

Zasada efektywności w prawie zamówień publicznych jako przykład zastosowania założeń Law & Economics

1. Wprowadzenie

Wpływ nurtów prawoznawczych opartych o założenia ekonomicznej analizy prawa (*law & economics*) nie ogranicza się wyłącznie do tzw. oceny skutków regulacji, lecz ma o wiele szersze znaczenie, zarówno w refleksji na temat stanowienia prawa, jak i jego stosowania. *Law & economics* emanuje postulatami wykorzystania dorobku nauk ekonomicznych przy projektowaniu i stosowaniu przepisów prawnych. Bardzo częstym zarzutem względem prawodawstwa jest jego oderwanie się od realiów gospodarczych, czy też kreowanie rzeczywistości, która nie nadąża za potrzebami i zmianami gospodarczymi. Jeszcze innym problemem jest nadmiernie uproszczone wtłaczanie parametrów ekonomicznych do regulacji prawnych, skutkujące konsekwencjami trudnymi do zaakceptowania z punktu widzenia obrotu gospodarczego.

W tym kontekście wydaje się, że nie ma bardziej pasującej do myślenia ekonomicznego materii regulowanej przez prawo, niż sfera zakupu dóbr (towarów i usług). To właśnie ta płaszczyzna ludzkiej aktywności cechuje się naturalnym odwołaniem do fundamentalnych prawideł ekonomii, takich jak rynkowe kształtowanie ceny, będące skutkiem relacji pomiędzy podażą a popytem. Jednocześnie jednak, transakcje dotyczące sprzedaży towarów i usług podlegają, w zależności od ich przedmiotu, względnie uczestniczących podmiotów, rozmaitym formom reglamentacji znajdującej oparcie w regulacjach prawnych. Ograniczenia te niekoniecznie dotyczą samego sensu rynkowej wymiany, lecz niejednokrotnie wprowadzają obostrzenia dotyczące jakości towarów i usług, zachowania reguł uczciwej konkurencji pomiędzy sprzedawcami, czy zachowania praw kupujących-konsumentów. Niekiedy jednak wprowadzane rozwiązania ingerują w rynek o wiele mocniej, *de facto* i *de iure* wyłączając część obrotu spod normalnych reguł rynkowych.

Sztandarowym przykładem takiej regulacji jest prawo zamówień publicznych (pzp). W świetle pzp obrót handlowy (a ściślej: zaspokajanie zapotrzebowania aparatu państwowego na towary

i usługi) z podmiotami publicznymi (zamawiającymi publicznymi w ujęciu pzp) poddany został specjalnemu reżimowi prawnemu, który istotnie modyfikuje rynkowe mechanizmy kształtowania warunków transakcji. Przede wszystkim, w oparciu o pzp, nabywanie przez zamawiających publicznych towarów i usług wymaga zastosowania szczególnych procedur (takich jak przetarg nieograniczony i ograniczony, negocjacje z ogłoszeniem, dialog konkurencyjny, aukcja elektroniczna, etc.) odbiegających od realiów zwyczajnej gry rynkowej. Wskazuje się, że zamówienia publiczne cechuje kilka zasad ogólnych, takich jak zasada uczciwej konkurencji, zasada równości, bezstronności i obiektywizmu, jawności, przejrzystości, pisemności i prowadzenia postępowania w języku polskim. Ogólnie rzecz ujmując funkcją prawa zamówień publicznych jest zaspokajanie zapotrzebowania podmiotów publicznych na towary i usługi na jak najkorzystniejszych dla tych podmiotów (a więc w rezultacie – z punktu widzenia finansów publicznych) warunkach ekonomicznych, przy zachowaniu uczciwej konkurencji.

