

RYSZARD SZOSTAK

ORCID: 0000-0002-1364-3772

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie
ryszard.szostak@uek.krakow.pl

O innowacyjności w zamówieniach publicznych

Abstrakt: Zamówienia publiczne mogą odgrywać istotną rolę w stymulacji rozwoju gospodarczego. Oprócz zwyczajnej kreacji popytu obecnie liczy się także ich wykorzystanie w zakresie unowocześnienia gospodarki. Wzrost innowacyjności zamówień publicznych zależy jednak od wielu czynników. Przede wszystkim liczą się instrumenty organizacyjne, zwłaszcza związane z planowaniem oraz polityką zakupową państwa i samorządu, a także z profesjonalizacją obsługi kontraktów zawieranych na zaspokojenie potrzeb publicznych. Jako kolejne wskazuje się: wykorzystanie proinnowacyjnych rozwiązań proceduralnych, odpowiednio ukierunkowany opis przedmiotu zamówienia wspomagany wynikami badań rynkowych i zamówień przedkomercyjnych, większe zastosowanie procedur negocjacyjno-przetargowych i konkursów oraz dostępnego od niedawna partnerstwa innowacyjnego. Nie bez znaczenia są ponadto: racjonalizacja warunków wymaganych od wykonawców, szersze operowanie jakościowymi kryteriami oceny ofert i wdrożenie efektywnego nadzoru nad realizacją umów o zamówienia publiczne.

Słowa kluczowe: innowacyjność, zamówienia publiczne, partnerstwo innowacyjne.

Uwagi ogólne

W ramach społeczno-gospodarczych funkcji zamówień publicznych doniosłe znaczenie może mieć ich funkcja stymulacyjna na rzecz unowocześnienia gospodarki (nie tylko publicznej) oraz upowszechnienia rozwiązań innowacyjnych. Wpływ zamówień publicznych na postęp techniczny i rozwój bywa bardziej intensywny z uwagi na liczne instrumenty celowego i zorganizowanego oddziaływania. Dotyczy to przede wszystkim innowacji łączących się z praktycznymi wdrożeniami nowych lub udoskonalonych produktów, procesów lub rozwiązań

organizacyjnych¹. W ogóle wszelkie innowacje, w tym ekoinnowacje i usprawnienia społeczno-organizacyjne, to podstawowe czynniki wzrostu, stanowiące centralny element strategii „Europa 2020” na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju gospodarczego. W świetle postanowienia pkt 47 preambuły dyrektywy 2014/24/UE zamawianie innowacyjnych produktów, usług lub robót, oprócz zwyczajnej stymulacji nowoczesnego obrotu związanej z kreowaniem popytu, nie tylko odgrywa kluczową rolę w zakresie poprawy skuteczności i jakości usług publicznych, lecz też pozwala uzyskać optymalną relację jakości do wielkości zaangażowanych środków publicznych, nie licząc korzyści gospodarczych, środowiskowych i społecznych, wynikających z generowania nowych pomysłów i rozwiązań realizacyjnych².

Od razu trzeba jednak wykluczyć instrumenty ingerencji bezpośredniej, jak roboty publiczne, preferencje krajowe lub lokalne czy jakiekolwiek formy pozaustawowej pomocy publicznej dla przedsiębiorców, pozostające w sprzeczności z zasadami wspólnego rynku europejskiego. Obecnie nawet proinnowacyjne kontrakty offsetowe lub indywidualne gwarancje rządowe dla wybranych przedsiębiorców są ograniczone i limitowane normatywnie w imię wartości nadrzędnych związanych z wolnym przepływem towarów i usług, a ponadto z otwartą i uczciwą konkurencją w wymiarze transgranicznym³. W szczególności ochrona konkurencji z założenia ma sprzyjać rozwojowi ogólnemu, postępowi technicznemu, specjalizacji i podnoszeniu jakości wszelkich świadczeń, pomniejszaniu kosztów produkcji i usług, rozszerzaniu powiązań kooperacyjnych z korzyścią dla drobnych przedsiębiorców itd. Dlatego zorientowanie zamówień publicznych na rozwój społeczno-gospodarczy, oprócz oczywistej stymulacji popytu, postępu i dynamicznego zaangażowania gospodarczego przedsiębiorców, może następować zasadniczo tylko z zastosowaniem instrumentów niewładczych, zwłaszcza cywilnoprawnych. Znacząca rola stymulacyjna zamówień publicznych łączy się nie tylko z ich liczebnością i wartością (sięgającą obecnie około 20% obrotu zawodowego z udziałem przedsiębiorców), lecz także z określonym ukierunkowaniem przedmiotowym. Rozwiązania stosowane w zamówieniach publicznych z łatwością przenikają do sfery prywatnej, przede wszystkim za pośrednictwem

¹ Por. definicyjny art. 2 pkt 6 ustawy z dnia 11 września 2019 roku Prawo zamówień publicznych (Dz.U. poz. 2019 ze zm.; dalej: p.z.p.), odzwierciedlający art. 2 pkt 22 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26 lutego 2014 roku w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 65).

