przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia publicznego, które zostanie udzielone w procedurze partnerstwa innowacyjnego zamawiający uwzględnia maksymalną szacunkową wartość (bez VAT) wszystkich działań badawczych i rozwojowych, które będą przeprowadzone na wszystkich etapach partnerstwa, a także wszystkich dostaw, usług lub robót budowlanych, które mają być opracowane i zamówione na koniec partnerstwa.<sup>34</sup> Jednocześnie, szacowana wartość dostaw, usług lub robót budowlanych powinna być proporcjonalna do wielkości inwestycji niezbędnej do ich opracowania.<sup>35</sup>

Konstruując dokumentację zamówienia, zamawiający określa swoje zapotrzebowanie na innowacje, precyzyjnie wskazując minimalne wymagania, jakie muszą spełnić wszystkie oferty, tak aby wykonawcy mieli jasność co do charakteru i zakresu rozwiązania i aby mogli zdecydować czy ubiegać się o udział w partnerstwie. Zamawiający decyduje również czy ustanowi partnerstwo z jednym czy z kilkoma partnerami prowadzącymi odrębne działania badawczo-rozwojowe.<sup>36</sup> W dokumentach zamówienia instytucja zamawiająca określa również rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej.<sup>37</sup>

W ogłoszeniu o zamówienie w trybie partnerstwa innowacyjnego zamawiający wskazuje:

- proponowaną minimalną i, w stosownych przypadkach, maksymalną liczbę kandydatów oraz obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub zasady, które zamierza stosować w celu wyboru kandydatów – jeśli przewiduje możliwość ograniczenia liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert<sup>38</sup>,

---

<sup>32</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 49 preambuły, art. 31 ust. 1; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 59 preambuły, art. 49 ust. 1.

<sup>33</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 2.

<sup>34</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 5 ust. 6; dyrektywa 2014/25/UE, art. 16 ust. 6.

<sup>35</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 7.

<sup>36</sup> Ibidem, art. 31 ust. 1.

<sup>37</sup> Ibidem, art. 31 ust. 6.

<sup>38</sup> Ibidem, art. 65 ust. 2; załącznik V, część C, pkt 15.

- czy przewiduje zastosowanie procedury etapowej w celu stopniowego ograniczenia liczby negocjowanych ofert lub dyskutowanych rozwiązań<sup>39</sup>,
- oraz termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w partnerstwie innowacyjnym<sup>40</sup>.

Minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału w partnerstwie w dyrektywie klasycznej określono na 30 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu, a w dyrektywie sektorowej co do zasady, nie mniej niż 30 dni, z zaznaczeniem, że nie może być on w żadnym wypadku być krótszy niż 15 dni.<sup>41</sup>

W partnerstwie innowacyjnym, w odpowiedzi na ogłoszenie o zamówieniu, wniosek o dopuszczenie do udziału złożyć może każdy wykonawca, przedstawiając informacje na potrzeby kwalifikacji podmiotowej wymagane przez zamawiającego.<sup>42</sup> Natomiast, w samym postępowaniu uczestniczą tylko wykonawcy zaproszeni przez zamawiającego, po dokonaniu przez niego kwalifikacji podmiotowej na podstawie otrzymanych informacji. Tylko tacy wykonawcy mogą przedkładać projekty badawcze i innowacyjne odpowiadające na zamówienie. Zamawiający kwalifikują kandydatów w szczególności na podstawie kryteriów dotyczących ich zdolności w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacji.<sup>43</sup>

