KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH

Bruksela, dnia 14 grudnia 2007 r.
SEC(2007) 1668

DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI

dokument uzupełniający

KOMUNIKAT KOMISJI DO PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO, RADY, EUROPEJSKIEGO KOMITETU EKONOMICZNO-SPOŁECZNEGO I KOMITETU REGIONÓW

Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie

Przykład możliwego podejścia w zakresie udzielania zamówień na usługi badawczo-rozwojowe przy stosowaniu podziału ryzyka i korzyści na warunkach rynkowych, tj. zamówienia przedkomercyjne

{COM(2007) 799 wersja ostateczna}

[Dokument ten jest dokumentem wewnętrznym służb Komisji i w żaden sposób nie może być uważany za wiążący dla tej instytucji. Należy również zwrócić uwagę, że podlega on zmianom w praktyce Komisji i orzecznictwu Trybunału Sprawiedliwości]

DOKUMENT ROBOCZY SŁUŻB KOMISJI

Przykład możliwego podejścia w zakresie udzielania zamówień na usługi badawczo-rozwojowe przy stosowaniu podziału ryzyka i korzyści na warunkach rynkowych, tj. zamówienia przedkomercyjne

(Tekst mający znaczenie dla EOG)

Komunikat Komisji dotyczący zamówień przedkomercyjnych[1] wprowadza pojęcie zamówień przedkomercyjnych jako podejście do udzielania zamówień na usługi badawczo-rozwojowe inne niż usługi, z których „korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, dla potrzeb jej własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca[2,3]" i że wynagrodzenie to nie stanowi pomocy państwa. Niniejszy dokument roboczy służb Komisji opisuje w sposób bardziej szczegółowy podejście wprowadzone w sekcji 5 komunikatu dotyczącego zamówień przedkomercyjnych [1].

Zamówienia przedkomercyjne polegają na udzielaniu zamówień na usługi badawczo-rozwojowe, które wiąże się z podziałem ryzyka i korzyści na warunkach rynkowych i w ramach którego wiele przedsiębiorstw opracowuje na zasadach konkurencyjnych nowe rozwiązania dla średnio- i długoterminowych potrzeb sektorów publicznych. Potrzeby są pod względem technologicznym na tyle wymagające oraz wyprzedzające ofertę rynku, że albo brak jest stabilnych rozwiązań komercyjnych, albo istniejące rozwiązania posiadają wady, które wymagają skorzystania z nowych usług badawczo-rozwojowych. Dzięki rozdzieleniu korzyści i ryzyka związanych z badaniami i rozwojem między nabywców publicznych i przedsiębiorstwa w sposób nakłaniający do szerokiej komercjalizacji i wykorzystywania wyników usług badawczo-rozwojowych stwarzane są korzystne warunki wprowadzania na rynek, umożliwiające zarówno szybsze wykorzystanie innowacji w sektorze publicznym, jak i pierwszeństwo branży przemysłowej w wykorzystaniu nowych pionierskich rynków. Wyraźnie oddzielenie przedkomercyjnego etapu badań i rozwoju od etapu wprowadzania na rynek komercyjnych produktów końcowych, będących efektem badań i rozwoju, umożliwia nabywcom publicznym przefiltrowanie ryzyka technologicznego związanego z pracami badawczo-rozwojowymi przed udzieleniem zamówienia na w pełni innowacyjne rozwiązanie wprowadzane na rynek na szeroką skalę.

Przedstawione podejście jest spójne z istniejącymi ramami prawnymi dotyczącymi zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe, określonymi w dyrektywach w sprawie zamówień publicznych, porozumieniu WTO w sprawie zamówień rządowych, podstawowych zasadach traktatowych, a także w prawie konkurencji, włącznie z prawem dotyczącym pomocy państwa. Dostarczając w sekcji 5 komunikatu większej liczby szczegółów na temat przedstawionego podejścia, dokument ten nie wyklucza innych możliwych rodzajów podejść

---

1 COM(2007) 799 wersja ostateczna – „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie"

2 W tym przypadku nie stosuje się przepisów dyrektyw w sprawie zamówień publicznych (zob. art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE i art. 24 lit. e) dyrektywy 2004/17/WE). Zwolnienia te mają zastosowanie jedynie do zamówień publicznych na usługi badawczo-rozwojowe, a nie do dostaw ani robót budowlanych o charakterze badawczo-rozwojowym.

3 Zamówienia obejmujące nie tylko usługi są nadal uważane za zamówienia publiczne na usługi, jeżeli wartość usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem.

zgodnych z ramami prawnymi. Poniższe części opisują w sposób chronologiczny etapy przygotowania zamówienia przedkomercyjnego (sekcje 1, 2, 3 i 4) jego wszczęcia i przeprowadzenia (sekcja 5), a także dalsze działania (sekcja 6).

1. OKREŚLENIE MOŻLIWYCH PROJEKTÓW NA PODSTAWIE POTRZEB SEKTORA PUBLICZNEGO

W sytuacji, gdy w sektorze publicznym występuje konkretna potrzeba, ale najlepszy sposób jej zaspokojenia nie jest oczywisty, nabywcy publiczni mogą nawiązać wstępny otwarty dialog[4] ze stroną podażową w celu osiągnięcia lepszego zrozumienia dostępnych rozwiązań. Taki dialog mógłby wyjaśnić braki na rynku w odniesieniu do obecnych potrzeb.