² Więcej zob. A. Wójtowicz-Dawid, *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8), s. 67 n.; J. Pożarowska, *Zamówienia publiczne na innowacje*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, D. Dobaczewska, Warszawa 2018, s. 133 n.

³ Według ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej (Dz.U. poz. 568 ze zm.) dopuszcza się właściwie tylko udzielanie kredytów preferencyjnych i ograniczoną pomoc publiczną dla przedsiębiorców na podnoszenie kwalifikacji zawodowych personelu, ochronę własności intelektualnej i projektowanie produktów innowacyjnych.

wykonawców, przy wykorzystaniu wiedzy i doświadczenia nabytego w realizacji kontraktów publicznych. Prawdopodobnie zarządzane zamówienia publiczne często stają się wzorcowe dla całego obrotu gospodarczego. Większa koncentracja zamówień publicznych, udzielanych na zasadzie celowości (planowości) i racjonalnie zorganizowanych, to dodatkowe czynniki umożliwiające wykorzystanie ich w charakterze swoistej szpicy rozwojowej w gospodarce.

Unormowana od niedawna polityka zakupowa państwa (por. art. 21 p.z.p.) powinna polegać na wyznaczaniu priorytetów i kierunków rozwoju zamówień rządowych, zorientowanych na ciągły wzrost udziału produktów i usług innowacyjnych przy przestrzeganiu reguł rachunku ekonomicznego (kwestia kosztów), wymagań normalizacyjnych oraz aspektów społecznych. Powinno się zatem co najmniej zalecać określone preferencje na rzecz zweryfikowanych pozytywnie rozwiązań i standardów zapewniających zwłaszcza unowocześnienie i ujednolicenie zaopatrzenia, poprawę efektywności i skuteczności usług świadczonych dla ludności oraz obniżkę kosztów transakcyjnych. Politykę zakupową Rada Ministrów przyjmuje w drodze uchwały, na wniosek ministra właściwego do spraw gospodarki⁴. W sferze zamówień samorządowych racjonalną politykę zakupową zorientowaną na innowacje mają kształtować fakultatywnie właściwe organy samorządu terytorialnego.

Sensowna centralizacja zamówień zapewnia większą koncentrację, racjonalne ukierunkowanie przedmiotowe i wzrost efektywności (skuteczności) transakcji, którą z powodzeniem można wykorzystać do stymulacji innowacyjności w większych rozmiarach, przede wszystkim w zakresie zaopatrzenia i wyposażenia instytucji publicznych. Formy centralizacji mogą być co najmniej trojkie:

1. ustanowienie centralnego zamawiającego na poziomie krajowym, regionalnym lub lokalnym;
2. ustanowienie wspólnej obsługi zaopatrzeniowo-gospodarczej podległych jednostek;
3. zawarcie umowy ramowej na świadczenia określonego rodzaju na rzecz podległych jednostek.

Najdogodniej przedstawia się ostatnia z tych form, polegająca na nawiązaniu w trybie przetargowym długoterminowej umowy o współpracę z jednym bądź kilkoma wykonawcami (porozumienie wielostronne), ustalającej warunki wykonywania określonych rodzajowo świadczeń na rzecz oznaczonych zamawiających wraz z ustaleniem minimalnych standardów jakościowych i maksymalnych cen jednostkowych. Zamówień jednostkowych udzielają już sami beneficjenci (zamawiający) w granicach bieżących potrzeb, w trybie negocjacji z wolnej ręki albo w trybie uproszczonego przetargu zamkniętego na zasadach z góry wyznaczo-

⁴ Więcej o polityce zakupowej zob. A. Hajduk, *Planowanie zamówień publicznych jako narzędzie efektywnego wydatkowania środków publicznych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2021, nr 1, s. 99 n.; M. Stachowiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 171–172.

nych w umowie ramowej wielostronnej⁵. Jak łatwo zauważyć, długoterminowa formuła umowy ramowej może zapewnić pożądane, z punktu widzenia nowych technologii, ukierunkowanie wielu powtarzających się transakcji w dłuższym horyzoncie czasowym przy znaczącym spadku kosztów kontraktowania oraz obsługi biurokratycznej zamówień objętych tego rodzaju koncentracją.

Z kolei za efektywną promocję zamówień innowacyjnych, w większym stopniu uwzględniających najnowsze osiągnięcia technologiczne, sprzyjających rozwojowi społeczno-gospodarczemu i efektywnemu zaspokajaniu potrzeb zbiorowych przy poszanowaniu bieżących wyzwań rynku pracy, odpowiada przede wszystkim Urząd Zamówień Publicznych. Pomimo różnych barier i ograniczeń, głównie o charakterze faktycznym, trzeba odnotować wiele osiągnięć, zwłaszcza w zakresie działalności edukacyjno-informacyjnej urzędu oraz promowania dobrych praktyk⁶.