Do partnerstw innowacyjnych będzie miał zastosowanie jednolity europejski dokument zamówienia zawierający aktualne oświadczenia własne kandydatów podlegające weryfikacji poprzez przedstawienie odpowiednich dokumentów albo w momencie decyzji o udzieleniu oferentowi zamówienia albo na wcześniejszym etapie postępowania, jeśli żądanie takich dokumentów na tym etapie jest konieczne do zapewnienia prawidłowego przebiegu postępowania. W przypadku partnerstwa będzie to miało znaczenie szczególnie w odniesieniu do ograniczenia ilości kandydatów zaproszonych do składania ofert, kiedy uzasadnione jest wymaganie przedłożenia dokumentów potwierdzających w chwili kwalifikacji kandydatów tak, by ci nie będący w stanie potwierdzić deklaracji na etapie udzielenia zamówienia nie ograniczali dostępu pozostałym.<sup>44</sup>

Zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji podmiotowej, których zaprosi do składania ofert, jednak minimalna liczba kandydatów w przypadku partnerstwa określona w dyrektywie klasycznej nie może być mniejsza niż 3.<sup>45</sup> W przypadku gdy liczba kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji oraz posiadających wymagane minimalne poziomy zdolności jest mniejsza niż 3, instytucja zamawiająca nadal może kontynuować postępowanie, zapraszając kandydatów posiadających wymagany potencjał. Zamawiający nie może jednak w tym samym postępowaniu uwzględnić wykonawców, którzy nie złożyli wniosków o dopuszczenie do udziału, ani kandydatów, którzy nie posiadają wymaganego potencjału. Dyrektywa sektorowa nie określa minimalnej liczby

<sup>39</sup> Ibidem, załącznik V, część C, pkt 16.

<sup>40</sup> Ibidem, załącznik V, część C, pkt 17.

<sup>41</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 1; dyrektywa 2014/25/UE, art. 49 ust. 1.

<sup>42</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 31 ust. 1.

<sup>43</sup> Ibidem, art. 31 ust. 6.

<sup>44</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 84 preambuły, art. 59 ust. 4; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 92 preambuły.

<sup>45</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 65 ust. 1, art. 65 ust. 2.

zakwalifikowanych kandydatów stwierdzając jednak, że taka liczba musi uwzględniać konieczność zapewnienia odpowiedniego poziomu konkurencji.<sup>46</sup>

W procedurze partnerstwa innowacyjnego zamawiający zaprasza równocześnie, na piśmie, zakwalifikowanych kandydatów do składania ofert.<sup>47</sup> Jeśli stosuje się wstępne ogłoszenie informacyjne jako zaproszenie do ubiegania się o zamówienie, zamawiający zapraszają równocześnie, na piśmie, wykonawców, którzy wyrazili zainteresowanie, do potwierdzenia dalszego zainteresowania. Zaproszenia zawierają informacje określone w załączniku IX oraz adres elektroniczny pod którym zostały bezpośrednio udostępnione dokumenty zamówienia lub dokumenty zamówienia, jeśli nie zostały one do tej pory udostępnione w sposób w pełni otwarty.<sup>48</sup>

Jeśli chodzi o **organizację procedury prowadzącej do zawarcia umowy partnerstwa**, powinno ono opierać się na przepisach procedury konkurencyjnej z negocjacjami.<sup>49</sup> Dyrektywy określają, że samo partnerstwo powinno natomiast być podzielona na etapy.<sup>50</sup> Etapy takie powinny odpowiadać kolejnym krokom w procesie badawczo-rozwojowym prowadzącym do wytworzenia innowacji do tej pory niedostępnej na rynku. Dodatkowo dyrektywy stwierdzają, że czas trwania i wartość poszczególnych etapów partnerstwa powinny być adekwatne do stopnia innowacyjności proponowanego rozwiązania. Etapy partnerstwa powinny osiągać ustalone cele pośrednie, za realizację których partnerowi/partnerom wypłaca się odpowiednią ratę wynagrodzenia. W oparciu o takie cele pośrednie zamawiający może po każdym etapie postanowić zakończyć partnerstwo lub, w przypadku partnerstwa z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów. Zmniejszenie liczby partnerów poprzez rozwiązanie poszczególnych umów jest jednak możliwe tylko pod warunkiem uprzedniego przewidzenia takiej możliwości i określenia jej zasad w dokumentach zamówienia. Tak więc oprócz tego, że etapy partnerstwa powinny podążać za porządkiem prac badawczo-rozwojowych, samo partnerstwo powinno zmierzać do stopniowego ograniczania proponowanych rozwiązań poprzez zastosowanie uprzednio wskazanych kryteriów.