Ułatwiając lepsze zrozumienie nieustannego rozwoju produktów przemysłowych w zakresie dojrzałości technologii, tego typu dialog może pomóc nabywcom publicznym w rozróżnieniu między potrzebami zakupowymi, które wymagają nowych prac badawczo-rozwojowych, a innymi potrzebami, które dotyczą przede wszystkim rozwoju handlowego.

Nabywcy publiczni mogą zdecydować się na ogłoszenie zamówienia przedkomercyjnego dla potrzeb zakupowych, które wymaga nowych prac badawczo-rozwojowych, by stworzyć rozwiązania niedostępne na rynku.

2. OKREŚLENIE STRUKTURY ZAMÓWIENIA PRZEDKOMERCYNEGO

Zamówienie przedkomercyjne jest zamówieniem na usługi badawczo-rozwojowe[5].

Prace badawczo-rozwojowe mogą obejmować działania aż po opracowanie ograniczonej liczby nowych produktów lub usług w postaci serii testowej. „Oryginalny rozwój[6] pierwszego produktu lub usługi może objąć ograniczony zakres produkcji lub dostaw w celu włączenia wyników testów oraz zademonstrowania, że dany produkt lub usług nadaje się do produkcji lub dostaw w ilości o akceptowalnych normach jakości". 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.

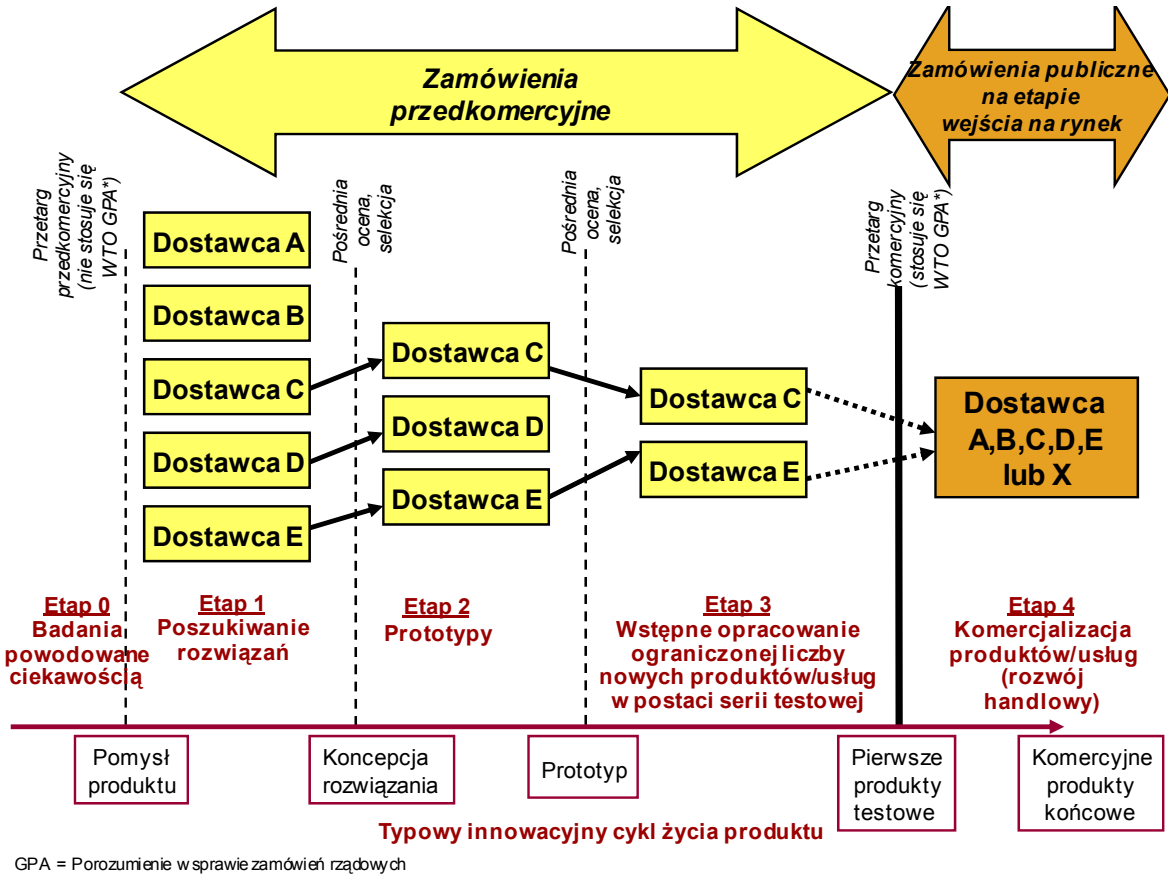
W praktyce opisane podejście polega na zawarciu jednej umowy ramowej na wykonanie usług badawczo-rozwojowych prowadzonych etapowo, gdzie każdy etap jest wdrażany w ramach zamówień szczegółowych, odpowiadających różnym fazom rozwoju. Podział procesu na etapy zmniejsza ryzyko pracy z niesprawdzonymi dotąd technologiami.

---

4 Otwarty dialog umożliwia zbadanie opinii rynku przed rozpoczęciem procedury przetargowej. Należy to zrobić, o ile szukanie lub przyjmowanie porad nie wpływa na wykluczenie lub zakłócanie konkurencji.