Pośród rozwiązań cywilnoprawnych zorientowanych bezpośrednio na stymulację zamówień innowacyjnych, oprócz udzielania zamówień przedkomercyjnych, zgodnie wymienia się co najmniej trzy, a mianowicie częstsze stosowanie:

1. wstępnych konsultacji rynkowych lub innych form aktywnego rozeznania rynku;

2. rozwiązań nowatorskich w ramach specyfikacji techniczno-technologicznych zamawianych świadczeń, z ewentualną możliwością składania ofert wariantowych czy choćby jakościowych kryteriów oceny ofert przetargowych;

3. negocjacyjno-przetargowych procedur udzielania zamówień, zwłaszcza negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego albo partnerstwa innowacyjnego⁷.

W praktyce jednak zainteresowanie tymi procedurami nie jest jeszcze — niestety — zadowalające, skoro wskaźnik zastosowania pierwszej z nich sięga niepełna 0,5%, drugiej — około 0,1%, natomiast wskaźnik sporadycznego partnerstwa innowacyjnego zbliża się do pułapu 0,01% wartości wszystkich zamówień udzielanych według prawa polskiego.

⁵ Więcej o tej formie centralizacji zob. R. Szostak, *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020, s. 63 n.

⁶ Por. A. Wichniak-Olczak, *Działalność edukacyjno-informacyjna urzędu Zamówień Publicznych środkiem profesjonalizacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 3, s. 26 n.

⁷ Por. wystąpienia podczas konferencji „Zamówienia innowacyjne oraz zamówienia publiczne w czasie pandemii Covid-19”, zorganizowanej przez Urząd Zamówień Publicznych 30 czerwca 2021 roku z udziałem przedstawicieli urzędów do spraw zamówień publicznych Polski (Justyna Pożarowska), Węgier (Gabriela Havas-Kovacs), Czech (Lena Matuchova) oraz Słowacji (Michał Machut), w ramach transmisji dostępnej na stronie UZP.

Profesjonalna obsługa administracyjna zamówień publicznych

Zorientowanie zamówień publicznych na innowacje przede wszystkim wymaga fachowej i starannej obsługi administracyjnej. Liczą się kompetencje, umiejętności i predyspozycje organizacyjne urzędników i innych pracowników, którzy powinni być świadomi znaczenia innowacyjności, wrażliwi na interesy publiczne i dostatecznie kreatywni w poszukiwaniu nowych rozwiązań, adekwatnych do indywidualnych potrzeb instytucji zamawiających. Wymaga to rzecz jasna określonych preferencji w zakresie wykształcenia oraz tworzenia odpowiednich warunków dla stałego doskonalenia wiedzy i umiejętności personelu. Poprawa sytuacji w tym zakresie, po reaktywowaniu mechanizmów rynkowych, następuje niestety zbyt wolno. Konieczne wydaje się wprowadzenie urzędowych standardów kadrowo-organizacyjnych na rzecz wzmocnienia statusu urzędników administrujących zamówieniami publicznymi⁸. Powinni być bardziej wyspecjalizowani i stabilizowani zawodowo oraz wyżej sytuowani w strukturach organizacyjnych jednostek zamawiających, a także lepiej wynagradzani. Niezbędne jest ponadto szersze operowanie odpowiednimi regulaminami i procedurami wewnętrznymi, bynajmniej nie tylko w zakresie organizacji i trybu pracy komisji przetargowych, ale też w odniesieniu do innych zespołów weryfikacyjnych i pracowników merytorycznych odpowiedzialnych za należyte rozeznanie potrzeb i wymagań, kompleksowe przygotowanie udzielenia zamówienia publicznego oraz nadzór nad wyegzekwowaniem należytego świadczenia i bezpieczeństwem transakcji.

Nie bez znaczenia jest też poprawa jakości obsługi kontraktowej po stronie wykonawców, zarówno w sferze zarządczo-gospodarczej, jak i techniczno-organizacyjnej, skoro jednakowo doniosłe są wiedza, kwalifikacje i doświadczenie w zdobywaniu zamówień, ale i w trakcie ich realizacji w zgodzie z zasadą realnego wykonania zamówienia *in natura*, w sposób zapewniający efektywne osiągnięcie celów transakcji⁹. Na gruncie mechanizmów wolnorynkowych brakuje jednak podstaw do ingerencji normatywnej w sferę działalności przedsiębiorców. Pozostaje rygorystyczne przestrzeganie unormowań z zakresu weryfikacji warunków wymaganych od wykonawców ubiegających się o zamówienia, z zachowaniem zasad równości, bezstronności i uczciwej konkurencji, podczas gdy w fazie ich realizacji liczy się realne wyegzekwowanie należytego zamawiającemu świadczenia przy obowiązku dochodzenia przysługujących mu roszczeń. Obecnie kluczowe znaczenie mają zdolności technicznozawodowe wykonawcy, gwarantowane „do-

⁸ Por. cykl artykułów na temat profesjonalizacji zamówień publicznych w „Prawie Zamówień Publicznych” 2020, nr 3 i nr 4.

⁹ Por. T. Kocowski, *Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1, s. 17 n.

robkiem firmowym” przedsiębiorstwa¹⁰, jego wyposażeniem oraz kwalifikacjami i doświadczeniem personelu. Jak łatwo zauważyć, istotny postęp w tym zakresie w dużej mierze zależy od zdolności weryfikacyjno-nadzorczych urzędników reprezentujących instytucje zamawiające.

