

JAROSŁAW CZAJA

ORCID: 0000-0001-6652-4905

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu

jaroslaw.czaja@ue.wroc.pl

Ograniczenia zastosowań trybu partnerstwa innowacyjnego prawa zamówień publicznych

Abstrakt: Tryb partnerstwa innowacyjnego, jak każde narzędzie wspomagające opracowanie oraz zakup dostaw, usług lub robót budowlanych o charakterze innowacyjnym, może motywować sektor publiczny i prywatny do współpracy. Z przeprowadzonej analizy wynika jednak, że istnieje wiele trudności w zastosowaniu tego trybu ze względu na konieczność spełnienia licznych wymagań prawnych i faktycznych przez obie strony zamówienia publicznego. Zamawiający staje chociażby przed obowiązkiem uzyskania informacji o możliwościach realizacji zamówienia ponad obecną w danym czasie ofertę. Wykonawcy z kolei nie mogą każdorazowo zapewnić oczekiwanego poziomu innowacji ze względu zakres ponoszonego ryzyka i stopień skomplikowania samej procedury. Dlatego też celem niniejszego artykułu jest próba identyfikacji ograniczeń zastosowania trybu partnerstwa innowacyjnego, ponieważ kwestia łączenia sił sektora prywatnego i publicznego niekoniernie cieszy się rosnącym zainteresowaniem.

Słowa kluczowe: prawo zamówień publicznych, tryb partnerstwa innowacyjnego, procedury udzielania zamówień publicznych.

Wstęp

Celem niniejszego artykułu jest zaakcentowanie ograniczeń partnerstwa innowacyjnego w dobie rosnącego znaczenia postępu technologicznego w tworzeniu nowych produktów i usług z inicjatywy państwa na mocy prawa zamówień publicznych (dalej: p.z.p.). Zarówno sektor publiczny, jak i prywatny są zainteresowane wszelkimi działaniami, które sprzyjają rozwojowi, z związku z czym działania wspierające innowacje są od kilku dekad elementem różnych strategii osiągnięcia przewagi konkurencyjnej wraz z próbą uzyskania pozycji światowego

lidera innowacji przez Unię Europejską. Spore znaczenie ma to, że zwykle obserwowaniem rynku i badaniami nad innowacjami zajmuje się sektor prywatny, a nie odpowiedni przedstawiciele sektora publicznego. Skutkuje to często słabszym rozpoznaniem takich potrzeb, których realizacja wymagałaby zajęcia pozycji zamawiającego urzędywistniającego cele publiczne zgodnie z przepisami trybu partnerstwa innowacyjnego. Niestety kwestia łączenia sił obu tych sektorów niekoniecznie cieszy się rosnącym zainteresowaniem mimo powszechnego akcentowania istotności programów wspierania postępu technologicznego i innowacji jako jednego z obszarów o szczególnym znaczeniu w polityce ekonomicznej Unii Europejskiej.

1. Definicja trybu partnerstwa innowacyjnego

W polskim prawie zamówień publicznych tryb partnerstwa innowacyjnego¹ pojawił się w 2016 roku, a w nowej ustawie z 2019 roku narzędzie to uregulowano w art. 189–207. Zgodnie z art. 189 nowego p.z.p. partnerstwo innowacyjne jest jednym z trybów zamówień uruchomionych na podstawie ogłoszenia o zapotrzebowaniu na innowacyjny produkt, usługę lub roboty budowlane, jeżeli nie są one dostępne na rynku. Pomocnym uzupełnieniem tej definicji są tu wytyczne Komisji Europejskiej, wskazujące, że chodzi o zakup procesu kreowania nowego rozwiązania lub jego efektów. W drugim przypadku rozumiane jest to jako uzyskanie przez zamawiającego statusu tak zwanego pierwszego użytkownika lub rozpowszechnienia słabo znanych rezultatów twórczych w obrocie gospodarczo-społecznym. Dodatkowo w wypracowywaniu innowacji², zgodnie z prawem UE, podkreśla się dopuszczalność tego trybu w celu uzyskania nawet innowacji społecznych. Szczególny aspekt pojęciowy wyraża też pkt 49 preambuły dyrektywy 2014/24/UE, wskazujący, że tryb ten stanowi szczególną procedurę umożliwiającą zamawiającemu ustanowienie długotrwałej współpracy opartej na re-

¹ Jest to tryb udzielania zamówień publicznych wprowadzony do dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych (klasycznej, art. 31) i dyrektywy 2014/25/UE (sektorowej, art. 47), implementowany do polskiego systemu prawnego na mocy ustawy z dnia 22 czerwca 2016 roku o zmianie ustawy — Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw w art. 73a–73h. Zob. Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji — nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014, s. 46.

