

Grzegorz Klich

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

e-mail: grzegorz.klich@ue.wroc.pl

ORCID: 0000-0002-5594-3423

UDZIELANIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH W TRYBIE PARTNERSTWA INNOWACYJNEGO

THE PROCUREMENT AWARD PROCEDURE OF INNOVATION PARTNERSHIP

DOI: 10.15611/pn.2018.540.09

Streszczenie: Na gruncie nowych dyrektyw Unii Europejskiej, regulujących zamówienia publiczne, wprowadzono dodatkowy, nieznaný wcześniej tryb udzielania zamówienia – partnerstwo innowacyjne. Jest to procedura konkurencyjna, umożliwiająca – w ramach jednego postępowania – opracowanie oraz zakup dostaw, usług lub robót budowlanych o charakterze innowacyjnym. Partnerstwo innowacyjne stanowi przejaw stale wzrastającego nacisku, jaki instytucje Unii Europejskiej kładą na wspieranie innowacji w ramach unijnych polityk oraz przewidywanej roli, jaką mają w tym względzie odegrać zamówienia publiczne. Procedura udzielania zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego niesie jednak ze sobą pewne trudności wynikające z konstrukcji tego trybu, przejawiające się w sferze zarówno praktycznej, jak i prawnej. Analiza tych zagadnień stanowi przedmiot niniejszego opracowania.

Słowa kluczowe: partnerstwo innowacyjne, zamówienia publiczne, tryby udzielania zamówień publicznych.

Summary: Under the new European Union directives regulating public procurement, an additional, previously unknown mode of awarding the contract called innovation partnership was introduced. It is a competitive procedure which allows, in a single proceeding, both the development and purchase of innovative supplies, services or works. The innovative partnership is a manifestation of the ever-increasing emphasis placed by the European Union institutions on supporting innovation in various EU policies and the anticipated role that innovation should play in public procurement. However, the innovative partnership procedure of awarding the public procurement contracts leads to certain difficulties resulting from the construction of this procedure, that are manifested both in the spheres of law and practice. A detailed analysis of these problems is the subject of this paper.

Keywords: innovation partnership, public procurement, public procurement award procedures.

1. Uwagi wprowadzające

Prawo zamówień publicznych¹ ustanawia szereg specyficznych procedur wyłaniania zwycięskiego wykonawcy. Zgodnie z definicją postępowania o udzielenie zamówienia, uregulowaną w art. 2 pkt 7a PZP, procedura ta rozpoczyna się oświadczeniem woli zamawiającego wszczynającym postępowanie², a kończy się z chwilą dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty³. Poszczególne postępowania o udzielenie zamówienia można więc zakwalifikować jako pozakodeksowe tryby zawierania umów, z regulacji których ustawodawca wyłączył jednak sam moment zawarcia umowy. Jak zauważa się w doktrynie, tryb zawarcia umowy stanowi szczególny rodzaj procedury dochodzenia do konsensu⁴. Pozakodeksowe uregulowania procedur zawierania umów stanowią *lex specialis* w stosunku do regulacji kodeksowej⁵. Ta regulacja stanowi z kolei wyjątek od ogólnej zasady prawa cywilnego, zgodnie z którą strony mogą w sposób przez siebie wybrany dochodzić do konsensu i nie muszą w tym celu stosować żadnej konkretnej procedury⁶. Trzeba bowiem zauważyć, że nawet tryby zawierania umów regulowane przepisami Kodeksu cywilnego⁷ stanowią unormowanie o charakterze dyspozytywnym⁸, które jest dostępne dla podmiotów prawa cywilnego, jeżeli nie chcą one zawierać umowy wedle zasad między sobą ustalonych⁹.

Ustawa Prawo zamówień publicznych reguluje dziewięć trybów wyboru najkorzystniejszej oferty. Z punktu widzenia możliwości ich stosowania można je podzielić na dwie grupy. Pierwszą z nich stanowią tryby przetargowe (przetarg nieograniczony oraz ograniczony), które można stosować bez konieczności spełnienia

¹ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t. j. Dz.U. z 2018 r. poz. 1986).

² Np. w drodze publicznego ogłoszenia, przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji.

³ Takie określenie momentu zakończenia postępowania spotkało się w doktrynie z uzasadnioną krytyką. Zob. K. Horubski, *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017, s. 110 i nast.