5 Określone w załącznikach II i XVII odpowiednio dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE.

6 Art. XV Porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach WTO.



Rys. A: Ilustracja procesu etapowego udzielania zamówień przedkomercyjnych

Takie etapy obejmują zazwyczaj poszukiwanie rozwiązań, wykonanie prototypów i początkowe opracowanie przedkomercyjnej ilości nowych produktów w postaci serii testowej. W takim przypadku etapy udzielania zamówień mogą być opisane następująco:

1) Etap 1 (etap poszukiwania rozwiązań) ma na celu zweryfikowanie technicznej, ekonomicznej i organizacyjnej wykonalności propozycji każdego z przedsiębiorstw przez porównanie z zaletami i wadami ewentualnych rozwiązań alternatywnych. Wynikiem tego etapu jest zazwyczaj ocena technologii, koncepcja pierwszego rozwiązania, plan organizacyjny dla etapu 2. oraz ocena zysków i strat proponowanego rozwiązania.

2) Etap 2 (wykonanie prototypów) ma na celu sprawdzenie, do jakiego stopnia główne cechy prototypu spełniają wymagania funkcjonalne i eksploatacyjne ustalone dla oczekiwanego rozwiązania przez nabywców publicznych. Podstawowym wynikiem tego etapu jest zwykle specyfikacja prototypu i jego demonstracja, a także plan opracowania i testowania ograniczonej liczby nowych produktów oraz zaktualizowana ocena zysków i strat.

3) Etap 3 (opracowanie pierwszej partii produktów przetestowanych za pomocą prób eksploatacyjnych) ma na celu sprawdzenie i porównanie działania (interoperacyjności, możliwości rozbudowy itp.) różnych rozwiązań w warunkach rzeczywistego funkcjonowania danych usług publicznych. Głównym wynikiem tego etapu jest zwykle specyfikacja próbnego produktu, próba eksploatacyjna i zaktualizowana ocena zysków i strat.

Liczba etapów może być zmieniana w zależności od stopnia złożoności projektu. Na przykład każdy z trzech wymienionych wyżej etapów może być podzielony na podetapy.

Główną cechą charakterystyczną przedstawionego podejścia jest skłonienie różnych konkurujących ze sobą przedsiębiorstw do przedstawienia alternatywnych propozycji rozwiązań konkretnego problemu w interesie publicznym. Pośrednie oceny, dokonane po etapach koncepcji rozwiązania i opracowania prototypu, pozwalają na dalszą selekcję spośród przedsiębiorstw o najlepszych rozwiązaniach konkurencyjnych. Na ostatnim etapie prac badawczo-rozwojowych dotyczącym inwestycji objętej zamówieniem przedkomercyjnym pozostają co najmniej dwa przedsiębiorstwa, co gwarantuje przyszłą konkurencję na rynku z możliwością pozyskiwania wielu sprzedawców.

Oszacowania liczby przedsiębiorstw, które biorą udział w pierwszym etapie prac badawczo-rozwojowych, tak aby w ostatnim etapie pozostały co najmniej dwa przedsiębiorstwa, można dokonać na podstawie wskaźnika powodzenia w odpowiednich obszarach zainteresowania. Aby sprawdzić, czy zamówienie przedkomercyjne z wybraną liczbą dostawców jest warte zainwestowania, zaleca się, aby nabywca publiczny również przygotował biznesplan, odpowiadając na pytanie: „Jaki procent szacunkowej wartości ekonomicznej, jaką innowacja przyniesie instytucjom publicznym pod względem ograniczenia wydatków lub poprawienia jakości usług publicznych, nabywca publiczny może wydać na rozwój rozwiązań, które są niezbędne do zrealizowania tej innowacji, biorąc pod uwagę ryzyko związane z pracami badawczo-rozwojowymi nad tą konkretną inwestycją oraz czas trwania tych prac?”

Zamówienie przedkomercyjne jest „zamówieniem publicznym innym niż zamówienie na roboty budowlane lub dostawy mające na celu świadczenie usług”. W zaprezentowanym podejściu obejmuje się jednym przetargiem wszystkie etapy oraz zakłada, że całkowita wartość usług we wszystkich wymienionych wyżej etapach przekracza wartość produktu objętego zamówieniem. W przeciwnym razie mają zastosowanie przepisy zamówień na dostawy w zakresie prac badawczo-rozwojowych[7].

W przypadku gdy stan rozwoju wiedzy jest bardziej zaawansowany niż koncepcja pierwszego rozwiązania, proces zamówień przedkomercyjnych może rozpocząć się od wykonania prototypu, a nawet od opracowania nowych produktów przeznaczonych na serię testową[8]..

3. USTALANIE Z GÓRY, CZY INWESTYCJA POWINNA ZAWIERAĆ ELEMENT POMOCY PAŃSTWA

Artykuł 87 Traktatu przewiduje, że wszelka pomoc przyznawana przez państwo członkowskie lub przy użyciu zasobów państwowych w jakiejkolwiek formie, która zakłóca lub grozi zakłóceniem konkurencji poprzez sprzyjanie niektórym przedsiębiorstwom lub produkcji

---

[7] Art. 31 pkt 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 40 ust. 3 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE, dotyczące zamówień na dostawy w zakresie prac badawczych i rozwojowych, odnoszą się do „produktów wytwarzanych jedynie do celów prac badawczych, eksperymentalnych, naukowych lub rozwojowych”.