Dodatkowo, w odniesieniu do struktury partnerstwa, preambuła podkreśla<sup>51</sup>, że niezależnie od wielkości innowacyjnego projektu partnerstwo powinno być tak skonstruowane, aby zapewniać niezbędny mechanizm popytowy, co oznacza, że opracowane innowacyjne rozwiązania powinny pociągać za sobą zainteresowanie rynku i prowadzić do wzrostu konkurencyjności i innowacyjności w danym obszarze. Wzrostowi takiej konkurencji szczególnie sprzyjać może partnerstwo z kilkoma partnerami.

Procedura zmierzająca do zawarcia umowy partnerstwa opiera się na negocjacjach w których zamawiający negocjują z oferentami wstępne i wszystkie kolejne oferty składane w trakcie jego trwania.<sup>52</sup> Natomiast, **negocjacom nie podlegają:**

- minimalne wymogi, które musi spełniać każda oferta,
- kryteria udzielenia zamówienia,
- oraz ostateczne oferty złożone w ramach procedury.

---

<sup>46</sup> Dyrektywa 2014/25/UE, art. 78 ust. 2.

<sup>47</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, art. 54 ust. 1.

<sup>48</sup> Ibidem, art. 54 ust. 2

<sup>49</sup> Ibidem, motyw 49 preambuły.

<sup>50</sup> Ibidem, art. 31 ust. 2, art. 31 ust. 5, art. 31 ust. 7.

<sup>51</sup> Ibidem, motyw 49 preambuły.

<sup>52</sup> Ibidem, art. 31 ust. 3.

Zamówienia publicznego w trybie partnerstwa innowacyjnego udziela się wyłącznie na podstawie kryterium najlepszej relacji jakości do ceny<sup>53</sup> pozwalającej uwzględnić cechy innowacyjne jako kryterium udzielenia zamówienia<sup>54</sup>.

W trakcie negocjacji oraz w trakcie realizacji umowy partnerstwa zamawiający mają obowiązek zapewnić równe traktowanie wszystkich oferentów, co osiągają poprzez<sup>55</sup>:

- niedyskryminacyjne udzielanie informacji, bez zapewniania przewagi któremukolwiek z oferentów,
- informowanie na piśmie wszystkich oferentów o wszelkich zmianach w specyfikacjach technicznych lub innych dokumentach zamówienia, innych niż dokumenty określające minimalne wymagania,
- w przypadku takich zmian, zapewnienie oferentom wystarczająco dużo czasu na zmodyfikowanie i ponowne złożenie poprawionych ofert,
- nie ujawnianie bez zgody kandydata lub oferenta pozostałym uczestnikom negocjacji informacji poufnych (w tym tych dotyczących proponowanych rozwiązań lub tajemnic technicznych), przy czym zgoda taka nie może być ogólna, ale musi być wyrażona dla każdego planowanego przekazania informacji<sup>56</sup>.

Podsumowując, po zamieszczeniu ogłoszenia, ocenie kandydatów, negocjacjach ofert z wybranymi kandydatami, złożeniu ofert końcowych na podstawie których wybiera się partnerów ostatecznie podpisuje się umowę partnerstwa. Umowa partnerstwa powinna określać: zasady dotyczące organizacji partnerstwa, poszczególnych jego etapów, celów do osiągnięcia po każdym z etapów, zasady dotyczące możliwości zakończenia partnerstwa czy zmniejszenia liczby partnerów na poszczególnych etapach oraz warunki, na jakich produkcja i dostawa produktu będącego wynikiem partnerstwa zostanie powierzona jednemu lub kilku spośród partnerów.