⁴ Z. Radwański, [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego*, t. 1, Wrocław 1985, s. 593.

⁵ A. Brzozowski, [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-449¹⁰*, Warszawa 2018, s. 343.

⁶ Zob. G. Klich, *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016, s. 125-130.

⁷ Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (tj. Dz.U. z 2018 r., poz. 1025).

⁸ Przykładowo Z. Radwański wskazuje, że „system prawny regulując zawarcie umowy na podstawie oferty lub rokowań nie zamyka przez to drogi do osiągnięcia konsensu w inny także sposób”. Autor ten wskazuje jednak, że ze względu na wysoce elastyczny kształt procedur kodeksowych trudno znaleźć jest inne procedury zawierania umów, które odbiegałyby od nich w sposób radykalny. W konkluzji wskazuje on, że pozakodeksowe tryby zawierania umów można więc ujmować w kategoriach mniejszych bądź też dalej idących modyfikacji trybów regulowanych przepisami KC. Z. Radwański, [w:] S. Grzybowski (red.), wyd. cyt., s. 614.

⁹ M. Jasiakiewicz, K. Oplustil, [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego*, t. 5, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011, s. 107-108; M. Safjan, *Zasada swobody umów (uwagi wstępne do wykładni art. 353¹)*, „PiP” 1993, nr 4, s. 12 i nast.

žadnych warunków wstępnych, niezależnie od przedmiotu świadczenia czy wartości zamówienia. Wynika to z jednej z zasad Prawa zamówień publicznych – prymatu trybów przetargowych – która została uregulowana w art. 10 PZP¹⁰. Pozostałe tryby: negocjacje z ogłoszeniem, negocjacje bez ogłoszenia, dialog konkurencyjny, zapytanie o cenę, zamówienie z wolnej ręki, licytację elektroniczną oraz partnerstwo innowacyjne, można stosować wyłącznie w przypadkach wskazanych w ustawie¹¹, szczególnie jeżeli zajdą wskazane przepisami PZP okoliczności¹².

Najnowszym trybem udzielania zamówień jest partnerstwo innowacyjne, które wprowadzono do unijnego porządku prawnego dyrektywą 24/2014/UE¹³. Implementacja wskazanej dyrektywy do polskiego porządku prawnego została dokonana poprzez nowelizację ustawy Prawo zamówień publicznych w drodze Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹⁴. Ustawa ta weszła w życie 28 lipca 2016 r.¹⁵ Przepisy PZP w odniesieniu do omawianego trybu nie są jednak w pełni klarowne. Z jednej bowiem strony, mianem partnerstwa innowacyjnego ustawa określa procedurę udzielenia zamówienia (art. 73a ust. 1 PZP). W innym miejscu przez partnerstwo innowacyjne rozumie ona przedmiot umowy (art. 73g ust. 1 PZP). Partnerstwu innowacyjnemu w obu powyższych znaczeniach poświęcone będą dalsze rozważania.

2. Przyczyny wprowadzenia nowego trybu

Na gruncie nowych dyrektyw UE regulujących zamówienia publiczne wprowadzono dodatkowy, nieznanym wcześniej tryb udzielania zamówienia – partnerstwo innowacyjne. Jest to procedura konkurencyjna, która umożliwia, w ramach jednego postępowania, opracowanie oraz zakup dostaw, usług lub robót budowlanych o charakterze innowacyjnym. Zgodnie z art. 73a ust. 3 PZP przez innowacyjny produkt, usługę lub robotę budowlaną należy rozumieć nowy lub znacznie udoskonalony produkt, usługę lub proces, w tym proces produkcji, budowy lub konstrukcji, nową metodę marketingową lub nową metodę organizacyjną w działalności gospodarczej, organizowaniu pracy lub relacjach zewnętrznych. W grę może więc wchodzić jedynie innowacyjne rozwiązanie, niedostępne dotychczas na rynku, a odnosić może się ono nie tylko do samego efektu w postaci produktu/usługi czy roboty budowlanej, ale także do etapu produkcji, metod organizacji czy marketingu¹⁶.

¹⁰ Zob. np. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016, s. 191 i nast.

¹¹ Art. 10 ust. 2 PZP.

¹² Zob. art. 55, art. 60b, art. 62, art. 67, art. 70, art. 74 oraz art. 73a PZP.