Zamówienia przedkomercyjne

Istotną rolę innowacyjną odgrywają tak zwane zamówienia przedkomercyjne na usługi badawczo-rozwojowe poprzedzające wprowadzenie nowych technologii lub rozwiązań modernizacyjnych po stronie instytucji zamawiających, zwłaszcza gdy nie mogą one w zwykły sposób zamówić na rynku niezbędnych produktów, usług lub robót budowlanych¹¹. Chodzi o znalezienie i zaprojektowanie rozwiązań nowatorskich lub prototypowanie i opracowanie nowych produktów (usług), doświadczalne testowanie nowych materiałów i technologii budowlanych itd. Jak każde zamawianie świadczeń także kontraktowanie tego rodzaju usług intelektualnych i techniczno-doświadczalnych powinno odbywać się z poszanowaniem zasad uczciwej konkurencji. Z uwagi jednak na zaawansowaną specyfikę zamówień na prace badawczo-rozwojowe niektóre z nich zostały wyłączone z reżimu prawa zamówień publicznych w ślad za dyspozycją art. 14 dyrektywy 2014/24/UE. Według art. 11 ust. 1 pkt 3 p.z.p. dotyczy to sporej części usług badawczo-rozwojowych, jednak pod warunkiem że wynikające z nich korzyści przypadną wyłącznie zamawiającemu na potrzeby jego własnej działalności; ponadto całość wynagrodzenia za świadczenie takich usług wypłaca zamawiający. Pozostałe są udzielane już na zasadach ustawowych, zwłaszcza gdy zamawiający dzieli się z innymi osobami korzyściami, a tym bardziej kosztami. Wyłączenie zamówień przedkomercyjnych z reżimu ustawowego nie oznacza bynajmniej przyzwolenia na zawieranie transakcji bezpośrednich. Zarówno bowiem w ramach uproszczonego „postępowania grantowego”, aktualnego zwłaszcza w działalności naukowej lub kulturalnej, jak i w pozostałym zakresie stosuje się procedury konkursowe¹². Wynagrodzenie za realizację zamówienia przedkomercyjnego powinno

¹⁰ Por. postanowienie Sądu Najwyższego z dnia 7 października 2008 roku (sygn. III CZP 87/08, LEX nr 470908), z głosem R. Szostaka, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 1, s. 68 n.

¹¹ Więcej zob. I. Skubiszak-Kalinowska, M. Kulesza, *Zamówienia przedkomercyjne*, Warszawa 2011, s. 21 n.

¹² Dlatego w zgodzie z komunikatem Komisji Europejskiej z 14 grudnia 2007 roku o wspieraniu innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie zamówień wyłączonych z reżimu ustawowego nie uznaje się za „przedkomercyjne”, podobnie zresztą jak wszelkich innych transakcji wspieranych finansowo przez państwo. Samo zaś udzielanie zamówień przedkomercyjnych powinno opierać się na trzech założeniach: 1. usługi badawczo-rozwojowe polegają na poszukiwaniu i projektowaniu optymalnych rozwiązań aż po opracowanie ograniczonej ilości produktów nowatorskich, w celach testowych, nie zaś w celach handlowych

odzwierciedlać wartość rynkową korzyści uzyskanych przez zamawiającego oraz ryzyko poniesione przez wykonawcę, tak aby nie można uznać zamówienia za formę niedozwolonej pomocy publicznej na podstawie art. 107 TFUE. Stosowny podział ryzyka i korzyści uzasadnia pogłębioną współpracę zamawiającego z wykonawcą, co ułatwia zidentyfikowanie potencjalnych ograniczeń realizacyjnych. Oprócz typowych kryteriów oceny ofert przetargowych liczą się jeszcze mierniki jakości technologicznej, stopnia korzyści płynących z wydanej optymalizacji rozwiązań funkcjonalnych czy predyspozycji personelu wykonawcy w zakresie zdolności do rozwiązywania problemów badawczo-rozwojowych¹³.

Proinnowacyjny opis przedmiotu zamówienia

Jak wiadomo, przewidziane w art. 99 i n. p.z.p. zasady opisu przedmiotu zamówienia (przejrzystości, zupełności, uczciwej konkurencji itd.) mają znaczenie ogólne. Nie rzutują bowiem bezpośrednio na treść świadczenia wykonawcy adekwatnego do potrzeb zamawiającego. Tymczasem świadomość tych potrzeb, a tym bardziej zdolność do należytego ukształtowania właściwości zamawianego świadczenia z punktu widzenia jego przeznaczenia, nie zawsze są zadowalające. Dlatego istotne znaczenie ma analiza potrzeb i wymagań, która w odniesieniu do zamówień większej wartości jest obligatoryjna i sformalizowana (art. 83 p.z.p.)¹⁴. Z perspektywy innowacyjności liczy się gruntowne rozeznanie rynku w poszukiwaniu nowoczesnych produktów i rozwiązań dostępnych w obrocie, niekiedy zaś konieczne może się okazać uruchomienie przez zamawiającego dodatkowo wstępnych konsultacji rynkowych, zwłaszcza w celu ustalenia możliwości dostosowania oferowanych dostaw, usług lub robót do indywidualnych potrzeb zamawiającego poprzez modyfikacje ich właściwości (art. 84 p.z.p.)¹⁵.