Nie zawsze jednak stan ten udaje się osiągnąć - regulacje prawne dotyczące zamówień publicznych niejednokrotnie skutkowały nieefektywnymi przetargami, z dominującym kryterium ceny – które to kryterium jedynie pozornie najlepiej zabezpiecza interes zamawiającego. Oparcie procedury wyłonienia dostawcy lub wykonawcy wyłącznie lub głównie na cenie może prowadzić do rzeczywistego niezaspokojenia potrzeb zamawiającego, względnie wyłonienia dostawcy / wykonawcy nierzetelnego, niegwarantującego odpowiedniej jakości. Dalszą konsekwencją takiej sytuacji może być zmarnotrawienie środków publicznych, a nawet konieczność powtarzania całej procedury. Jak wskazuje się w doktrynie, „zamawiający stawiają na kryterium ceny, licząc przede wszystkim na oszczędności przy udzielaniu zamówień publicznych. Wykonawcy, działający w warunkach zwiększonej konkurencji oraz presji kryzysu gospodarczego, prowadzą ze sobą ostrą konkurencję cenową, co skutkuje systematycznym zanizaniem cen ofert w przetargach, w których jedynym kryterium oceny ofert jest najniższa cena. Zamawiający wykorzystują tę sytuację i podpisują z wykonawcami umowy opiewające na nierealne kwoty, często będące de facto cenami rażąco niskimi”¹.

Według statystyk w Unii Europejskiej łącznie wydaje się na zamówienia publiczne nawet 19 % PKB (ok. 2,3 bln EURO)², z kolei w Polsce było to „ok. 163,2 mld zł w 2017 r., co stanowi ok. 8,23% PKB (w 2016 r. – 107 mld zł, 5,8% PKB)”. Natomiast „[p]rzybliżona wartość rynku zamówień publicznych, uwzględniająca również zamówienia udzielane bez stosowania procedur, wyniosła 234,6 mld zł w 2017 r. (174,3 mld zł w 2016 r.)”³. Zatem efektywna alokacja środków wydatkowanych przez instytucje publiczne w tym reżimie wydaje się być

absolutnie kluczowa, tym bardziej, że „[z]amówienia publiczne jako system instytucjonalny podlega ocenie jako całość z punktu widzenia jego efektywności dla realizowanych przez władze publiczne usług publicznych”⁴. Już w motywie 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE wskazano, że „Zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii "Europa 2020" zawartej w komunikacie Komisji z dnia 3 marca 2010 r. zatytułowanym "Europa 2020, Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu" ("strategia Europa 2020 na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu") jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. (...) aby zwiększyć efektywność wydatków publicznych, ułatwiając w szczególności udział małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w zamówieniach publicznych, oraz aby umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych”.

2. Zasada efektywności ekonomicznej zamówień publicznych

Postulowanym od dawna remedium na niedoskonałości regulacji dotyczącej zamówień publicznych jest nowa filozofia ich konstruowania, odwołująca się do holistycznej, wieloaspektowej oceny efektywności projektowanej i przeprowadzanej procedury wyłaniania wykonawcy / dostawcy. Taką propozycją jest włączona do obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych zasada efektywności zamówień publicznych, wyrażona w art. 17 tej ustawy. Zgodnie z tym przepisem „Zamawiający udziela zamówienia w sposób zapewniający: 1) najlepszą jakość dostaw, usług, oraz robót budowlanych, uzasadnioną charakterem zamówienia, w ramach środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, oraz 2) uzyskanie najlepszych efektów zamówienia, w tym efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, o ile którykolwiek z tych efektów jest możliwy do uzyskania w danym zamówieniu, w stosunku do poniesionych nakładów”.

Jak projektodawcy wskazali w uzasadnieniu do projektu ustawy: „Zasada efektywności ekonomicznej wyraża się w obowiązku udzielenia zamówienia w sposób zapewniający zarówno najlepszą jakość przedmiotu zamówienia w stosunku do środków, które zamawiający może przeznaczyć na jego realizację, jak i najlepszy stosunek nakładów do efektów, w tym

efektów społecznych, środowiskowych i gospodarczych”⁵. Jednocześnie wybieranie rozwiązań najtańszych zamiast najbardziej efektywnych w dłuższym okresie identyfikowano jako jedną z głównych wad dotychczasowego systemu zamówień publicznych⁶.