¹³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z dnia 28 marca 2014).

¹⁴ Dz.U. z 2016r., poz. 1020 ze zm.

¹⁵ Zob. art. 22 Ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.

¹⁶ J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018, s. 470.

Partnerstwo innowacyjne stanowi przejaw stale wzrastającego nacisku, jaki instytucje UE kładą na wspieranie innowacji w ramach unijnych polityk, oraz przewidywanej roli, jaką mają w tym względzie odegrać zamówienia publiczne¹⁷. Wskazuje się, że stawianie na rozwiązania innowacyjne w ramach zamówień publicznych nie tylko prowadzi do wzrostu opłacalności zakupów publicznych, ale także do poprawy poziomu innowacyjności gospodarki europejskiej, czyniąc ją bardziej konkurencyjną na światowych rynkach¹⁸. Jak wskazuje się w literaturze, partnerstwo innowacyjne nie stanowi jedyne go środka dostępnego dla zamawiających, którzy są zainteresowani wspieraniem rozwiązań innowacyjnych¹⁹. Pewną rolę odgrywają już w tym zakresie negocjacje z ogłoszeniem oraz dialog konkurencyjny²⁰. Co więcej, regulacja art. 14 dyrektywy wskazuje na objęcie przepisami tego aktu określonych usług o charakterze badawczym i rozwojowym, pod warunkiem jednak, że korzyści z tych usług przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej na potrzeby jej własnej działalności, a całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca. W pozostałym zakresie wspieranie rozwiązań innowacyjnych może w dalszym ciągu odbywać się za pomocą tzw. zamówień przedkomercyjnych²¹.

¹⁷ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 1, Londyn 2014, s. 1046. Zob. Komunikat Komisji Europejskiej. *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu*, KOM(2010) 2020.

¹⁸ S. Arrowsmith, wyd. cyt., s. 1046-1047.

¹⁹ Zob. R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), *EU Procurement Law. Brussels Commentary*, Baden-Baden 2018, s. 421-422.

²⁰ Zob. art. 55 ust. 1 pkt 6 i 7 PZP.

²¹ Zob. motyw 47 dyrektywy klasycznej. Zgodnie z komunikatem KE przez zamówienie przedkonkurencyjne należy rozumieć takie procedury, gdzie zamówienie „obejmuje jedynie usługi badawczo-rozwojowe. Badania i rozwój mogą obejmować działania takie jak poszukiwanie i projektowanie rozwiązań, prototypowanie, aż po opracowanie ograniczonej ilości nowych produktów lub usług w postaci serii testowej. Prace badawczo-rozwojowe nie obejmują działań służących rozwojowi handlowemu, takich jak produkcja seryjna, dostawy mające na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju, integracja, dostosowanie do potrzeb klienta, dalsze adaptacje lub ulepszanie istniejących produktów lub procesów. W ramach zamówień przedkonkurencyjnych stosuje się określony podział ryzyka i korzyści. W przypadku zamówień przedkomercyjnych nabywca publiczny nie zastrzega wyników badań i rozwoju wyłącznie do użytku własnego. Instytucje publiczne i branża przemysłowa dzielą się ryzykiem i korzyściami związanymi z pracami badawczo-rozwojowymi potrzebnymi do opracowania nowych, innowacyjnych rozwiązań, przewyższających rozwiązania dostępne na rynku. Udzielanie zamówień odbywa się na zasadach konkurencyjnych, aby wykluczyć pomoc państwa. Zorganizowanie podziału ryzyka i korzyści oraz całego procesu zamawiania w sposób, który zapewnia maksymalną konkurencję, przejrzystość, otwartość, równość i określanie cen na warunkach rynkowych, umożliwi nabywcy publicznemu znalezienie najlepszych rozwiązań oferowanych przez rynek”. Zob. Komunikat Komisji Do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 grudnia 2007 r., *Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie*, KOM(2007) 799 wersja ostateczna, s. 3.

Partnerstwo innowacyjne ma jednak tę przewagę nad zamówieniami przedkomercyjnymi, że umożliwia ono zakup wypracowanych innowacyjnych rozwiązań w ramach tej samej procedury, co, jak się wskazuje, znacznie bardziej stymuluje innowacje²².