[8] W zamówieniach przedkomercyjnych instytucje zamawiające mogą zatem stać się właścicielami produktów objętych zamówieniem (np. prototypów i pierwszych produktów testowych opracowywanych podczas projektu), jeżeli wartość nabytych produktów nie przekracza wartości usług badawczo-rozwojowych objętych zamówieniem.

niektórych towarów, jest niezgodna ze wspólnym rynkiem w zakresie, w jakim wpływa na wymianę handlową między państwami członkowskimi[9].

Jeżeli stosuje się podejście zamówień przedkomercyjnych, istotne jest sprawdzenie, czy przedsiębiorstwo biorące udział w zamówieniu zyskuje przewagę nad konkurencją. Będzie to zależało od warunków umowy między nabywcą publicznym a przedsiębiorstwami.

Relacja między nabywcą publicznym a przedsiębiorstwem w ramach zamówienia przedkomercyjnego nie powinna co do zasady zawierać elementu pomocy i należy to wykluczyć poprzez odpowiednie sformułowanie umowy. Jeżeli instytucje publiczne nabywają usługi badawczo-rozwojowe od przedsiębiorstw po cenie rynkowej, nie występuje element przewagi i wobec tego również nie ma elementu pomocy państwa.

Gdyby dany środek miał zostać zakwalifikowany jako pomoc państwa zgodnie z powyższymi kryteriami, powstaje pytanie, czy taki środek może być uznany za zgodny z regułami wspólnego rynku w myśl co najmniej jednego z przepisów art. 87 ust. 2 lub 3 Traktatu WE lub szczegółowych zasad ustanowionych przez Komisję na podstawie powyższych przepisów. Dlatego przed dokonaniem wyboru zastosowania odpowiedniego środka instytucja publiczna powinna wyjaśnić, czy środek zawiera element pomocy państwa. Jeśli odpowiedź na to pytanie jest twierdząca, instytucja publiczna powinna postępować zgodnie z zasadami ramowymi dotyczącymi pomocy państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną (B+R+I)[10], wybierając właściwy środek pomocy i w odpowiedni sposób informując Komisję przed przyznaniem pomocy[11] (chyba że jest on objęty rozporządzeniem w sprawie wyłączeń grupowych[12]).

W dalszej części przedstawiono sposób, w jaki może być zasadniczo zagwarantowany zakup po cenie rynkowej w przypadku przedstawionego podejścia zamówienia przedkomercyjnego przy zastosowaniu podziału ryzyka i korzyści.

4. OKREŚLANIE POSTANOWIEŃ UMOWY DOTYCZĄCYCH PODZIAŁU RYZYKA I KORZYŚCI ZGODNIE Z WARUNKAMI RYNKOWYMI

W przypadku zamówienia przedkomercyjnego instytucja zamawiająca nie zakłada, że wszystkie wyniki i korzyści wynikłe z usług badawczo-rozwojowych wykonanych w ramach umowy będą jej wyłączną własnością i będą wykorzystywane wyłącznie do własnej działalności, ale udostępnia je innym.

---

9 Artykuł 87 ust. 1 Traktatu WE.

10 Lub innymi zastępującymi je dokumentami.

11 Jeśli odpowiednie procedury nie są przestrzegane, zaś instytucje publiczne w niewłaściwy sposób zidentyfikowały i określiły jakikolwiek element pomocy państwa przed jej przyznaniem, przedsiębiorstwo realizujące zamówienie ponosi ryzyko, że będzie musiało później zwrócić środki pomocowe. Orzecznictwo trybunałów europejskich wyklucza możliwość powoływania się przez korzystające z pomocy przedsiębiorstwo na odpowiedzialność rządową w celu uniknięcia zwrotu pomocy.

12 Komisja zamierza wyłączyć pewne rodzaje pomocy w zakresie B+R+I z wymogu zgłoszenia do dnia 1 lipca 2008 r.; jednym z istotniejszych wymogów prawomocnego wyłączenia z wymogu zgłoszenia jest fakt jasnego określenia pomocy jako pomocy państwa. W związku z tym wykluczone jest, aby państwa członkowskie mogły w razie skargi ex post uzasadniać element pomocy w indywidualnych umowach faktem, że intensywność pomocy nie przekracza dozwolonego poziomu pomocy dla pomocy w zakresie B+R+I.

W tym przypadku zastosowanie ma art. 16 lit. f) dyrektywy w sprawie zamówień udzielanych przez instytucje publiczne (2004/18/WE) oraz art. 24 lit. e) dyrektywy w sprawie zamówień sektorowych (2004/17/WE): „Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień na usługi dotyczących usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej, *dla potrzeb jej własnej działalności*, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca.”.

Podział korzyści poza projektem w zakresie zamówień przedkomercyjnych

Dzielenie się wynikami prac badawczo-rozwojowych i korzyściami z nich wynikającymi między sektorem publicznym i przemysłowym poza inwestycją zamówienia przedkomercyjnego może być dokonane w drodze np. (i) powszechnie dostępnej publikacji wyników prac badawczo-rozwojowych po zakończeniu realizacji zamówienia przedkomercyjnego lub (ii) wkładu wniesionego na rzecz organizacji normalizacyjnych w sposób pozwalający innym zainteresowanym stronom na odtwarzanie wyników prac badawczo-rozwojowych.