Warunkiem efektywnego skorzystania z informacji i fachowego doradztwa ze strony profesjonalnie działających przedsiębiorców jest uprzednie ujawnienie przez zamawiającego zamiarów i wymagań związanych z planowaną transakcją, w tym

(takich jak produkcja seryjna, dostawy zorientowane na osiągnięcie rentowności rynkowej lub pokrycie kosztów badań i rozwoju); 2. zastosowanie odpowiedniego podziału ryzyka i korzyści — zamawiający nie zastrzega tylko dla siebie wyników badań i rozwoju, lecz dzieli się z wykonawcą korzyściami i ryzykiem; 3. udzielenie zamówienia odbywa się na zasadach otwartości i konkurencyjności, bezstronności i przejrzystości.

¹³ Tytułem przykładu trzeba odnotować udane zamówienia przedkomercyjne w dziedzinie szerokopasmowych sieci internetowych, zintegrowanych systemów świadczenia usług transportowych albo zarządzania świadczeniem usług opiekuńczych na terenach miejskich.

¹⁴ Por. A. Matusiak, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021, s. 234 n.; H. Nowak, M. Winiarz, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 288–289; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 265.

¹⁵ Por. H. Nowak, M. Winiarz, *op. cit.*, s. 290; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 266–268.

preferencji o charakterze innowacyjnym, a następnie wnikliwe rozważenie pozyskanych ustaleń, rekomendacji, wskazówek i innych informacji. W razie potrzeby do analizy i weryfikacji wyników konsultacji można zaangażować eksperta czy nawet uruchomić dodatkowe prace studialne. Przy nieosiągnięciu zadowalających rezultatów niezbędnych do należytego opisu przedmiotu zamówienia powinno się rozważyć udzielenie zamówienia w trybie negocjacyjno-przetargowym. Rozwiązaniem uzupełniającym bywa dopuszczenie ofert wariantowych. Są to oferty dodatkowe, zawierające rozwiązania alternatywne względem podstawowych, które muszą się jednak mieścić w ramach wymagań określonych przez zamawiającego. Stwarzają one szansę na świadczenie o podwyższonych właściwościach.

Dopuszczenie kryteriów jakościowych

W ramach preferowanego ustawowo wielokryteriowego modelu wyboru oferty najkorzystniejszej (por. art. 246 p.z.p.) poczesne miejsce zajmują kryteria jakościowe dotyczące wybranych parametrów lub pozostałych właściwości przedmiotu zamówienia (wydajności, funkcjonalności, niezawodności, trwałości itd.)¹⁶. Mierniki jakościowe zorientowane na podwyższone walory techniczne przedmiotu zamówienia lub inne korzyści transakcyjne związane z przedmiotową stroną zamówienia z powodzeniem mogą stymulować innowacyjność. Zarówno sam opis, jak i wyznaczenie odpowiedniej hierarchii w ramach tego rodzaju kryteriów nie jest łatwe, wymaga rozeznania przydatności, ustalenia optymalnego poziomu właściwości minimalnych, a przede wszystkim rzetelnego wartościowania rozwiązań ulepszonych. Wszystkie kryteria pozacenowe muszą mieć charakter ekonomiczny, pozostając we właściwych proporcjach (bilansie) w stosunku do ceny lub kosztu realizacji świadczenia¹⁷. Przede wszystkim poszczególne propozycje ofertowe podlegają punktacji w obrębie każdego z przyjętych kryteriów z uwzględnieniem przypisanej im wagi, która w odniesieniu do kryteriów jakościowych wynika ze stosunku wartości nakładów dodatkowych niezbędnych do podniesienia jakości (w oznaczonym zakresie) do całkowitej szacunkowej wartości zamówienia. Ponieważ indywidualnie oferowane podniesienie jakości świadczenia jest kosztowne (z uwagi na większe nakłady i surowszy reżim wykonania, lepszy surowiec, zaangażowanie wyspecjalizowanego personelu itd.), wymusza to wzrost ceny transakcyjnej. Zamawiający powinien zatem gruntownie rozważyć nie tylko to, które konkretnie właściwości świadczenia wymagają polepszenia, lecz także samą przydatność przedmiotu o szczególnych walorach jakościowych,

¹⁶ Więcej zob. F. Łapecki, *Kryteria jakościowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4, s. 158 n.

¹⁷ W. Dzierżanowski, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 657 n.

skoro standardowy poziom dobrej jakości świadczenia należy do wymagań minimalnych, które każdorazowo „z urzędu” powinny być wyegzekwowane. Poza tym rolę kryterium zastępczego może odgrywać tu zaostrenie odpowiedzialności wykonawcy za uchybienia jakościowe (wady), choćby w postaci przedłużonego terminu rękojmi ponad kodeksowy okres dwóch lat bądź pięciu lat na roboty budowlane¹⁸. Propozycje poszczególnych wykonawców są tym bardziej atrakcyjne, im w większym stopniu zapewniają utrzymanie wymaganej jakości przedmiotu zamówienia w dłuższym horyzoncie czasowym. Wagę takiego kryterium ustala się na podstawie relacji kosztów serwisu dodatkowego z rękojmi do całkowitej szacunkowej wartości zamówienia.