3. Prawne oraz faktyczne trudności wynikające z konstrukcji partnerstwa innowacyjnego

Włączenie partnerstwa innowacyjnego do systemu trybów udzielania zamówień uzasadniane jest próbą stworzenia dodatkowej zachęty do wzięcia udziału w procedurze, której celem jest wypracowanie innowacyjnego rozwiązania w zakresie dostaw, usług lub robót budowlanych. Podnoszonym argumentem jest trudność zorganizowania dwóch następujących po sobie konkurencyjnych procedur, spośród których jedna dotyczyłaby wyłącznie opracowania innowacyjnego rozwiązania, a druga wyłącznie świadczenia innowacyjnych dostaw, usług czy robót budowlanych. Trafnie zauważa się, że w ramach tej drugiej procedury zwycięzca pierwszego postępowania miałby znaczną konkurencyjną przewagę nad potencjalnymi konkurentami. Taka sytuacja niewątpliwie odwoziłaby innych wykonawców od uczestnictwa w procedurze zakupu innowacyjnych świadczeń. Z kolei zakaz uczestnictwa w takiej procedurze nałożony na zwycięzcę pierwszego postępowania prowadziłby do zmniejszenia zainteresowania uczestnictwem w postępowaniu w przedmiocie opracowania innowacyjnego rozwiązania. Dla zwycięzcy takiej procedury nie byłoby bowiem dostępu do, potencjalnie bardziej dochodowego, postępowania dotyczącego sprzedaży innowacyjnych świadczeń²³. Im większa więc szansa na uzyskanie zamówienia na innowacyjne dostawy, usługi czy roboty budowlane, tym większe będzie prawdopodobieństwo, iż w postępowaniu weźmie udział szersza grupa wykonawców, którzy będą pomiędzy sobą konkurowali efektywnością proponowanych innowacji²⁴.

Obok pozytywnych aspektów omawianego rozwiązania wskazuje się również na możliwe negatywne konsekwencje połączenia w jednym postępowaniu opracowania oraz sprzedaży innowacyjnych świadczeń. Po pierwsze, zauważa się, że rezultat stadium opracowania jest niepewny. Nie jest więc możliwe zapewnienie, że rozwiązanie oferowane zamawiającemu, stanowiące efekt stadium opracowania, będzie faktycznie bardziej nowatorskie i opłacalne niż rozwiązania, które w tym samym okresie powstały spontanicznie na rynku. Możliwość powstania takiej sytuacji powoduje, że uzasadnione wydaje się pozostawienie zamawiającemu możliwości odmowy zakupu opracowanego świadczenia. Jednakże takie rozwiązanie, jak już

²² Zob. R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), wyd. cyt., s. 421-422.

²³ M. Steinicke, *The Public Procurement Rules and Innovation*, [w:] G. Olykke, C. Risvig, C. Tvarno (red.) *EU procurement Directives-Modernisation, Growth and Innovation Discussions on the 2011 proposals for Procurement Directives*, Kopenhaga 2012, s. 260.

²⁴ S. Arrowsmith, wyd. cyt., t. 1, s. 1047. Tamże, s. 1048.

wskazano, zmniejsza pewność wykonawcy co do możliwości sprzedaży wypracowanych produktów, a co za tym idzie – może również wpływać na zmniejszenie się kręgu wykonawców zainteresowanych udziałem w postępowaniu. Nawet jednak przy założeniu, że zwycięski wykonawca jest w stanie opracować najlepsze i najbardziej opłacalne rozwiązanie, przy braku konkurencyjnej procedury na etapie zakupu oraz trudnościach w określeniu ceny na etapie starania się o zamówienie, nie jest możliwe zagwarantowanie, że zamawiający uzyska od zwycięskiego wykonawcy najbardziej korzystne warunki spełnienia świadczenia²⁵.

Kłopoty z prawidłowym określeniem i wyceną innowacyjnego rozwiązania, poszukiwanego przez zamawiającego, ograniczają przejrzystość i konkurencyjność omawianej procedury. Te faktyczne ograniczenia mogą bowiem niekiedy w praktyce prowadzić do dyskryminowania niektórych potencjalnych wykonawców. Co więcej, wskazany już problem z zapewnieniem opłacalności zamówienia (rozumianej jako maksimum korzyści przy najniższej możliwej cenie) może w niektórych przypadkach skutkować naruszeniem zasad udzielania pomocy publicznej²⁶.