**Wyzwaniem** w przypadku partnerstwa innowacyjnego może być szacowanie jego wartości. Dotyczy to przede wszystkim oszacowania wartości wszystkich działań badawczych i rozwojowych, które będą przeprowadzone na wszystkich etapach partnerstwa. Ze względu na innowacyjny charakter przedmiotu zamówienia kształt finalnej innowacji najprawdopodobniej nie będzie możliwy do ostatecznego przewidzenia. W związku z tym, konieczność lub niekonieczność przeprowadzenia pewnych części prac badawczo-rozwojowych może stać się jasna dopiero w toku pracy nad innowacją, generując lub nie konieczność poniesienia pewnych kosztów.

Dodatkowo, od wartości prac badawczo-rozwojowych uzależnia się również szacowanie zakupu finalnych produktów, usług lub robót budowlanych, poprzez wymóg, że ich zakup powinien być proporcjonalny do wielkości inwestycji związanej z ich opracowaniem.<sup>57</sup> Ponieważ koszty inwestycji w innowacje mogą być trudne do precyzyjnego oszacowania w związku z tym pewne wyzwanie stanowić może również określenie proporcjonalnej wielkości czy proporcjonalnego powiązania z finalnymi zakupami.

---

<sup>53</sup> Ibidem, art. 31 ust. 1.

<sup>54</sup> Ibidem, art. 67.

<sup>55</sup> Ibidem, art. 31 ust. 4.

<sup>56</sup> Ibidem, art. 21; 31 ust. 6.

<sup>57</sup> Ibidem, art. 31 ust. 2.

Wydaje się, że większość inwestycji w ramach partnerstw innowacyjnych będzie raczej znacząca, więc zamawiający będą musieli dokonać równie znaczących zakupów wypracowanych produktów, usług lub robót budowlanych. Tylko odpowiednia wielkość finalnych zakupów będzie uzasadniać poniesienie znaczących kosztów całej inwestycji związanej z wypracowaniem innowacji.

W odniesieniu do organizacji partnerstwa, dyrektywa wymaga by szczególnie czas trwania i wartość poszczególnych etapów partnerstwa również były adekwatne do stopnia innowacyjności proponowanego rozwiązania. Jednak, jak stwierdzono wyżej, poziom innowacyjności końcowego rozwiązania nie będzie znany *a priori*, tak więc oprócz wartości nakładów na ten cel również czas niezbędny do jego opracowania może być trudny do uprzedniego i precyzyjnego oszacowania.

O ile partnerstwo z jednym partnerem będzie zorganizowane wyłącznie wokół logiki prac badawczo-rozwojowych o tyle partnerstwo z kilkoma partnerami będzie wymagało zorganizowania swojej struktury nie tylko wokół logiki prac badawczo-rozwojowych, ale również wokół potrzeby ograniczenia ilości partnerów. Taka organizacja może wykraczać poza prostą zasadę wykluczania partnera po zakończonym etapie.

Kwestie podobieństw i różnic między procedurą partnerstwa innowacyjnego a zamówieniami przedkomercyjnymi dyskutowane były w trakcie spotkań eksperckich KE po przyjęciu dyrektyw gdzie zwracano uwagę na fakt, że nabycie innowacji jeszcze nie istniejącej na rynku może odbyć się albo poprzez zamówienie przedkomercyjne albo poprzez partnerstwo innowacyjne. Jednak z zamówienia przedkomercyjnego rozumianego jako zakup usług badawczo-rozwojowych poza przepisami dyrektywowymi można skorzystać tylko jeśli spełnia ono warunki wyłączenia dot. usług badawczo-rozwojowych określone w dyrektywach<sup>58</sup>. Podstawowa różnica między obydwiema formami nabywania innowacji odnosi się do ich głównych etapów. Zamówienie przedkomercyjne składa się z dwóch etapów przy czym pierwszy, zakup usługi badawczo-rozwojowej, nie podlega dyrektywom natomiast kolejny etap, wyprodukowanie i dostarczenie produktu będącego wynikiem pierwszego, zostaje otwarta na konkurencję poprzez zastosowanie procedury dyrektywowej (otwartej, ograniczonej lub konkurencyjnej z negocjacjami). Z kolei w partnerstwie innowacyjnym oba etapy połączone są w ramach jednej procedury i partnerstwo można podzielić na fazę wyboru partnera/ów zakończoną zawarciem umowy partnerstwa, fazę pracy badawczo-rozwojowej i produkcyjnej (w ramach realizacji umowy partnerstwa) nad innowacją, oraz fazę złożenia (w ramach umowy partnerstwa) zamówienia na powstałą innowację<sup>59</sup>.