² Art. 7 pkt 6 nowego p.z.p. z 2019 roku. Ilekroć w ustawie jest mowa o „innowacji”, należy przez to rozumieć umowę w formie pisemnej o charakterze odpłatnym, zawartą między wykonawcą a podwykonawcą, a w przypadku zamówienia na roboty budowlane innego niż zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa — także między podwykonawcą a dalszym podwykonawcą lub między dalszymi podwykonawcami, na mocy której odpowiednio podwykonawca lub dalszy podwykonawca zobowiązuje się wykonać część zamówienia.

lacjach partnerskich, mającej na celu opracowanie, a następnie zakup nowego, innowacyjnego produktu, usługi lub roboty. Warto zauważyć, że ani dyrektywy, ani ustawa Prawo zamówień publicznych nie narzucają przymusu wykorzystania rozpatrywanego trybu do opracowywania innowacji, a co za tym idzie — w tym celu można alternatywnie korzystać z dialogu konkurencyjnego lub negocjacji z ogłoszeniem (istotnym uzupełnieniem może być również stosowanie zamówień przedkomercyjnych³). W związku z tym zamawiający zachowuje swobodę wyboru. Trzeba jednak pamiętać, że zastosowanie analizowanego trybu musi się wiązać z niemożnością zaspokojenia zapotrzebowania zamawiającego przez dostępne na rynku produkty, usługi lub roboty budowlane.

2. Kwestia ograniczeń wyboru trybu partnerstwa innowacyjnego

Aby tryb ten mógł być stosowany, państwo i jego instytucje muszą dostrzegać swe potrzeby na takim poziomie, który nie jest możliwy do zaspokojenia w ramach obecnego rynku w ujęciu krajowym i międzynarodowym. Oznacza to, że to zamawiający jako podmiot publiczny musi być zdolny do zidentyfikowania elementów innowacyjnych przy realizacji celów publicznych. Jeśli zatem zamawiający nie dostrzeże konieczności poszukiwania nowych lub ulepszonych cech w obecnej ofercie rynkowej, to partnerstwo innowacyjne będzie zastępowane przez inne tryby. Jeśli dodatkowo uwzględnić wyższość innowacyjności innych krajów, tym bardziej nie pojawi się odpowiednio dobitna przesłanka opracowywania nowych lub ulepszonych towarów i usług z wykorzystaniem sił krajowych, jeśli takie są dostępne za granicą. Może być to szczególnie problematyczne w razie przekraczania wartości zamówienia ponad tak zwane progi unijne.

Dla wielu podmiotów ograniczeniem może być szerszy zakres weryfikacji na potrzeby partnerstwa innowacyjnego, gdyż obejmuje ono co najmniej kilka kryteriów (art. 193 p.z.p.). Wśród nich zamawiający ocenia zdolność wykonawców w zakresie badań i rozwoju oraz opracowywania i wdrażania innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych, obejmujące odpowiednio wymogi z art. 112 ust. 2 pkt 3 i 4 oraz art. 115–116 p.z.p. Chodzi zatem również o utrzymanie tak dobrej kondycji finansowej, aby umożliwić wprowadzenie do powszechnego obrotu gospodarczego większej ilości towaru, na przykład poprzez struktury

³ Zob. J. Pożarowska, M. Olejarz, *Zamówienia publiczne na innowacje*, Warszawa 2020, s. 1; komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 grudnia 2007 roku, zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, COM (2007) 799, wersja ostateczna, s. 3.

fabryki, która uzyskała wystarczającą zdolność produkcyjną. Kolejnym kryterium ocenianym przez zamawiającego jest zdolność techniczna lub zawodowa, rozumiana na przykład jako dysponowanie odpowiednio doświadczoną i wyspecjalizowaną kadrą. W tym obszarze uwzględniane są nie tylko możliwości zapewniania minimalnej jakości, ale też obsadzenie kadr na stanowiskach kierowniczych w zakresie zarządzania zespołem badawczym⁴.