Naturalnie wprowadzenie nowego elementu do katalogu zasad zamówień publicznych nie oznacza, że już wcześniej w praktyce stosowania przepisów pzp nie przykładano do tego wagi. Nie było co prawda przepisu analogicznego do obecnego art. 17 pzp, jednak dyrektywę efektywności wywodzono m.in. z art. 44 ust. 3 ustawy o finansach publicznych, zgodnie z którym: „Wydatki publiczne powinny być dokonywane: 1) w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasad: a) uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów, b) optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów”. Ponadto, zwracano uwagę, że „[e]fektywność systemu zamówień publicznych w Polsce związana jest z wyborem najkorzystniejszej oferty. Definicja jurystyczna tej instytucji prawnej znajduje się w art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych [poprzedniego pzp – autor]. Rozumie się przez nią ofertę, która przedstawia najkorzystniejszy bilans ceny lub kosztu i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia publicznego, w szczególności w przypadku zamówień w zakresie działalności twórczej lub naukowej, których przedmiotu nie można z góry opisać w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, lub która najlepiej spełnia kryteria inne niż cena lub koszt, gdy cena lub koszt jest stała, albo z najniższą ceną lub kosztem, gdy jedynym kryterium oceny jest cena lub koszt”⁷. Nie ulega jednak wątpliwości, iż przy takim ujęciu to określony dobór kryteriów oceny ofert przez zamawiającego i przyjęta przez niego waga poszczególnych kryteriów determinuje ustalenie, która z ofert jest najkorzystniejsza. Pozornie nie budzi to wątpliwości, jednak właśnie ten mechanizm wypromował cenę jako naczelne kryterium wyboru oferenta.

Nowe ujęcie efektywności zamówień publicznych przynosi otwarcie na osiągnięcie o wiele bardziej zróżnicowanej palety funkcji niż jedynie wąsko rozumiana efektywność kosztowa. Ustawodawca postawił, po pierwsze, na osiągnięcie najlepszej jakości dostaw, usług oraz robót budowlanych, po drugie na osiągnięcie jak najlepszych efektów społecznych, środowiskowych oraz gospodarczych, w relacji do poczynionych nakładów. Niewątpliwie takie podejście istotnie zmienia perspektywę zarówno zamawiających, jak i oferentów. Obecna ustawa daje zamawiającym użyteczne instrumentarium realizacji znacznie szerszej klasy celów⁸, składających się na efektywność *sensu largo* stosowanych procedur. Jak wskazuje się w literaturze, „(...) państwo ma możliwość kreowania określonych sytuacji faktycznych, w tym społecznych oraz gospodarczych. Sytuacje te z kolei powiązane są z wyzwaniem, jakie

pojawiają się współcześnie i stanowią bieżące wyzwania cywilizacyjne. Dość powszechnie uważa się, że związane są one z: a) należytą (szybką i skuteczną) implementacją wyników 4. rewolucji przemysłowej, b) przeciwdziałaniem zmianom klimatycznym, c) wspieraniem rozwoju gospodarczego, bazującego na rozwoju innowacji oraz zaangażowaniu sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorców, d) wspieraniu inkluzji społecznej (wymaganej również ze względu na skutki 4. rewolucji przemysłowej) oraz e) kształtowaniem odpowiednich polityk geostrategicznych”⁹.

Nie da się jednak ukryć, że samo zadekretowanie przez ustawodawcę konieczności kierowania się przez zamawiających zasadą efektywności ekonomicznej nie hamuje od razu siły bezwładności dotychczasowych przyzwyczajeń i zaniechań w obszarze zamówień publicznych. Jak wskazuje doktryna: „[s]ilny i uporczywy opór systemu wobec diskutowanych i aplikowanych mu rozwiązań proefektywnościowych wskazuje na fakt, iż przyczyny tego oporu nie są incydentalne i marginesowe, ale że mają one charakter strukturalny. Można do nich zaliczyć: a) złożony i niejednoznaczny charakter pojęcia „efektywność zamówień publicznych”, b) rutynę, asekuranctwo i niedostatki profesjonalizmu oraz motywacji służb zamówień publicznych, jak również pojedynczych i zbiorowych podmiotów występujących w roli kierowników zamawiających w rozumieniu art. 2 pkt 3 ZamPublU, c) niedostateczną konsekwencję polskiego prawodawcy w konstruowaniu i implementowaniu instrumentów proefektywnościowych do ZamPublU, d) brak woli politycznej i determinacji podmiotów odpowiadających za politykę zakupową w polskim sektorze finansów publicznych wywodzący się prawdopodobnie z braku świadomości skali efektów pozytywnych, jakie byłyby możliwe do osiągnięcia w rezultacie istotnego podniesienia efektywności zamówień publicznych”¹⁰.