W trakcie spotkań eksperckich zwracano uwagę, że przebieg partnerstwa jest podobny do fazy badawczo-rozwojowej w zamówieniu przedkomercyjnym. Podczas gdy ogólnie nabycie innowacji można podzielić na dwa główne etapy (etap badawczo-rozwojowy oraz etap produkcji i dostarczenia) o tyle szczegółowe etapy partnerstwa innowacyjnego (czy fazy badawczo-rozwojowej) można by podzielić zgodnie z typowym cyklem życia innowacji, którym kieruje się również zamówienie przedkomercyjne<sup>60</sup>:

---

<sup>58</sup> Dyrektywa 2014/24/UE, motyw 35 preambuły, art. 14; dyrektywa 2014/25/UE, motyw 42, art. 32; dyrektywa 2014/23/UE motyw 35, art. 25.

<sup>59</sup> P. Telles, L. R. A. Butler. (2014). *Public Award procedures in Directive 2014/24/EU*.

<sup>60</sup> KOM (2007) 799 - Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie; Nico Spiegel. (2014). *Procedures Innovation-related aspects*.

- etap 0 – etap wstępnego rozeznania badawczego, skutkujący stworzeniem pewnej wizji lub wyobrażenia o przyszłym produkcie/dostawie/robocie budowlanej;
- etap 1 – etap poszukiwania rozwiązania, skutkujący zaprojektowaniem takiego rozwiązania;
- etap 2 – etap pracy nad prototypem/prototypami, skutkujący powstaniem prototypu;
- etap 3 – etap pracy nad ograniczoną ilości pierwszych produktów/usług skutkujący powstaniem serii testowej;
- etap 4 – etap prac nad finalnymi produktami/usługami komercyjnymi skutkujący ich produkcją i komercjalizacją.

Podkreślono również, że ustanowienie partnerstwa innowacyjnego wymaga przeprowadzenia gruntownej analizy rynku pozwalającej stwierdzić, że na rynku nie ma produktu, usługi lub roboty budowlanej odpowiadającej zapotrzebowaniu zamawiającego i w związku z tym konieczne jest ich stworzenie. Ocena rynku dokonywana jest na dany moment i pojawienie się produktu/usługi/roboty po wszczęciu procedury nie wymaga unieważnienia lub kwestionowania procedury.

Rozpoczęte nad nową procedurą partnerstwa innowacyjnego dyskusje sygnalizują dodatkowe zagadnienia które mogą stanowić pewne wyzwania przy jej stosowaniu i tu przytaczamy kilka wybranych elementów<sup>61</sup>. W ramach dyskusji nad kwestią niekonkurencyjnych zachowań związanych z udzielaniem zamówień, w przypadku partnerstwa innowacyjnego zwraca się uwagę na brak w dyrektywie środków umożliwiających wgląd lub kontrolę partnerstwa po tym jak zostało ono ustanowione, np. poprzez raportowanie czy pewien rodzaju monitoring. Prognozuje się, że zachowania niekonkurencyjne w przypadku partnerstw mogą być podobne do tych charakterystycznych dla umów ramowych i mieć związek z długotrwałym charakterem współpracy między zamawiającym a wykonawcą/wykonawcami. W tym kontekście przywołuje się brak zapisów dyrektywowych wskazujących lub ograniczających maksymalny czas trwania partnerstw innowacyjnych i rozważa, na ile odpowiednie byłoby ograniczenie maksymalnego czasu trwania partnerstw do okresu przewidzianego dla umów ramowych<sup>62</sup>.