Zastosowanie konkursu

Innowacyjność łączy się często z twórczością lub wynalazczością, a w konsekwencji z nabyciem własności intelektualnej. W zakresie sposobów pozyskiwania dzieł o wysokim stopniu innowacyjności będących utworami (projektu urbanistycznego, architektoniczno-budowlanego, informatycznego czy nawet aranżacji większej imprezy kulturalnej) zamawiający powinien rozważyć zorganizowanie konkursu w celu wyłonienia najlepszego wykonawcy, któremu następnie powierzy w trybie negocjacyjnym (art. 325 i n. p.z.p.) wykonanie dzieła finalnego zastosowania¹⁹. Jeżeli zaś zamówienie ma dotyczyć nowatorskich rozwiązań technicznych, lepsze może się okazać uruchomienie partnerstwa innowacyjnego (art. 189 i n. p.z.p.).

Konkurs na najlepsze dzieło autorskie, zwłaszcza o charakterze koncepcyjnym (pomysł), pełni tradycyjnie doniosłe funkcje praktyczne — pobudza do konkurencji i współzawodnictwa z zakresu rozwiązań oryginalnych, nowoczesnych i zaspokajających nietypowe oczekiwania zamawiającego, a ponadto sprzyja ich optymalizacji funkcjonalnej, uwalniając od ryzyka nietrafnych założeń techniczno-ekonomicznych. Na dodatek rozgrywa się w warunkach zaostnionej konkurencji, z udziałem profesjonalistów, a sam wybór wykonawcy zapada po uprzedniej

¹⁸ Wprawdzie gwarancja dodatkowa (art. 577 k.c.) także może odgrywać rolę instrumentu stymulacji jakości i innowacyjności świadczenia, lecz żądanie jej udzielenia z góry w warunkach zamówienia koliduje z jej naturalnie dobrowolnym charakterem, choć niektórzy myślą ją z czynnością umownego przedłużenia ustawowego okresu rękojmi. Poza tym gwarancji jakości udzielają zazwyczaj wytwórcy, importerzy bądź inni przedsiębiorcy wprowadzający produkty do obrotu, natomiast wykonawcy zamówień publicznych na ogół jedynie „przenoszą” przyrzeczenia gwarancyjne na zamawiających.

¹⁹ Do udzielenia zamówienia dochodzi w istocie po wyczerpaniu hybrydowego postępowania: konkursowego oraz negocjacyjnego (z wybranym wykonawcą lub wykonawcami), zorientowanego na ukształtowanie ostatecznych warunków umowy finalnej (art. 326 p.z.p.).

gruntownej ocenie opracowań koncepcyjnych²⁰. Tylko wyjątkowo w odniesieniu do dzieł niezbyt skomplikowanych, niewymagających dłuższego czasu na ich przygotowanie, organizuje się konkursy na prace finalnego zastosowania, przy których liczy się nie tyle innowacyjność, ile samo nabycie praw autorskich do oryginalnych rozwiązań projektowych, jak na przykład na aranżację wnętrza, instalację niewielkiego pomnika lub tablicy pamiątkowej czy opracowanie jednostkowego utworu muzycznego na potrzeby uroczystości. Ukierunkowanie zaś konkursu na najlepszą koncepcję przedsięwzięcia gospodarczego stanowi doskonały sposób efektywnego pozyskania dzieła funkcjonalnie innowacyjnego, zawierającego rozwiązania adekwatne do indywidualnych potrzeb zamawiającego. Przedłożone do konkursu prace ocenia sąd konkursowy na podstawie z góry zastrzeżonych kryteriów w postaci mierników innowacyjno-funkcjonalnych, ekonomicznych (kosztów realizacyjnych), estetycznych itd.

Niestety z braku dostatecznej promocji procedur konkursowych w zamówieniach publicznych, a jednocześnie z powodu niedopuszczalnej tolerancji urzędowej, zwłaszcza w odniesieniu do chybionych rozwiązań architektoniczno-budowlanych zamawianych w trybie przetargowym (ryzykownym co do twórczych prac projektowych), w praktyce konkursy organizowane są sporadycznie²¹. W zakresie zamówień udzielanych na prace architektoniczne oraz architektoniczno-budowlane (konstrukcyjne) sytuacja ulegnie zapewne poprawie w związku z wprowadzeniem normatywnego nakazu zastosowania trybu konkursowego, choć dotyczy on jedynie prac większej wartości (art. 525 ust. 2 p.z.p.), podczas gdy w praktyce znaczna część prac projektowych w ogóle nie sięga pod względem wartości europejskiego progu kwotowego. Konieczna jest zatem dalsza promocja i upowszechnianie dobrych praktyk w zakresie korzystania z procedur konkursowych.