Podział ryzyka i korzyści z uczestniczącymi przedsiębiorstwami

Aby tego typu podejście podziału wyników badań i rozwoju poza projektem było korzystne dla nabywców publicznych i przedsiębiorstw uczestniczących w przedsięwzięciu, ryzyko i korzyści związane z badaniami i rozwojem dzieli się w taki sposób, aby obie strony zyskały na aktywnie promowanej, szerokiej komercjalizacji i absorbowaniu nowo opracowanych rozwiązań.

Jak dokładniej wyjaśniono poniżej, aby nie zakłócać konkurencji i wykluczyć elementy pomocy państwa, niezbędne jest, aby podział ryzyka i korzyści odbywał się na warunkach rynkowych i aby w trakcie procesu udzielania zamówienia przestrzegane były zasady Traktatu[13]. Aby ograniczyć ryzyko finansowe nabywców publicznych i zapewnić równe szanse wszystkim potencjalnym oferentom, należy z góry ustalić warunki umowy i jasno określić wszystkie prawa i obowiązki obu stron w ogłoszeniu o zamówieniu. Dla nabywców publicznych pomocne może być także wskazanie przedziału cenowego w ogłoszeniu o zamówieniu w celu uzyskania najlepszych ofert po cenach rynkowych – zapewnia to pewien minimalny poziom jakości otrzymywanych ofert, a jednocześnie pozwala przedsiębiorstwom konkurować pod względem cen. Wymóg składania przez przedsiębiorstwa ofert o ustalonej cenie ma tę zaletę, że przedsiębiorstwa są zobowiązane do pokrycia wszelkich dodatkowych nieprzewidzianych kosztów swojej indywidualnej koncepcji, ponoszonych powyżej ceny ustalonej w ofercie. Nabywca publiczny dzieli zatem z przedsiębiorstwem ryzyko związane z badaniami i rozwojem, ponieważ planowane koszty są pokrywane przez nabywcę publicznego, a koszty nieprzewidziane przez poszczególne przedsiębiorstwa.

W umowach dotyczących opracowania na wyłączność instytucja zamawiająca uzyskuje wyłączne prawo do wszelkich wyników i korzyści z rozwoju, takich jak prawa własności intelektualnej w zamian za ponoszenie całego ryzyka opracowania. Istnieją jednak wady

[13] W szczególności podstawowe zasady Traktatu dotyczące swobodnego przepływu towarów, swobodnego przepływu pracowników, swobody świadczenia usług, swobody przedsiębiorczości i swobodnego przepływu kapitału, a także wywodzące się z nich inne zasady, np. zasada niedyskryminacji, przejrzystości i równego traktowania.

takiego podejścia w przypadku, gdy nabywca publiczny nie potrzebuje praw na wyłączność[14]: nabywca publiczny zapłaci wysoką cenę za opracowanie na wyłączność; przedsiębiorstwo nie jest w stanie przydzielić pracowników pracujących nad projektem do innych zadań (z powodu ryzyka nieumyślnego złamania praw własności intelektualnej) i ma zakaz wykorzystania wyników dla potrzeb innych klientów. Oczywiste jest, że takie rozwiązania nie sprzyjają innowacyjności.

W związku z tym, gdy publiczny nabywca nie domaga się wyłącznej własności wszystkich korzyści wynikających z prac badawczo-rozwojowych, prawa własności intelektualnej są jednym z możliwych obszarów, gdzie zarówno wszelkie ryzyko (koszty złożenia wniosku, postępowania sądowego i zobowiązania wynikające z eksploatacji), jak i korzyści (prawo do używania i przychody z licencji) mogą być dzielone między nabywców publicznych i przedsiębiorstwa biorące udział w zamówieniu. W interesie obu stron leży taki podział praw własności intelektualnej, który promuje szeroką komercjalizację i absorpcję nowo opracowanych rozwiązań[15]. Mogłoby to wiązać się ze zrzeczeniem się nabywców publicznych całości lub części praw własności intelektualnej wytworzonych przez przedsiębiorstwa[16], umożliwiając tym samym przedsiębiorstwom czerpanie zysków z komercjalizacji nowych produktów i usług będących efektem prac badawczo- rozwojowych. W zamian za to przedsiębiorstwa byłyby zazwyczaj odpowiedzialne za podjęcie niezbędnych ustaleń w celu ochrony wytworzonych przez siebie praw własności intelektualnej wynikających z projektu, zaś nabywcy publiczni uzyskiwaliby odpowiednią licencję na nieodpłatne korzystanie z nowo opracowanych technologii i rozwiązań. Aby zapewnić dostęp do wystarczająco dużego i konkurencyjnego łańcucha dostaw, nabywcy publiczni zazwyczaj uzyskiwaliby także prawo, aby żądać od uczestniczących przedsiębiorstw udostępnienia opracowanych rozwiązań innym dostawcom na równych i rozsądnych warunkach rynkowych, zaś uczestniczące przedsiębiorstwa zwykle nie mogłyby przenosić praw własności intelektualnej bez zgody nabywcy publicznego. Przepis dotyczący odwołania zapewni, że prawa własności intelektualnej przedsiębiorstw, które nie są w stanie wykorzystać ich w określonym okresie po zakończeniu projektu, powrócą do nabywcy publicznego[17].