Przepis art. 17 nowego pzp obowiązuje ledwie od roku, zatem trudno na obecnym etapie wyprowadzać ogólniejsze wnioski co do tego, czy sprawdził się w praktyce zamówień publicznych. Należy jednak pamiętać, że „efektywność samych procedur udzielania zamówień publicznych jest istotna, ale z ogólnospołecznego punktu widzenia wcale nie najważniejsza. Dla społeczeństwa ważny jest bowiem ostateczny efekt wspomnianych procedur, czyli przywołane w definicjach legalnych umowy odpłatne, a zwłaszcza ich istotne postanowienia. Jednakże najważniejszym z ogólnospołecznego punktu widzenia efektem zamówienia publicznego jest sposób (dyscyplina) wywiązywania się przez wykonawców z zawieranych umów oraz jakość realnych (rzeczowych, materialnych lub intelektualnych) efektów tych umów. I dopiero relację tak rozumianego efektu do całkowitych nakładów wydatkowanych głównie na zastosowanie określonej procedury udzielania zamówienia jak i na zapłatę

wynagrodzenia wybranemu w jej wyniku wykonawcy będzie można w sposób uzasadniony uznać za kwantyfikację ogólnospołecznej efektywności danego zamówienia”¹¹.

Na efektywność zamówień publicznych należy zatem spojrzeć szerzej niż tylko na etap wyłonienia oferenta. Istotne znaczenie ma również faza przygotowawcza (identyfikacja potrzeb społecznych i potrzeb zamawiającego, wstępne rozeznanie rynku, dobór odpowiedniej procedury udzielenia zamówienia publicznego, ukształtowanie warunków przetargu lub innej formy wyboru wykonawcy / dostawcy, udzielenia odpowiedzi na pytania potencjalnych wykonawców / dostawców), faza kontraktowania i kształtowania warunków umowy, faza wykonania i rozliczenia zamówienia publicznego. W tym kontekście zwraca się uwagę przede wszystkim na znaczenie właściwego ukształtowania umowy o udzielenie zamówienia publicznego: „Kierując się często uproszczonym postrzeganiem interesu zamawiającego, postanowienia umów zawierają rozwiązania nazbyt restrykcyjne i nieproporcjonalne do rodzaju i wartości zamówienia publicznego (np. z zakresu wysokości i kategorii zastrzeganych kar umownych, przerzucanie odpowiedzialności za większość ryzyk na wykonawców, nieuwzględnianie okoliczności związanych z trudnymi do oszacowania gwałtownymi zmianami rynkowymi). Paradoksalnym skutkiem takiego działania jest niekorzystny wpływ na efektywność wydatkowania środków publicznych, przez wyższe ceny wskazywane przez wykonawców uwzględniające koszt nieproporcjonalnego ryzyka po ich stronie, a także zmniejszanie konkurencyjności postępowań, przez rezygnację potencjalnych wykonawców z udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego”¹².

Jak się wydaje, wprowadzona do pzp zasada efektywności zamówień publicznych daje impuls do szerszego zastosowania dorobku nauk ekonomicznych w procedurach zamówień publicznych. Jak wręcz sugerują niektórzy, prawnicza sofistyka powinna w przypadku zamówień publicznych zejść na dalszy plan, ustąpić rzetelnej wiedzy ekonomicznej: „Znajomość przepisów jest warunkiem koniecznym, ale daleko niewystarczającym do rzetelnego wykonywania obowiązków inżyniera, nabywcy, nauczyciela, lekarza i wszystkich innych zawodów poza prawnikiem. Dlatego właśnie należy odsunąć prawników od zamówień publicznych – dokładnie tak samo, jak nie należy im powierzać budowy, leczenia czy nauczania. Należy im powierzać rolę, którą wykonują przy okazji każdej innej działalności: opiniowanie czynności i dokumentów pod kątem zgodności z literą prawa. Jest to rola niezmiernie ważna, jednak jedynie usługowa, pomocnicza, a nie wiodąca”¹³.

Warto rozważyć w tym zakresie pragmatyczne podejście zamawiających, oparte m.in. na kreowaniu tzw. strategii zakupowych. Przy podejściu zaawansowanym ekonomicznie mogą

one być, podobnie zresztą jak w sektorze prywatnym, oparte na ekonomicznej koncepcji tzw. macierzy Krajlica¹⁴:



Źródło: Peter Kraljic, Harvard Business Review.