W przypadku analizowanego trybu akcentuje się wiele elementów i etapów, które w przypadku partnerstwa innowacyjnego tworzą rozbudowaną całość i mogą jawić się jako zdecydowanie bardziej skomplikowane niż inne tryby zamówień publicznych. Jak wskazuje się w uzasadnieniu projektu do prawa zamówień, które weszło w życie w 2021 roku:

Istotą ustanowienia partnerstwa innowacyjnego nie jest więc tylko opracowanie innowacyjnego produktu, usługi czy roboty budowlanej, ale również ich zakup bez konieczności przeprowadzania odrębnego postępowania o udzielenie zamówienia. W ustanowieniu partnerstwa innowacyjnego mamy zatem do czynienia z jedną umową, obejmującą zarówno fazę badawczo-rozwojową, jak i późniejsze wyprodukowanie i dostarczenie innowacyjnego produktu, świadczenie usługi czy ukończenie robót budowlanych⁵.

Z tego też względu analizowany tryb jest szczególną procedurą p.z.p. z uwagi na specyficznie postrzegany zakres relacji zamawiającego i wykonawcy⁶. Trudno więc uznać, że każdy zamawiający będzie gotowy do realizacji zamówienia w tym trybie.

Zgodnie z art. 206 pkt 2 p.z.p. zamawiający zapewnia, że struktura partnerstwa innowacyjnego, zwłaszcza okres obowiązywania oraz wartość poszczególnych etapów, będzie odzwierciedlała stopień innowacyjności proponowanego rozwiązania i kolejność działań niezbędnych do opracowania innowacyjnego produktu, usługi lub robót budowlanych. W tym kontekście specyfika każdej innowacji może narażać na osłabienie pozycji niektórych wykonawców, jeśli działają w grupie. Dlatego też źródłem ewentualnych obaw wykonawców może być zapis art. 193 pkt 2 p.z.p., zgodnie z którym „zamawiający może ograniczyć liczbę wykonawców zaproszonych do składania ofert wstępnych, których wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu nie podlegały odrzuceniu. Przepisy art. 159 i art. 160 stosuje się”⁷. Zatem „partnerstwo z kilkoma partnerami będzie wymagało zorganizowania struktury nie tylko wokół logiki prac badawczo-rozwojowych, ale najprawdopodobniej również wokół potrzeby ograniczenia

⁴ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021, s. 614–615.

⁵ Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624, s. 58.

⁶ G. Klich, *Udzielanie zamówień publicznych w trybie partnerstwa innowacyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 540, 2018, s. 110.

⁷ Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne na innowacje — Koncepcja szkolenia*, Warszawa 2020, s. 26.

liczby partnerów”⁸. W nawiązaniu do uzasadnienia stosowania trybu partnerstwa innowacyjnego w wypadku braku potrzebnych towarów lub usług będzie on o tyle godny zastosowania, o ile uzasadniona będzie długotrwała współpraca między stronami zamówienia, co znajduje odzwierciedlenie w zastrzeżeniach i obawach niektórych wykonawców. Wpisuje się w nie art. 206 pkt 4 p.z.p., wskazujący, że:

Zamawiający może po każdym etapie zakończyć partnerstwo innowacyjne lub, w przypadku partnerstwa innowacyjnego z kilkoma partnerami, zmniejszyć liczbę partnerów przez rozwiązanie poszczególnych umów, pod warunkiem że zamawiający wskazał w specyfikacji istotnych warunków zamówienia taką możliwość oraz określił warunki skorzystania z niej.

Wielu wykonawców może przez to wykazywać większe zainteresowanie współpracą z innymi uczestnikami rynku niż państwo i korzystać z innych mechanizmów finansowania innowacji, których zasadniczo nie brakuje.