---

14 Raport grupy Wilkinson złożonej z niezależnych ekspertów pod kierownictwem Ministerstwa Handlu i Przemysłu, „Public Procurement for research and innovation: Developing procurement practices favourable to research and innovation", wrzesień 2005 r.

15 Korzyści z promowania *szerokiej komercjalizacji* polegają na tym, że im więcej innych rynków (np. rynek prywatny) poza nabywcami publicznymi technologii chronionych prawami własności intelektualnej może zostać wykorzystanych, tym niższa staje się cena produktu dla nabywcy publicznego i wyższa wartość praw użytkowania dla przedsiębiorstw. Dodatkowe korzyści z promowania *szerokiego wykorzystywania* w obrębie instytucji publicznej są takie, że im więcej jest po stronie nabywcy publicznego potencjalnych użytkowników opracowanych rozwiązań, tym wyższa jest wartość jego praw do licencji nieodpłatnego korzystania. Dlatego projekty dotyczące rozwoju technologii podwójnego zastosowania (z dużym potencjałem rynkowym zarówno w sektorze publicznym, jak i prywatnym) mogą być przedmiotem zainteresowania pod kątem zamówień przedkomercyjnych.

16 Zrównoważone porozumienie może polegać na tym, że nabywcy publiczni otrzymują prawa własności intelektualnej wytworzone przez nabywców publicznych (oraz płacą za ich zakup i ochronę), przedsiębiorstwa – prawa wytworzone przez przedsiębiorstwa, zaś wspólnie wytworzone prawa stanowią współwłasność.

17 Możliwe są różne wersje rozwiązań dotyczących praw własności intelektualnej, np. w zależności od sytuacji w danym sektorze.

Istnieje wiele zalet takich rozwiązań dotyczących praw własności intelektualnej, które pozostawiają prawo własności przy przedsiębiorstwach[18]. Po pierwsze dzięki prawom do nieodpłatnego korzystania z licencji nabywca publiczny może także uzyskać dostęp do technologii ogólnej, która nie została opracowana w ramach zamówienia przedkomercyjnego. Taki dostęp jest najłatwiej zapewnić poprzez transakcję pakietową, w ramach której przedsiębiorstwo nabywa wyniki zamówienia. Po drugie dostawcy mają zwykle większe szanse wykorzystania wyników zamówień niż instytucje publiczne. Po trzecie właściciel praw własności intelektualnej musi zapewnić odpowiednią ochronę, aby zachować wyniki zamówienia w celu ich wykorzystania. Dotyczy to kosztów złożenia wniosku, opłat za utrzymanie praw własności intelektualnej i kosztów postępowań sądowych dotyczących praw własności intelektualnej. Pozostawiając prawa własności intelektualnej przedsiębiorstwom uczestniczącym w zamówieniu, instytucje publiczne unikają ryzyka, że płatności niezbędne dla zagwarantowania ochrony mogą nie zapewnić odpowiedniego zysku w postaci dochodów z użytkowania. Po czwarte pozwala to także ograniczyć kosztowne dostosowania do potrzeb klienta do minimum, jeżeli przedsiębiorstwo uważa projekt za inwestycję we własność intelektualną, którą może ponownie wykorzystać jako solidny fundament dla innych projektów.

Upewnienie się co do zgodności postanowień umowy dotyczących podziału ryzyka i korzyści z warunkami rynkowymi

Zgodnie ze wspólnotowymi zasadami ramowymi dotyczącymi pomocy państwa na działalność badawczą, rozwojową i innowacyjną „władze publiczne mogą zlecać prowadzenie działalności B+R firmom lub nabywać od nich jej wyniki. Jeśli władze publiczne nie płacą za to ceny rynkowej, zwykle oznacza to istnienie pomocy państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu. Jeśli natomiast kontrakty te są przyznawane na warunkach rynkowych, na co wskazywać może fakt przeprowadzenia procedury przetargowej zgodnie z odpowiednimi dyrektywami dotyczącymi zamówień publicznych”, Komisja zwykle wyklucza pomoc państwa w rozumieniu art. 87 ust. 1 Traktatu WE.

W tej sekcji wyjaśniono, w jaki sposób można zapewnić zakup po cenie rynkowej przy podziale korzyści (np. związanych z prawami własności intelektualnej) pomiędzy nabywców publicznych i przedsiębiorstwa uczestniczące w zamówieniu.

W przypadku projektów opracowanych na wyłączność, gdzie wszystkie prawa własności intelektualnej należą do publicznego nabywcy, uczestniczące przedsiębiorstwa nie powinny otrzymywać dodatkowych korzyści, jeśli zapłacona cena nie przekracza kosztów przedsiębiorstwa powiększonych o rozsądną marżę. W zaprezentowanym podejściu do zamówień przedkomercyjnych, w którym prawa własności intelektualnej nie są w całości przekazane nabywcy publicznemu, cena płacona przez nabywcę publicznego za opracowanie przedkomercyjne musi być niższa niż w przypadku opracowania na wyłączność, aby wykluczyć element pomocy państwa. Obniżka ceny w stosunku do kosztu opracowania na

[18] Zob. zalecenia 8.52 i 8.53 zawarte w „The Race to the top: A review of government's science and innovation policies” Lord Sainsbury of Turville, październik 2007 r. Więcej szczegółów także w sekcji 3.4, s. 17 „The Ministry of Defence guide to Intellectual Property”, Ministerstwo Obrony Zjednoczonego Królestwa, wrzesień 2003 r.

wyłączność powinna odpowiadać rynkowej wartości otrzymanych korzyści i ryzyka podjętego przez uczestniczące przedsiębiorstwo[19].