Kwestią równie ważną jest rosnące znaczenie tzw. zamówień strategicznych, tj. zamówień realizujących cele prośrodowiskowe, prospołeczne oraz proinnowacyjne. Zamówienia publiczne mogą być również swoistym laboratorium wskazującym słabości instytucjonalne i wskazującym ścieżki ich uzdrowienia, zwłaszcza w zakresie wydatkowania pieniędzy publicznych.

Uważam ponadto, że – wobec wprowadzenia do polskiego porządku prawnego *expressis verbis* – zasady efektywności ekonomicznej, godne rozważenia jest instrumentarium pozwalające na mierzenie osiągniętych w tym obszarze efektów. Jak się wydaje, brakującym ogniwem systemu jest obowiązkowa (przynajmniej dla określonych kategorii zamówień) ewaluacja *ex post* przeprowadzonego procesu zamówienia publicznego¹⁵, co byłoby swego rodzaju odpowiednikiem oceny skutków regulacji *ex post* w legislacji.

3. Podsumowanie

Znaczenie gospodarcze zamówień publicznych, w tym ogromna rola tego sektora w kształtowaniu polityki gospodarczej państwa każe z uwagą przyjrzeć się zastosowaniu myśli ekonomicznej w procedurach udzielania zamówień publicznych. Mogą one bowiem spełniać wiele ról, w tym wpływających na relacje społeczne czy środowiskowe. Stąd wprowadzenie zasady efektywności ekonomicznej zamówień publicznych należy ocenić pozytywnie, zwłaszcza w kontekście szerszego otwarcia tej sfery działalności państwowej na dorobek *law & economics*.

¹ P. Nowicki, Efektywne zamówienia publiczne jako rezultat stosowania nowego podejścia do zamówień publicznych, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 76.

² https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/file_import/european-semester_thematic-factsheet_public-procurement_pl.pdf

³ Str. 130 uzasadnienia projektu (druk nr 3624) – ocena skutków regulacji.

⁴ O. Lissowski, Efektywność zamówień publicznych, Studia Ekonomiczne. Zeszyty Naukowe Wydziałowe Uniwersytetu Ekonomicznego w Katowicach 2013/168, str. 179.

⁵ Str. 14 uzasadnienia projektu (druk nr 3624).

⁶ Str. 2 uzasadnienia projektu (druk nr 3624).

⁷ J. Gola, S. Bobowski, Efektywność funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce, Prace naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu nr 497, rok 2017, str. 240-241.

⁸ Por. P. Granecki, I. Granecka, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, Warszawa 2021

⁹ M. Kania, Zasada efektywności w nowym Prawie zamówień publicznych, PZP 2020, nr 1, str. 7.

¹⁰ A. Borowicz, Efektywność zamówień publicznych - istota oraz oprzyrządowanie normatywne w nowym ZamPublU, ZPDORADCA 2020, nr 1, str. 24.

¹¹ *Ibidem*, str. 24.

¹² Str. 82 uzasadnienia projektu (druk nr 3624).

¹³ D. Koba, Kilka uwag w sprawie efektywności zamówień, ZPDORADCA 2020, nr 1, str. 33 i n.

¹⁴ P. Kraljic, Purchasing Must Become Supply Management, Harvard Business Review, wrzesień 1983, <https://hbr.org/1983/09/purchasing-must-become-supply-management>

¹⁵ Czym innym jest z kolei kontrola *ex post* procedury udzielenia zamówienia publicznego, dokonywana przez Prezesa UZP, ale także przez inne organy państwowe, np. Najwyższą Izbę Kontroli. Jak się wskazuje: „kontrola *ex post* (następcza) polega na sprawdzaniu i ocenie dokonanych już czynności i ich następstw. Pozwala ona na dokładniejsze i szersze spojrzenie na zachodzące zjawiska w kontrolowanej jednostce, nie tylko z punktu widzenia wybranego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Kontrola taka stwarza jedynie możliwości poprawy przyszłych procedur działania” (A. Panasiuk, Kontrola zamówień publicznych – propozycje rozwiązań systemowych, Potrzeby i kierunki zmian w Prawie zamówień publicznych (pod red. M. Stręciwilk, A. Dobaczewska), Warszawa 2018, str. 64).