Poza tym, za kłopotliwy uznaje się brak definicji badań i rozwoju<sup>63</sup>. Między innymi, wskazuje się na niejasność co do tego na ile to pojęcie powinno lub nie obejmować produkcję. Poza tym, brak takiej definicji jest łączony z trudnościami w szacowaniu zdolności wykonawców do prowadzenia prac badawczo-rozwojowych. Wydaje się, że wskazując na ten aspekt, autorzy mogą mieć na myśli istnienie pewnego ustandaryzowanego zakresu pojęcia badań i rozwoju, które dostarczyłoby swego rodzaju *benchmark* umożliwiając szacowanie takich zdolności względem niego.

Wskazuje się również na nadmierne ograniczenie możliwości tworzenia struktury partnerstwa wynikające z konieczności przesądzenia maksymalnych kosztów do poniesienia w ramach partnerstwa jak i poziomów wydajności, które mają być osiągnięte przed rozpoczęciem procesu prac nad innowacją. Przewiduje się, że to właśnie te dwa czynniki zdeterminują

<sup>61</sup> Dyskusje nad problematycznymi elementami procedury partnerstwa innowacyjnego na podstawie P. Telles, L. R. A. Butler. (2014). *Public Award procedures in Directive 2014/24/EU* oraz na podstawie wskazanych w publikacji odniesień do: P. Cerqueira Gomes. (2014). *The innovative Innovation Partnerships under the new EU directive for the public sector*; A. R. Apostol. (2012). *Pre-commercial procurement in support of innovation: regulatory effectiveness?*; T. Inden, K. N. Olesen. (2012). *Legal Aspects of Public Private Innovation*; A. Sanchez-Graells. (2012). *Public procurement and state aid: reopening the debate*; A. Semple. (2014). *Mixed offerings for sustainability in new EU Directives*; A. Semple. (2014). *Procuring innovation – will the new Directives help?*.

<sup>62</sup> P. Telles, L. R. A. Butler.

<sup>63</sup> Ibidem.

postępowanie urzędników projektujących strukturę partnerstwa, w tym wpłyną na określenie liczby partnerów.<sup>64</sup>

Zwraca się również uwagę na to, że kwestia finansowania partnerstw wymaga pewnej równowagi w ponoszeniu kosztów przez zamawiającego i partnerów tak, aby nie rodzić wątpliwości w zakresie niedozwolonej pomocy publicznej. Szczególnie może mieć to znaczenie przy finansowaniu prac badawczo-rozwojowych i będących ich wynikiem innowacji, jeżeli nie są one przeznaczone wyłącznie na użytek instytucji zamawiającej.<sup>65</sup>

Innym zagadnieniem jest formułowanie celów pośrednich do osiągnięcia przez partnerów w trakcie trwania partnerstwa. Powstałe na tym gruncie pytania dotyczą tego w jakich kategoriach formułować takie cele pośrednie (czy w kategoriach kosztów, wydajności, połączenia obydwu czy jeszcze innych?), w jakim zakresie zamawiający powinni narzucać takie cele, kwestii podążania za celami przez poszczególnych partnerów, weryfikacji i niedopuszczalności ich rewizji<sup>66</sup>. Jako nieelastyczną wskazuje się konieczność dokonywania płatności w ratach po zakończeniu kolejnych etapów ponieważ nie zakłada się, że niektórzy partnerzy mogą mieć środki pochodzące z innych źródeł, pozwalające na finansowanie odpowiednich prac<sup>67</sup>.