Jeśli podział praw i zobowiązań jest przeprowadzony z wyprzedzeniem i opublikowany w dokumentach przetargowych, nabywca publiczny może z góry wyliczyć przyszłą korzyść gospodarczą z praw własności intelektualnej dla przedsiębiorstw w oparciu o przyszły, potencjalny rynek dla przewidywanych rozwiązań, liczbę przedsiębiorstw w określonym segmencie itd. Może to być później wykorzystane do ustalenia maksymalnej ceny dla orientacyjnego przedziału cenowego przetargu. Jeśli podział praw i zobowiązań stron jest opublikowany z wyprzedzeniem w dokumentach przetargowych, wszystkie potencjalne przedsiębiorstwa mają równe szanse w przetargu na takich samych warunkach, dzięki czemu ceny są porównywalne. Sytuacja, w której podział praw i zobowiązań został opublikowany z wyprzedzeniem w dokumentach przetargowych, a przetarg został przeprowadzony na konkurencyjnych[20] i przejrzystych zasadach zgodnych z postanowieniami Traktatu, co pozwala ustalić cenę na warunkach rynkowych, i nie istnieje podejrzenie manipulacji, powinna zwykle umożliwić państwu ustanowienie odpowiedniej ceny za usługi badawczo-rozwojowe (najlepszy stosunek jakości do nakładów); w takim przypadku z reguły można wykluczyć pomoc państwa zgodnie z definicją zawartą w art. 81 ust. 1 Traktatu. Opisane podejście do zamówień przedkomercyjnych jest oparte na jednej umowie ramowej obejmującej trzy etapy, w której podział praw i zobowiązań stron jest publikowany z wyprzedzeniem w dokumentach przetargowych oraz która nie przewiduje renegocjacji umowy odnośnie do praw i zobowiązań, w tym przekazania praw własności intelektualnej, po wybraniu uczestniczących przedsiębiorstw.

Władze krajowe i regionalne odpowiedzialne z politykę innowacyjną lub Wspólnota mogą motywować instytucje zamawiające przy pomocy zachęty finansowej[21] do określenia średnio- i długoterminowych wyzwań, których rozwiązanie mogłyby wymagać nowych prac badawczo-rozwojowych i uruchomienia projektów w zakresie zamówień przedkomercyjnych w celu rozwiązania problemów. W przypadku gdy dla zapewnienia odpowiedniej kwoty na zamówienia przedkomercyjne dojdzie do przekazu środków finansowych pomiędzy instytucjami publicznymi, chcąc uniknąć sytuacji, w której takie przekazy pomiędzy instytucjami publicznymi stanowiłyby pomoc państwa, należy dopilnować, by w ich rezultacie nie dochodziło do przekazywania w sposób selektywny korzyści prywatnym przedsiębiorstwom. Państwa członkowskie muszą zatem dopilnować, by tego rodzaju zachęty nie były przekazywane, w całości lub nawet częściowo, przedsiębiorstwom w postaci wyższych cen (powyżej cen rynkowych) płaconych przez nabywców publicznych.

W przypadku wątpliwości dotyczących pomocy państwa, państwa członkowskie powinny zgłosić środek Komisji w celu wykluczenia elementu pomocy państwa w umowie lub ustalenia, czy pomoc państwa jest zgodna z prawem.

---

19 W przypadku dzielenia praw własności intelektualnej cena rynkowa korzyści powinna odzwierciedlać możliwości dotyczące komercjalizacji, jakie dają przedsiębiorstwu prawa własności intelektualnej; związane z tym ryzyko podejmowane przez przedsiębiorstwo obejmuje, na przykład, koszty poniesione przez przedsiębiorstwo z tytułu zachowania praw własności intelektualnej oraz komercjalizacji produktów.

20 Zasady konkurencyjne oznaczają, że różne przedsiębiorstwa miały możliwość złożenia konkurujących ofert.

21 Na przykład niderlandzkie Ministerstwo Spraw Gospodarczych udziela jednorazowej zachęty finansowej innym departamentom administracji rządowej, które udzielają po raz pierwszy zamówienia badawczo-rozwojowego podzielonego na etapy, z udziałem wielu konkurujących ze sobą dostawców.

5. URUCHOMIENIE PROCEDURY, OCENA OFERT I UDZIELENIE ZAMÓWIENIA W PRZEJRZYSTY, OBIEKTYWNY I NIEDYSKRYMINACYJNY SPOSÓB

Uruchomienie procedury

Wykorzystanie funkcjonalnych specyfikacji umożliwia na przykład publicznemu nabywcy sformułowanie przedmiotu zamówienia przedkomercyjnego jako problemu, który należy rozwiązać, bez sugerowania przy tym konkretnego podejścia do jego rozwiązania. Przeprowadzenie przetargu na zasadach konkurencyjnych[20] sprzyja innowacji dzięki konkurencyjności. Zamiar wybrania kilku przedsiębiorstw, które rozpoczną projekt równolegle, powinien zostać podany w ogłoszeniu o zamówieniu. Zgodnie z postanowieniami Traktatu[13], przetargi powinny być publikowane w takim zakresie, aby wszyscy potencjalni uczestnicy mieli szansę się o nich dowiedzieć. Nabywcy publiczni muszą stosować te same obiektywne kryteria do oceny wszystkich ofert, niezależnie od przynależności państwowej oferenta.