4. Postępowanie o udzielenie zamówienia w trybie partnerstwa innowacyjnego

Struktura partnerstwa innowacyjnego, jako trybu wyboru kontrahenta, jest znacznie bardziej rozbudowana niż analogiczne reguły postępowania obowiązujące w przypadku stosowania pozostałych trybów udzielenia zamówienia. Wynika to z połączenia w jednym postępowaniu regulacji udzielenia zamówienia oraz wykonania umowy²⁷. Ze względu na te cechy charakterystyczne w doktrynie wskazuje się, że partnerstwo innowacyjne nie jest typową procedurą udzielenia zamówienia, ale właśnie swoiście rozumianym partnerstwem zamawiającego i wykonawcy²⁸. Postępowanie rozpoczyna się publicznym ogłoszeniem. Z powodu złożoności procedury treść dokumentacji postępowania jest znacznie rozbudowana. Poza elementami określonymi w art. 48 ust. 2 PZP ogłoszenie o zamówieniu w trybie partnerstwa innowacyjnego powinno zawierać dodatkowo co najmniej: określenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, informacje o podziale negocjacji na etapy w celu ograniczenia liczby ofert podlegających negocjacjiom przez zastosowanie kryteriów oceny ofert wskazanych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, jeżeli przewiduje taki podział, wykaz oświadczeń lub dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu oraz brak podstaw wykluczenia, elementy opisu przedmiotu zamówienia definiujące minimalne wymagania, które muszą spełnić wszystkie oferty (art. 73b ust. 1 PZP). W spe-

²⁵ Tamże, s. 1048.

²⁶ Tamże.

²⁷ R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), wyd. cyt., s. 422.

²⁸ P. Gomez, *The innovative innovation partnership under the 2014 Public Procurement Directive*, *Public Procurement Law Review*, 2014, nr 4, s. 212.

cyfikacji istotnych warunków zamówienia, poza elementami określonymi w art. 36 PZP, zamawiający wskazuje natomiast co najmniej: określenie zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane; informacje o etapach partnerstwa innowacyjnego, celach do osiągnięcia po każdym z nich oraz celach pośrednich; zasady, na jakich nastąpi wybór partnera lub partnerów, w tym kryteria oceny ofert; informację o ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego tylko z jednym wykonawcą lub możliwość jego ustanowienia z wieloma wykonawcami; informację o wypłacie wynagrodzenia w częściach; informację o możliwości zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie oraz warunki skorzystania z tych możliwości, jeżeli przewiduje taką możliwość; rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej; elementy opisu przedmiotu zamówienia definiujące minimalne wymagania, które muszą spełnić wszystkie oferty (art. 73b ust. 2 PZP). Ustawa wymaga, aby przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu informacje były wystarczająco jednoznaczne, żeby umożliwić wykonawcom ustalenie charakteru i zakresu wymaganego rozwiązania oraz podjęcie decyzji o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

Na podstawie informacji zawartych w ogłoszeniu oraz w specyfikacji istotnych warunków zamówienia wykonawcy składają wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu²⁹. Przy ocenie spełniania przez wykonawców warunków udziału w postępowaniu zamawiający bierze pod uwagę przede wszystkim możliwości wykonawców w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych. Zamawiający niezwłocznie informuje wykonawców o wynikach oceny spełniania warunków udziału w postępowaniu. Wykonawcy, którzy zostali dopuszczeni do udziału w postępowaniu, zostają zaproszeni do składania ofert wstępnych na zasadach określonych w art. 73e w związku z art. 57 PZP. Wymagane elementy zaproszenia określa art. 60 PZP. Zamawiający zaprasza do negocjacji wszystkich wykonawców, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu, wskazując termin i miejsce opublikowania ogłoszenia o zamówieniu. Zgodnie z art. 65 ust. 3 Dyrektywy klasycznej w negocjacjach powinno wziąć udział co najmniej trzech wykonawców, jeżeli liczba ta będzie zapewniała konkurencyjność postępowania. Instytucja zamawiająca może jednak kontynuować postępowanie, nawet jeśli liczba kandydatów spadnie poniżej tego progu³⁰. Zamawiający prowadzi negocjacje w celu doprecyzowania lub uzupełnienia opisu przedmiotu zamówienia lub warunków umowy w sprawie zamówienia publicznego. Negocjacje są poufne i mogą być wieloetapowe, o ile przewidziano to w ogłoszeniu o zamówieniu. Na poszczególnych etapach zamawiający może ograniczać liczbę ofert, stosując wszystkie lub niektóre kryteria oceny ofert określone w ogłoszeniu (art. 58 PZP). W trakcie negocjacji na zamawiającym ciążyą określone obowiązki informacyjne, o których mowa w art. 58 ust. 4 PZP. Regulacja ta stanowi imple-