Jak wiadomo, p.z.p. dopuszcza oczywiście obecność kilku partnerów w celu stymulowania konkurencji, jednak dany wykonawca może w większym gronie mieć obawy co do możliwości zabezpieczenia swoich interesów w dłuższym terminie, gdyż zamawiający może wybrać kilka ofert (art. 190, art. 204, art. 205). Nawiązaniem do tego jest art. 206 pkt 5, zgodnie z którym

[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.

Nawet w odniesieniu do sytuacji, w której udało się wypracować zaplanowane rozwiązanie, mogą pojawić się okoliczności przemawiające za tym, że zamawiający nie zdecyduje się na wybór ich innowacji (art. 207 p.z.p.). Z tej przyczyny strony powinny przyjąć z góry odpowiednie ustalenia w zakresie korzyści danego wykonawcy czy też ochrony jego własności intelektualnej. Ma to szczególne znaczenie w odniesieniu na przykład do zamiaru komercjalizacji danej innowacji po zakończeniu partnerstwa.

Problemy dyskryminacyjne dotyczące wycen innowacji między stronami mogą również ograniczać skłonność do uczestnictwa w trybie partnerstwa innowacyjnego, mimo że teoretycznie szacowana wartość innowacyjnych produktów, usług lub robót budowlanych musi być proporcjonalna do wartości inwestycji niezbędnej do ich opracowania. Aby zmniejszyć siłę czynników ograniczających transparentność i konkurencyjność procedury, na stronach spoczywa przymus bardzo szerokiego i szczegółowego dopracowania ustaleń na wypadek pojawienia się różnych okoliczności skutkujących na przykład złamaniem zasad udzielania pomocy publicznej.

Kłopoty z prawidłowym określeniem i wyceną innowacyjnego rozwiązania poszukiwanego przez zamawiającego ograniczają przejrzystość i konkurencyjność omawianej procedury. Co więcej, wskazany już problem z zapewnieniem opłacalności zamówienia (rozumianej jako maksimum korzyści przy najniższej

⁸ *Prawo zamówień publicznych. Komentarz...*, s. 628.

możliwej cenie) może w niektórych przypadkach skutkować naruszeniem zasad udzielania pomocy publicznej⁹.

Warto zauważyć, że w odniesieniu do ryzyka i niepewności w omawianej kategorii działań złagodzone charakter odpowiedzialności poprzez zniesienie aspektu solidarności, na przykład wykonania umowy. Jednocześnie zwiększono transparentność procedury dzięki wprowadzeniu dla zamawiających możliwości uruchomienia kontroli zamówień o wartości równej lub przekraczającej progi unijne¹⁰. Należy jednak podkreślić, że w latach 2017–2020 88% wszystkich postępowań zostało przeprowadzonych w trybie przetargu nieograniczonego, w kolejnym (dialog z wolnej ręki) udział był znacznie mniejszy — około 9%. Podobnie prezentowały się zapytania o cenę: 1,68% w 2019 roku i 3,29% w 2017 roku. W sumie zamówienia udzielane w tych trybach miały ledwie kilkuprocentowy udział. Analizowany tryb partnerstwa innowacyjnego miał najmniejszą wielkość, w zasadzie znikomą — 0,01% w okresie 2017–2018¹¹. Natomiast w kolejnych latach wcale nie udzielono zamówień w tym trybie (2019–2020)¹². Warto przy tym zauważyć, że polska gospodarka znacznie odstaje od średniej innowacyjności w Unii Europejskiej, co mało zmieniło się w ciągu kilku ostatnich dekad¹³.

Podsumowanie

Mimo że nowa ustawa p.z.p., która weszła w życie w 2021 roku, mocniej wiąże zamawianie innowacji z szerszą perspektywą polityki krajowej, to niestety tryb partnerstwa innowacyjnego jest zaskakująco rzadko stosowany. Należy mieć na uwadze, że nie jest on łatwym wyborem proceduralnym p.z.p. dla stron zamówienia, choć ma doprowadzać do zaplanowanych ulepszeń lub uzupełnień braków rynkowych. Dlatego też preferencja danego trybu p.z.p. jest podyktowana głównie oceną uwarunkowań transakcyjno-rynkowych ze strony zamawiającego, który powinien dokonać choćby minimalnego rozpoznania potencjału innowacji różnych podmiotów na danym rynku. W tej kwestii polski zamawiający ma wiele do zrobienia i ma to zasadnicze znaczenie z punktu widzenia rozwoju Unii Europejskiej, zwłaszcza w dobie narastania trudności integracyjnych. Okazuje się bowiem, że angażowanie środków publicznych może słabo wspierać współpracę sektora publicznego i prywatnego w obszarze innowacji w Polsce. Trzeba

⁹ Szacowanie wartości partnerstwa innowacyjnego reguluje art. 31 p.z.p.; zob. G. Klich, *op. cit.*, s. 110.

