

Paweł Nowicki

Uniwersytet Mikołaja Kopernika w Toruniu
e-mail: pnowicki@law.umk.pl

ZAMÓWIENIA PUBLICZNE JAKO INSTRUMENT KSZTAŁTOWANIA GOSPODARKI PRZEZ PAŃSTWO

PUBLIC PROCUREMENT AS AN INSTRUMENT FOR SHAPING THE ECONOMY BY A STATE

DOI: 10.15611/pn.2017.497.08

Streszczenie: Po reformie unijnego systemu zamówień publicznych z 2014 r. coraz większą rolę w gospodarce zaczęły odgrywać tzw. zrównoważone zamówienia publiczne, za pomocą których Unia Europejska oraz państwa członkowskie starają się realizować cele niezwiązane bezpośrednio z przedmiotem zamówienia, służące do osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu właściwej ochrony środowiska naturalnego oraz najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Analiza postępującej tzw. instrumentalizacji prawa zamówień publicznych stawia pytanie o sposoby oddziaływania na gospodarkę przez państwo w drodze zamówień publicznych, a także o zakres tego oddziaływania. Niniejszy artykuł pokazuje, że poprzez zamówienia publiczne państwo może kształtować gospodarkę w sposób pozytywny, realizując wartości pożądane przez społeczeństwo.

Słowa kluczowe: zamówienia publiczne, zrównoważone zamówienia publiczne, ekonomia, państwo, Unia Europejska, wartości.

Summary: The EU public procurement directives package from 2014 underlined the role of so-called sustainable public procurement in the economy. Through sustainable public procurement the European Union, as well as the Member States, try to achieve different goals which are not directly linked to the subject matter of the public procurement contract. These actions raise questions concerning the ways in which the state can actually influence its economy and to what extent this influence can be.

Keywords: public procurement, sustainable public procurement, economy, state, European Union, values.

1. Uwagi wstępne

Jak wskazuje M. Olejarz, pierwotnym i podstawowym celem przepisów regulujących zamówienia publiczne było zapewnienie prawidłowego i efektywnego wydat-

kowania środków publicznych¹, przy czym przez pojęcie efektywności rozumiano przede wszystkim efektywność ekonomiczną osiąganą przez instytucję zamawiającą. Jednakże od dłuższego czasu zamówienia publiczne są coraz częściej wskazywane jako narzędzie do osiągnięcia różnych celów ekonomicznych i pozaekonomicznych, nakierowanych na szerszy interes niż tylko samego zamawiającego i niezwiązanych z przedmiotem zamówienia *per se*. Taki stan rzeczy potwierdza orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej. Początkowo Trybunał dość ostrożnie podchodził do tego tematu, czego przykładem są wyroki w takich sprawach, jak 31/87 *Beentjes*² czy w sprawie C-513/99 *Concordia Bus*³, gdzie TSUE uznał możliwość uwzględniania w zamówieniach publicznych kwestii społecznych oraz dotyczących ochrony środowiska, aczkolwiek ostatnimi czasy Trybunał wydaje się coraz śmielej patrzeć na osiąganie poprzez zamówienia publiczne celów niezwiązanych bezpośrednio z przedmiotem zamówienia⁴. Przełomem w sferze normatywnej w tym zakresie okazały się nowe dyrektywy zamówieniowe z 2014 r.⁵, które w sposób bezpośredni (i bardziej wyraźny niż dotychczas obowiązujące przepisy) nawiązały do tzw. zrównoważonych zamówień publicznych. Już w motywie 2 preambuły dyrektywy 2014/24/UE prawodawca unijny wskazuje, że zamówienia publiczne stanowią jeden z instrumentów rynkowych służących do osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. Zamówienia publiczne, w konsekwencji reformy unijnego prawodawstwa w tym zakresie w 2014 r., odgrywają kluczową rolę w realizacji strategii Europa 2020⁶, unijnego planu wyjścia z kryzysu gospodarczego (w perspektywie krótkoterminowej) oraz powrotu na ścieżkę rozwoju (w perspektywie długoterminowej). Europa

¹ M. Olejarz, *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2017, s. 108.

² Wyrok Trybunału z dnia 20 września 1988 r. w sprawie 31/87 *Beentjes* (ECLI:EU:C:1988:422).

³ Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus* (ECLI:EU:C:2002:495).

⁴ Przykładowo: wyrok Trybunału z dnia 3 kwietnia 2008 r. w sprawie C-346/06 *Rüffert* (ECLI:EU:C:2008:189); wyrok Trybunału z dnia 18 września 2014 r. w sprawie C-549/13 *Bundesdruckerei* (ECLI:EU:C:2014:2235); wyrok Trybunału z dnia 17 listopada 2015 r. w sprawie C-115/14 *RegioPost* (ECLI:EU:C:2015:760).

⁵ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 1); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. L 94 z 28.03.2014, s. 65); Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 28.03.2014, s. 243).

⁶ Komunikat Komisji Europejskiej, *Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającemu włączeniu społecznemu*, Bruksela, 3.03.2010, KOM(2010), wersja ostateczna.