²⁹ Art. 49 ust. 1 i 2 oraz art. 50 PZP stosuje się tu odpowiednio.

³⁰ M. Steinicke, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), wyd. cyt., s. 697 i nast.

mentację art. 30 ust. 4 Dyrektywy klasycznej, który wskazuje, jakie powinności ma zamawiający w zakresie zapewnienia równego traktowania i przejrzystości³¹. Do obowiązków zamawiającego w tym zakresie odnosi się również art. 60 ust. 4 PZP. Po zakończeniu negocjacji zamawiający może doprecyzować lub uzupełnić specyfikację istotnych warunków zamówienia wyłącznie w zakresie, w jakim była ona przedmiotem negocjacji.

Po przeprowadzeniu negocjacji zamawiający zaprasza do składania ofert wszystkich wykonawców, z którymi prowadził negocjacje. Może on również zażądać od nich wadium na zasadach określonych w przepisach art. 45 i 46 PZP, a jeżeli w wyniku przeprowadzonych negocjacji zmienił treść specyfikacji załącza ją do zaproszenia lub zamieszcza na stronie internetowej. Wyznaczony termin składania ofert powinien uwzględniać czas niezbędny do przygotowania i złożenia oferty i nie może być krótszy niż 10 dni od dnia przekazania zaproszenia do składania ofert. Po przeprowadzeniu oceny ofert zamawiający wybiera najkorzystniejszą ofertę, przedstawiającą najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia (art. 73f ust. 1 PZP).

Cechą charakterystyczną partnerstwa innowacyjnego jest to, że zamawiający może wybrać kilka ofert złożonych przez kilku wykonawców. Możliwość taka musi być jednak wskazana w specyfikacji, o czym wyraźnie mówi cytowany już art. 73b ust. 2 PZP. W zależności od treści specyfikacji zamawiający zawiera więc umowę w sprawie zamówienia publicznego, której przedmiotem jest ustanowienie partnerstwa innowacyjnego, z jednym partnerem lub z kilkoma partnerami. Obligatoryjnymi elementami takiej umowy są wskazane w art. 73g ust. 2 PZP postanowienia zawarte w ogłoszeniu, dotyczące określenia zapotrzebowania na innowacyjny produkt, usługę lub robotę budowlaną, oraz elementy opisu przedmiotu zamówienia definiujące minimalne wymagania, które muszą spełniać wszystkie oferty. W umowie tej należy również wskazać: etapy partnerstwa innowacyjnego, cele do osiągnięcia po każdym z nich oraz cele pośrednie; informacje na temat ustanowienia partnerstwa z jednym partnerem bądź też z większą liczbą partnerów; postanowienia o wypłacie wynagrodzenia w częściach; informację o możliwości zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie oraz warunki skorzystania z tych możliwości, jeżeli przewiduje taką możliwość, oraz wybrane rozwiązania mające zastosowanie do praw własności intelektualnej.

5. Wykonanie umowy zawartej w trybie partnerstwa innowacyjnego

Dokonując implementacji przepisów regulujących przebieg partnerstwa innowacyjnego, polski ustawodawca transponował odpowiednią część art. 31 dyrektywy

³¹ R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), wyd. cyt., s. 425-426.