Partnerstwo innowacyjne

Partnerstwo innowacyjne to tryb udzielenia zamówienia na stworzenie nowego przedmiotu we współpracy z partnerem prywatnym²². W odpowiedzi na ogłoszenie wnioski o dopuszczenie do postępowania mogą składać wszyscy za-

²⁰ M. Ziółkowska, *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4, s. 67 n.

²¹ Por. M. Ziółkowska, *Dlaczego konkurs nie funkcjonuje jako podstawowa procedura zamawiania twórczych prac projektowych?*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 2, s. 4 n.

²² Więcej zob. M. Borowiak, T. Siedlecki, *Nowy tryb — partnerstwo innowacyjne*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2016, nr 9, s. 28 n.; A. Wójtowicz-Dawid, *op. cit.*, s. 87 n.; P. Graneczki, I. Granecka, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 585 n.; J. Pożarowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 608 n.; M. Stachowiak, *op. cit.*, s. 528 n.

interesowani wykonawcy, a po wyczerpaniu kwalifikacji podmiotowej (możliwe wykluczenia) zaprasza się dopuszczonych wykonawców do składania ofert wstępnych i prowadzi negocjacje w celu ulepszenia złożonych propozycji, po czym zaprasza się wszystkich zakwalifikowanych wykonawców do składania ofert stanowczych na prace badawczo-rozwojowe mające na celu opracowanie innowacyjnego produktu lub robót budowlanych (art. 189 p.z.p.). Po stworzeniu innowacyjnego przedmiotu przez wykonawcę dochodzi do nabycia przez zamawiającego określonej jego ilości, jeśli spełnia ustalone wymagania techniczno-jakościowe oraz ekonomiczne.

Kluczowe znaczenie ma w tym wypadku opis potrzeb i wymagań przedmiotowych oraz proceduralnych, na podstawie którego składa się oferty wstępne i toczy negocjacje z zachowaniem konkurencji, który podlega potem rozwinięciu poprzez ustalenie co najmniej:

1. kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej do umowy o ustanowienie partnerstwa innowacyjnego dotyczącego prac badawczo-rozwojowych;
2. kryteriów ewentualnego wyboru najkorzystniejszej koncepcji spełnienia świadczenia innowacyjnego będącego wynikiem prac badawczo-rozwojowych powstałych w ramach partnerstwa zorganizowanego z kilkoma wykonawcami;
3. warunków nabycia innowacyjnych dostaw, usług lub robót budowlanych finalnego przeznaczenia wraz z zasadami przejścia na zamawiającego majątkowych praw autorskich lub wynalazczych.

Umowa finalna o partnerstwo kreuje zatem zobowiązanie o wykonanie określonych prac badawczo-rozwojowych i przeniesienie ich wyników na zamawiającego. W przypadku umowy wielostronnej z udziałem kilku partnerów przeprowadza się gruntowną weryfikację wyników każdego z nich w celu wyłonienia najlepszego opracowania. Ostatecznym efektem zobowiązania jest nabycie przez zamawiającego innowacyjnego przedmiotu, wykonanego zgodnie z zaakceptowanym wynikiem prac badawczo-rozwojowych.

Zastosowanie procedury negocjacyjno-przetargowej

Jeżeli zamawiający poszukuje świadczenia innowacyjnego, powinien rozważyć udzielenie zamówienia w trybie negocjacji z ogłoszeniem (art. 153 pkt 2 p.z.p.)²³ albo dialogu konkurencyjnego (art. 170 p.z.p.)²⁴. Są to procedury otwarte, uruchamiane na podstawie ogłoszenia. Pierwsza jest bardziej przewidywalna — z zarysowanym opisem przedmiotu zamówienia, z wymogiem przedkładania

²³ Por. E. Wiktorowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 464 n.

²⁴ Por. A. Gawrońska-Baran, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 492 n.

ofert wstępnych umożliwiających uporządkowany przebieg negocjacji warunków zamówienia, z wysokim prawdopodobieństwem zwieńczenia jej wyborem oferty najkorzystniejszej w etapie końcowym. Druga zaś jest bardziej elastyczna — polega na przeprowadzeniu w pierwszym etapie wielostronnych negocjacji z zachowaniem konkurencji w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań (innowacyjnych), jednak bez większych gwarancji na sukces, z prawdopodobieństwem zamknięcia postępowania poprzez jego unieważnienie w wypadku nieopracowania satysfakcjonujących rozwiązań. W etapie drugim obie procedury przekształcają się w tryb przetargowego wyboru oferty najkorzystniejszej, uruchamiany na podstawie indywidualnych zaproszeń z uwzględnieniem warunków ustalonych na podstawie wyników uprzednich negocjacji (por. art. 152 i 169 p.z.p.).

Negocjacje z ogłoszeniem albo dialog konkurencyjny można uruchomić, w szczególności gdy:

1. zamówienie ma charakter innowacyjny,
2. jego przedmiot jest wysoce złożony lub z innej przyczyny obciążony wysokim ryzykiem,
3. rozwiązania dostępne na rynku nie mogą zaspokoić, bez ich dostosowania, potrzeb zamawiającego.