Optymalne wykorzystanie opisanego podejścia pomaga instytucjom zamawiającym zapewnić maksymalną konkurencyjność oraz przestrzeganie podstawowych postanowień Traktatu, takich jak zasada niedyskryminacji, jak również zasad, które z niego wynikają, takich jak zasada przejrzystości. Główni uczestnicy porozumienia WTO w sprawie zamówień rządowych (GPA), w tym WE, wyłączyli usługi badawczo-rozwojowe[22] z zakresu GPA, tj. zarówno z zakresu traktowania narodowego[23], jak również zakazu dyskryminacji. Z wyjątkiem Porozumienia EOG oraz układów o stabilizacji i stowarzyszeniu z krajami partnerskimi w ramach europejskiej polityki sąsiedztwa, UE nie ma zobowiązań w zakresie traktowania narodowego i zakazu dyskryminacji wobec państw z innych części świata w odniesieniu do zamówień na usługi badawczo-rozwojowe[3], chociaż posiada takie zobowiązania w odniesieniu do zamówień na dostawy[24].

Ponieważ zamówienia przedkomercyjne dotyczą usług badawczo-rozwojowych, nabywcy publiczni mogą decydować w poszczególnych przypadkach o dopuszczeniu ofert z całego świata, biorąc pod uwagę pełny potencjał europejskiej przestrzeni badawczej[25]. Oznacza to, że proces udzielania zamówienia może zostać zorganizowany w taki sposób, aby zachęcać przedsiębiorstwa do prowadzenia stosownej części działań badawczo-rozwojowych i operacyjnych związanych z opracowaniem przedkomercyjnym w Europejskim Obszarze Gospodarczym lub w krajach, które zawarły układ o stabilizacji i stowarzyszeniu. Dopuszczenie przedsiębiorstw z całego świata do składania ofert niezależnie od położenia geograficznego siedziby przedsiębiorstwa lub jego struktury zarządzania byłoby dla państw członkowskich otwartym i skutecznym sposobem na promocję tworzenia wzrostu i miejsc pracy w Europie bez wykluczania przedsiębiorstw nieeuropejskich.

Ocena ofert i udzielenie zamówienia

Przy udzielaniu zamówienia mogą zostać wykorzystane następujące kryteria: „umiejętność rozwiązania problemu będącego przedmiotem przetargu", „technologiczna jakość i

---

22 Załącznik IV do WTO GPA.

23 Obowiązek traktowania narodowego oznacza, że państwa nie mogą stosować środków dyskryminujących wobec usług i dostawców zagranicznych w porównaniu do usług i dostawców krajowych.

24 Obowiązek ten nie dotyczy jedynie końcowych produktów komercyjnych. Zamówienia na dostawy w zakresie badań i rozwoju nie są także zwolnione z obowiązku niedyskryminacji.

25 COM(2007) 161, zielona księga w sprawie europejskiej przestrzeni badawczej.

innowacyjność oferty", „wartość dodana dla społeczeństwa/gospodarki wynikająca z oferty". Kryterium „wartości dodanej dla społeczeństwa/gospodarki", poza aspektem kosztowym, może również uwzględniać wartość dodaną, jaką oferta zawiera odnośnie do poprawy usług publicznych oraz związane z tym korzyści dla całego społeczeństwa i gospodarki. Wybrane kryteria muszą zostać sprecyzowane tak, by były zrozumiałe, policzalne i weryfikowalne.

Umowa ramowa powinna najlepiej zawierać porozumienie dotyczące przyszłych procedur realizacji poszczególnych etapów, w tym format ocen pośrednich, przeprowadzonych po etapach koncepcji rozwiązania i opracowania prototypu, pozwalających na dalszą selekcję spośród przedsiębiorstw oferujących najlepsze konkurencyjne rozwiązania. Do przeprowadzenia ocen pośrednich można wykorzystać te same kryteria co przy udzielaniu zamówienia. Specyfikacje przetargowe mogą z każdym kolejnym etapem stawać się coraz bardziej szczegółowe.

6. DALSZE ZAMÓWIENIA PUBLICZNE DOTYCZĄCE KOMERCYJNEGO ROZPOWSZECHNIANA PRODUKTÓW KOŃCOWYCH

Zdecydowane oddzielenie fazy przedkomercyjnych prac badawczo-rozwojowych oraz wprowadzania na rynek produktów końcowych będących wynikiem prac badawczo-rozwojowych umożliwia nabywcom publicznym przefiltrowanie ryzyka technologicznego związanego z pracami badawczo-rozwojowymi przed udzieleniem zamówienia na innowacyjne rozwiązanie przeznaczone do wprowadzania na rynek na szeroką skalę.

Ponadto na początku oraz w trakcie procesu udzielania zamówień przedkomercyjnych nabywca publiczny powinien pamiętać, że żadne działania podejmowane w ramach zamówień przedkomercyjnych nie mogą wykluczyć konkurencyjności w trakcie zamówienia na etapie wprowadzania na rynek, kiedy zastosowanie mają przepisy dyrektyw w sprawie zamówień publicznych.