2014/24/UE do art. 73h PZP³². Partnerstwo innowacyjne składa się z etapów odpowiadających kolejności działań w procesie badawczo-rozwojowym, szczególnie zaś może obejmować opracowanie prototypów oraz wytworzenie produktów, świadczenie usług lub ukończenie robót budowlanych. Zakup rozwiązań jest uzależniony od wyników prac badawczo-rozwojowych w zakresie zgodności z zakładanymi poziomami wydajności oraz kosztami uzgodnionymi przez strony umowy na etapie jej zawierania³³. Ze względu na złożoność procesów badawczo-rozwojowych oraz inherentnie związaną z nimi niepewność wyników w ramach partnerstwa innowacyjnego zamawiający ustala cele pośrednie, które mają osiągnąć partnerzy, oraz przewiduje wynagrodzenie w częściach uwzględniających etapy partnerstwa lub cele pośrednie. Wskazuje się, że konieczność strukturyzacji partnerstwa w następujące po sobie fazy (etapy) jest istotna z punktu widzenia konceptualizacji owych faz. Jest ona również pomocna w ulepszaniu partnerstwa oraz zapobieganiu znikom czy innym zjawiskom korupcyjnym³⁴. W doktrynie wskazuje się na możliwość podziału procesu partnerstwa innowacyjnego na następujące etapy: 1) etap poszukiwania/opracowywania rozwiązań; 2) etap tworzenia rozwiązań prototypowych; 3) etap tworzenia ograniczonej liczby pierwszych produktów (świadczenia usług/wykonywania robót budowlanych na niewielką skalę); 4) etap produkcji/świadczenia usług/wykonywania robót budowlanych na skalę komercyjną³⁵.

Ustalanie celów pośrednich umożliwia zamawiającemu zakończenie procedury w sytuacji gdy uzna on, że dotychczas osiągnięte rozwiązania nie rokują co do osiągnięcia oczekiwanych efektów. Regulacja partnerstwa innowacyjnego umożliwia również zakończenie współpracy tylko z niektórymi partnerami w przypadku, gdy zawarto umowy z większą ich liczbą. Konieczne jest jednak, aby zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia taką możliwość oraz określił warunki skorzystania z niej (art. 73h ust. 4 PZP). Zachowanie zasad przejrzystości na tym etapie pozwala wykonawcom (partnerom) przygotować się na ewentualne wcześniejsze zakończenie współpracy pomimo uzyskania zamówienia i ustanowienia partnerstwa innowacyjnego. Warunki skorzystania przez zamawiającego z takiej możliwości powinny być jednak sformułowane w sposób przejrzysty oraz cechować się proporcjonalnością. Zastosowanie takiej procedury umożliwia zamawiającemu wprowadzenie elementu konkurencji także na etapie wykonania umowy w sprawie zamówienia publicznego, pozwalając mu przede wszystkim dokonać wyboru spośród różnych proponowanych mu rozwiązań³⁶. Ponieważ możliwość taka przyznawana jest na etapie wykonania umowy, zamawiający będzie miał sposobność zapoznania się z cząstkowymi wynikami prac badawczo-rozwojowych poszczególnych

³² J. Jarnicka, [w:] M. Jaworska (red.), wyd. cyt., s. 479. Na treść art. 73h PZP składają się odpowiednie fragmenty art. 31 ust. 2, ust. 6 oraz ust. 7 dyrektywy 2014/24/UE.

³³ R. Caranta, [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), wyd. cyt., s. 424.

³⁴ P. Gomez, wyd. cyt., s. 215.

³⁵ S. Arrowsmith, wyd. cyt., t. 1, s. 1058.

³⁶ Tamże.

wykonawców. Dzięki temu będzie mógł on podjąć lepszą decyzję niż na etapie zawierania umowy co do zakończenia bądź kontynuowania współpracy z poszczególnymi partnerami.

Zgodnie z art. 73h ust. 3 PZP zamawiający zapewnia, aby struktura partnerstwa innowacyjnego, szczególnie czas trwania oraz wartość poszczególnych etapów, odzwierciedlała stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania i kolejność działań niezbędnych do opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub roboty budowlanej. Szacowana wartość innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania.

W przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami zamawiający nie ujawnia pozostałym partnerom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych w ramach partnerstwa innowacyjnego przez jednego z partnerów, bez jego zgody. Regulacja ta stanowi pewne *novum* na gruncie Prawa zamówień publicznych. Podobne wymogi formułuje się bowiem zazwyczaj na etapie negocjacji bądź też dialogu, aby chronić dane wrażliwe poszczególnych wykonawców, a szczególnie informacje stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa. Ze względu jednak na możliwość zawarcia umów z kilkoma partnerami konieczne stało się wprowadzenie odpowiednich zabezpieczeń także na etapie wykonania umowy.