Dlatego też najistotniejsze znaczenie mają negocjacje (wielostronne) z wykonawcami szczegółowych warunków zamówienia. W ramach sporządzonego przez zamawiającego opisu potrzeb i wymagań podaje się podstawowe właściwości zamawianego przedmiotu oraz warunki stawiane wykonawcom wraz ze sposobem ich udokumentowania. Po kwalifikacji wstępnej zgłaszających się wykonawców (możliwe wykluczenia) zamawiający zaprasza do składania ofert wstępnych poprzedzających negocjacje albo od razu do dialogu konkurencyjnego. Składanie ofert wstępnych ma na celu uściślenie wymagań przedmiotowych wraz ze stworzeniem podstaw do weryfikacji rzeczywistych zamiarów zgłaszających się wykonawców. Gwarantuje to pogłębioną selekcję oferowanych rozwiązań (możliwe odrzucenie oferty wstępnej) oraz usprawnia przebieg samych negocjacji zorientowanych na ustalenie ostatecznych warunków zamówienia.

Z kolei alternatywny dialog konkurencyjny od początku toczy się w poszukiwaniu optymalnych rozwiązań i warunków realizacji zamówienia aż do momentu, gdy zamawiający będzie w stanie ustalić rozwiązania najpełniej realizujące jego potrzeby (art. 184 p.z.p.). Po zakończeniu dialogu zamawiający sporządza specyfikację warunków zamówienia, stanowiącą rozwinięcie dyspozycji zawartych w opisie potrzeb i wymagań, albo unieważnia postępowanie. Następnie zaprasza wykonawców do składania ofert przetargowych z uwzględnieniem ostatecznych warunków zamówienia.

Podsumowanie

Zamówienia innowacyjne znacząco stymulują rozwój gospodarczy. Zwiększenie poziomu innowacyjności tych zamówień zależy jednak od uruchomienia wielu instrumentów, przede wszystkim o charakterze organizacyjno-zarządczym oraz proceduralnym, zorientowanych na poszukiwanie oraz wdrażanie nowych rozwiązań i technologii. W ramach typowych procedur przetargowych istotne znaczenie mają: racjonalny opis przedmiotu zamówienia, wysokie wymagania związane z weryfikacją wiarygodności wykonawców oraz dopuszczenie jakościowych kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej. Pożądanym jest jednak dalszy wzrost zastosowania procedur negocjacyjno-przetargowych, a także wykorzystania konkursu na twórcze prace projektowe.

Bibliografia

- Borowiak M., Siedlecki T., *Nowy tryb — partnerstwo innowacyjne*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2016, nr 9.
- Dzierżanowski W., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Gawrońska-Baran A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Granecki P., Granecka I., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Hajduk A., *Planowanie zamówień publicznych jako narzędzie efektywnego wydatkowania środków publicznych*, „Przegląd Prawno-Ekonomiczny” 2021, nr 1.
- Kocowski T., *Zdolność wykonawcy do występowania w obrocie prawnym*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2021, nr 1.
- Łapecki F., *Kryteria jakościowe w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2015, nr 4.
- Matusiak A., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. M. Jaworska, Warszawa 2021.
- Nowak H., Winiarz M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Pożarowska J., *Zamówienia publiczne na innowacje*, [w:] *Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych*, red. M. Stręciwilk, D. Dobaczewska, Warszawa 2018.
- Skubiszak-Kalinowska I., Kulesza M., *Zamówienia przedkomercyjne*, Warszawa 2011.
- Stachowiak M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Szostak R., *Odpowiedzialność osobista urzędników w zamówieniach publicznych*, Warszawa 2020.
- Wichniak-Olczak A., *Działalność edukacyjno-informacyjna urzędu Zamówień Publicznych środkiem profesjonalizacji zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2020, nr 3.
- Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021.
- Wójtowicz-Dawid A., *Zamówienia publiczne na innowacje*, „Prawo Budżetowe Państwa i Samorządu” 2020, nr 2 (8).
- Ziółkowska M., *Charakter prawny konkursu w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2013, nr 4.
- Ziółkowska M., *Dlaczego konkurs nie funkcjonuje jako podstawowa procedura zamawiania twórczych prac projektowych?*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2014, nr 2.

Innovativeness in Public Procurement

Summary

Public procurement can play an important role in stimulating economic development. Apart from the simple creation of demand, it is now also important to use it to modernize the economy. However, the increase of innovativeness in public procurement depends on many factors. In the first place, organizational instruments are indicated, especially those related to the planning and procurement policy of the state and local government, as well as the professionalization of servicing contracts concluded to meet public needs. What counts in the background is the use of pro-innovative procedural solutions, an appropriately targeted description of the subject of the contract supported by the results of market research and pre-commercial procurement, greater use of negotiation and tender procedures and competitions, as well as the recently available innovative partnership. Moreover, the following factors are important: rationalization of the conditions required from contractors, wider use of qualitative criteria for the evaluation of tenders, and ensuring effective supervision over the implementation of public procurement contracts.

Keywords: innovativeness, public procurement, innovative partnership.