Pewne wątpliwości budzą kwestie zakończenia partnerstwa między innymi w odniesieniu do praw zamawiającego i niewybranych partnerów po zakończeniu partnerstwa w tym w kontekście wykorzystania informacji poufnych i własności intelektualnej. Dyrektywy jedynie ogólnie wskazują na konieczność określenia rozwiązań mających zastosowanie do praw własności intelektualnej powiązanych z opracowywaną innowacją pozostawiając zamawiającym swobodę w tym zakresie. W związku z tym pojawiają się pytania dotyczące szczegółowych uregulowań tej kwestii. Zwraca się uwagę, że współcześnie nie jest konieczne bezpośrednie przenoszenie/nabywanie praw własności intelektualnej do konkretnych innowacji a zamiast tego możliwe jest korzystanie z takich praw bazując na ich licencjonowaniu. Również kwestia podziału praw własności intelektualnej lub ich wspólnego posiadania pozostaje do uzgodnienia pomiędzy partnerami. W kontekście praw własności intelektualnej jak i pomocy publicznej wskazuje się na przewagę konkurencyjną wykluczonego po kolejnym etapie partnera od którego nie nabywa się praw własności intelektualnej a który dalej rozwija/komercjalizuje innowację.<sup>68</sup>

Oprócz wymienionych powyżej elementów przywoływanych dyskusji nad partnerstwem innowacyjnym, istotną kwestią wydaje się również niepewność co do tego jak powinny wyglądać ewentualne rozmowy zamawiającego z partnerami po rozpoczęciu realizacji umowy partnerstwa. O ile partnerstwo do momentu podpisania umowy partnerstwa przebiega według zasad procedury konkurencyjnej z negocjacjami o tyle procedowanie w trakcie realizacji umowy nie zostało przesądzone.

Podczas, gdy w publikacjach dotyczących kwestii które mogą wynikać z praktyki stosowania partnerstw zwraca się uwagę na konieczność obiektywnego formułowania i stosowania kryteriów, KE w trakcie spotkań eksperckich w odpowiedzi na zgłaszane pytania w tym zakresie wyjaśniła, że kryteria takie powinny koncentrować się przede wszystkim na fazie

---

<sup>64</sup> P. Telles, L. R. A. Butler; P. C. Gomes.

<sup>65</sup> A. Sanchez-Graells; T. Inden, K. N. Olsen.

<sup>66</sup> P. Telles, L. R. A. Butler; P. C. Gomes.

<sup>67</sup> A. Semple.

<sup>68</sup> A. R. Apostol; P. C. Gomes; P. Telles, L. R. A. Butler.



badania i rozwoju, bo właśnie takie kryteria na etapie postępowania jest w stanie określić zamawiający. Mogą one dotyczyć np. jakości proponowanych projektów i ich wykonalności. W odniesieniu do fazy wyboru dostawcy – odpowiednie warunki powinny zostać określone raczej w umowie partnerstwa i powinny się skupiać nie tyle na kryteriach wyboru (wyboru partnerów już dokonano) ale na warunkach, które należy spełnić, aby uzyskać zlecenie dostawy innowacyjnego rozwiązania wypracowanego w trakcie partnerstwa. Dopuszczono możliwość określenia dwóch rodzajów kryteriów: na potrzeby fazy badawczo-rozwojowej i na potrzeby udzielania zamówienia na produkt będący wynikiem partnerstwa, ale pod warunkiem, że kryteria te zostaną określone na początku procedury, na etapie wyboru partnerów, ponieważ jest to jedyny moment, kiedy postępowanie jest otwarte na konkurencję. Podkreślono, że nie powinno się kryteriów/warunków stosowanych do dostawców w drugiej fazie partnerstwa określać w toku trwania partnerstwa, bo naruszałoby to zasadę przejrzystości i równego traktowania.

Podsumowując przepisy dyrektywowe dotyczące ustanawiania partnerstw można stwierdzić, że ogólny charakter tych przepisów z jednej strony daje znaczącą swobodę zamawiającym w formowaniu partnerstw, z drugiej jednak strony może generować pewien stopień niepewności prawnej.