6. Podsumowanie

Partnerstwo innowacyjne stanowi nowy typ procedury wyłaniania wykonawcy w sytuacji, gdy po stronie zamawiającego występuje zapotrzebowanie na produkt innowacyjny. Aby zwiększyć prawdopodobieństwo uzyskania takiego produktu, w odróżnieniu od pozostałych trybów regulowanych przepisami PZP, procedura ta łączy w sobie elementy udzielania zamówienia oraz wykonania umowy. Poszczególne składniki omawianej regulacji starają się dbać o interesy wykonawców, angażujących się w proces opracowania innowacyjnego rozwiązania, jednocześnie zabezpieczając interesy zamawiających. Przykładowo ze względu na brak możliwości zapewnienia, że rozwiązanie oferowane zamawiającemu, stanowiące efekt stadium opracowania, będzie faktycznie bardziej nowatorskie i opłacalne niż rozwiązania, które w tym samym okresie powstały spontanicznie na rynku, ustawodawca pozostawił do dyspozycji zamawiającego wiele rozwiązań chroniących jego interesy. Przede wszystkim zamawiający ma możliwości zastrzeżenia w specyfikacji, że w przypadku ziszczenia się określonych warunków będzie przysługiwało mu prawo do zakończenia partnerstwa innowacyjnego lub zmniejszenia liczby partnerów po każdym etapie. Choć rozwiązanie takie zmniejsza pewność wykonawcy co do możliwości sprzedaży wypracowanych produktów, to jednak udostępnienie informacji w tym przedmiocie na samym początku postępowania pozwala wykonawcom odpowiednio oszacować związane z tym ryzyko.

W celu zwiększenia konkurencyjności postępowania zamawiający ma również możliwość zawarcia umowy z kilkoma partnerami. Porównując ich postępy na po-

szczególnych etapach partnerstwa, może on przede wszystkim eliminować najgorzej rokujących partnerów na etapie wykonania umowy.

Partnerstwo innowacyjne stanowi tryb udzielania zamówienia, który ze swojej natury jest stosowany jedynie wyjątkowo. Potwierdza to analiza liczby ogłoszeń publikowanych w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej. Od 21 czerwca 2016 r. do 8 września 2017 r. ukazało się 47 takich ogłoszeń na gruncie przepisów dyrektywy klasycznej, czyli średnio mniej niż 4 ogłoszenia w miesiącu. Natomiast w przypadku zamówień sektorowych pomiędzy 25 października 2016 r. a 19 sierpnia 2017 r. ukazało się 8 ogłoszeń o zamówieniu, czyli – w uśrednieniu – mniej niż jedno ogłoszenie w miesiącu³⁷.

Literatura

- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 1, Londyn 2014.
- Arrowsmith S., *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 2, Londyn 2018.
- Brzozowski A., [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1-449¹*, Warszawa 2018.
- Caranta R., [w:] M. Steinicke, P. Vesterdorf (red.), *EU Procurement Law. Brussels Commentary*, Baden-Baden 2018.
- Gomez P., *The innovative innovation partnership under the 2014 Public Procurement Directive*, Public Procurement Law Review, 2014, nr 4.
- Granecki P., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2016.
- Horubski K., *Administracyjnoprawne instrumenty realizacji zamówienia publicznego*, Warszawa 2017.
- Jarnicka J., [w:] M. Jaworska (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2018.
- Jasiakiewicz M., Oplustil K., [w:] S. Włodyka (red.), *System prawa handlowego, t. 5, Prawo umów handlowych*, Warszawa 2011.
- Klich G., *Zmiana umowy w sprawie zamówienia publicznego*, Warszawa 2016.
- Radwański Z., [w:] S. Grzybowski (red.), *System prawa cywilnego*, t. 1, Wrocław 1985.
- Safjan M., *Zasada swobody umów (uwagi wstępne do wykładni art. 353¹)*, Państwo i Prawo 1993, nr 4.
- Steinicke, *The Public Procurement Rules and Innovation*, [w:] G. Olykke, C. Risvig, C. Tvarno (red.), *EU procurement Directives-Modernisation, Growth and Innovation Discussions on the 2011 proposals for Procurement Directives*, Kopenhaga 2012.

³⁷ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, t. 2, Londyn 2018, s. 489.