¹⁰ L. Kitaszewska, *Partnerstwo innowacyjne w nowym P.Z.P. 2021*, zamowienia.pl 2021, <https://gjjw.pl/blog-zamowienia/partnerstwo-innowacyjne-w-nowym-pzp-2021/> (dostęp: 1.04.2022).

¹¹ Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2020 roku*, Warszawa 2021, s. 35.

¹² *Ibidem*, s. 36.

¹³ Zob. *European Innovation Scoreboard 2021*, Luxembourg 2021, s. 6.

mieć przy tym na uwadze, że największy konkurent względem całej światowej gospodarki, czyli Chiny, przeszedł w procesach rozwoju do szczególnie ważnej fazy, mianowicie stał się eksporterem innowacji i coraz bardziej umacnia swoją pozycję, dzięki czemu przestaje być dla reszty świata tylko dużym rynkiem i zasobem taniej siły roboczej. Mimo wielu trudności, jak podkreślono w publikacji Narodowego Centrum Badań i Rozwoju, „[w] instytucjach publicznych drzemie ogromny potencjał do stymulowania innowacji poprzez środki z puli przeznaczony na zamówienia publiczne”¹⁴.

Bibliografia

Literatura

- Kitaszewska L., *Partnerstwo innowacyjne w nowym P.Z.P. 2021*, zamowienia.pl 2021, <https://gjjw.pl/blog-zamowienia/partnerstwo-innowacyjne-w-nowym-pzp-2021/>.
- Klich G., *Udzielanie zamówień publicznych w trybie partnerstwa innowacyjnego*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 540, 2018.
- Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Blżej rynku, bliżej nowoczesnych rozwiązań. Zamówienie przedkomercyjne i partnerstwo innowacyjne w praktyce NCBR*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., Olejarsz M., *Zamówienia publiczne na innowacje*, Warszawa 2021.
- Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. H. Nowak, M. Winiarz, Warszawa 2021.
- Public Procurement for Innovation Good Practices and Strategies*, „OECD Public Governance Reviews” 2017.

Inne

- European Innovation Scoreboard 2021*, Luxembourg 2021.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów z dnia 14 grudnia 2007 roku, zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, COM (2007) 799, wersja ostateczna.
- Notices from European Union Institutions, Bodies, Offices and Agencies European Commission Notice, Guidance on Innovation Procurement (Dz.U. U C 267/1 z 6.07.2021).
- Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2020 roku*, Warszawa 2021.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne na innowacje — Koncepcja szkolenia*, Warszawa 2020.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej po modernizacji — nowe unijne dyrektywy koordynujące procedury udzielania zamówień publicznych*, Warszawa 2014.
- Uzasadnienie do rządowego projektu ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych, VIII kadencja, druk sejmowy nr 3624.

¹⁴ Narodowe Centrum Badań i Rozwoju, *Blżej rynku, bliżej nowoczesnych rozwiązań. Zamówienie przedkomercyjne i partnerstwo innowacyjne w praktyce NCBR*, Warszawa 2021.

Restrictions on the Use of the Innovative Partnership Mode of the Public Procurement Law

Summary

The innovative partnership mode, like any tool supporting the development and purchase of innovative supplies, services or works, may motivate the public and private sectors to cooperate. However, analysis shows that there are many difficulties in applying this procedure due to the need to meet many legal and factual requirements by both parties to the public procurement. The ordering party is obliged to obtain information about the possibilities of order fulfilment in addition to the currently available offer. Contractors cannot ensure the expected level of innovation each time due to the scope of the risk and the degree of complexity of the procedure itself. Therefore, the aim of this article is an attempt to identify the limitations of the application of the innovative partnership mode, because the issue of combining the forces of both these spheres is not necessarily subject to growing interest.

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