2020 zakłada inteligentny i zrównoważony rozwój, sprzyjający włączeniu społecznemu, więcej miejsc pracy i wyższy standard życia. Dlatego też prawodawca unijny podkreśla, że należy umożliwić zamawiającym lepsze wykorzystanie zamówień publicznych dla wsparcia wspólnych celów społecznych (motyw 2 preambuły), wspierania innowacyjności (motywy 47 i 95 preambuły), promowania równouprawnienia płci w pracy i zatrudniania osób defaworyzowanych, a także ochrony środowiska (motyw 98 preambuły). W konsekwencji zarówno w dyrektywie klasycznej, jak i pozostałych dyrektywach znalazło się wiele przepisów, które urzeczywistniają realizację celów niezwiązanych bezpośrednio z samym zakupem dostaw, usług lub robót budowlanych.

Celem niniejszego artykułu jest próba udzielenia odpowiedzi na pytanie: w jaki sposób państwo oddziałuje na gospodarkę poprzez prawo zamówień publicznych, a także o uzasadnienie takiego oddziaływania z założeniem, że działania państwa nie są w tym zakresie jedynie władczą ingerencją motywowaną politycznymi i doraźnymi pobudkami, lecz skupiają się bardziej na właściwym i społecznie pożądanym kształtowaniu gospodarki rynkowej.

2. Sposoby oddziaływania przez państwo na gospodarkę poprzez prawo zamówień publicznych

W obecnym stanie prawnym uprawnione jest twierdzenie, że zamówienia publiczne nie stanowią już tylko i wyłącznie metody wydatkowania środków publicznych, lecz są instrumentem szerszej ingerencji państwa w gospodarkę, zarówno na szczeblu rządowym, jak i samorządowym⁷. Niektórzy autorzy wskazują wprost, że jest to przejaw interwencjonizmu państwa⁸, w ramach którego zachowania dobrowolne uczestników rynku zastępujemy zachowaniami wymuszonymi. Interwencjonistycz-

⁷ Należy pamiętać, że w orzecznictwie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej pojęcie „państwo” jest rozumiane bardzo szeroko, obejmując „państwo” jako takie oraz podmioty działające w imieniu państwa. W tym zakresie kluczowy jest wyrok Trybunału z dnia 12 lipca 1990 r. w sprawie C-188/89 *Foster* (ECLI:EU:C:1990:313). Z ostatnich spraw toczących się przed Trybunałem warto wskazać na sprawę C-413/15 *Farrell*, gdzie w opinii Rzecznik Generalnej Eleanor Sharpston z dnia 22 czerwca 2017 r. (ECLI:EU:C:2017:492), w której RG stwierdziła, że w wyroku w sprawie *Foster* Trybunał nie próbował nawet przewidzieć wszystkich możliwych układów okoliczności faktycznych, które by przesądzały, że dany podmiot działa w imieniu państwa (pkt 37), natomiast w wyroku z dnia 10 października 2017 r. (ECLI:EU:C:2017:745) Trybunał skonstatował, że „takie instytucje lub podmioty odróżniają się od jednostek i należy utożsamiać je z państwem albo dlatego, że są to osoby prawne prawa publicznego, będące częścią państwa *sensu largo*, albo dlatego, że podlegają one zwierzchnictwu lub kontroli władzy publicznej, albo też dlatego, że władze takie powierzyły im wykonywanie zadań leżących w interesie publicznym i wyposażyły je w tym celu w szczególne uprawnienia” (pkt 34). Za emanację państwa uchodzą również jednostki samorządu terytorialnego (zob. wyrok z dnia 22 czerwca 1989 r. w sprawie 103/88 *Fratelli Costanzo*, ECLI:EU:C:1989:256).

⁸ Zob.: M. Wieloński, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa 2014, s. 8.

na polityka państwa w gospodarce rynkowej może być jednak uzasadniona i wywoływać skutki pozytywne. Nie wyklucza to jednak wywoływania negatywnych efektów, w związku z czym konieczne jest udzielenie odpowiedzi na następujące pytania: w jaki sposób państwo, przy użyciu prawa zamówień publicznych, wpływa na gospodarkę oraz w jakim zakresie ten wpływ jest uzasadniony. W tym momencie spróbujemy udzielić odpowiedzi na pierwsze pytanie, natomiast w dalszej części niniejszego artykułu zajmiemy się pytaniem drugim.

Możemy przyjąć, że poprzez prawo zamówień publicznych państwo oddziałuje na gospodarkę przynajmniej na trzy sposoby.

2.1. Prawo zamówień publicznych jako metoda wydatkowania środków publicznych

Po pierwsze, państwo reguluje procedury związane z wydatkowaniem środków publicznych. Wydatki zamawiających, w rozumieniu prawa zamówień publicznych, różnią się od wydatków „zwykłych” kupujących, którzy, jak wszyscy konsumenci, podlegają regułom wolnorynkowym. Oznacza to, że kupują, co chcą i jak chcą. Być może kierują się jakimś rachunkiem ekonomicznym, lecz nie podlegając rygorystycznym procedurom zakupowym, mogą popełniać różnego rodzaju błędy i wydatkować środki w sposób nieracjonalny⁹. Instytucje zamawiające nie mogą kupować wszystkiego, co zechcą, i to w zupełnie dowolny sposób. Udzielanie zamówień publicznych zawsze jest związane z realizacją zadań publicznych przez zamawiającego. Mogą jednak popełniać błędy przy wydatkowaniu środków – wszak zamawiający to nie jakaś bezduszna maszyna, lecz grupa pracujących ze sobą ludzi, którym pomyłki mogą się zdarzyć. Mogą mieć swoje preferencje co do dostarczanych towarów czy też konkretnych wykonawców; mogą mieć niedostateczną wiedzę na temat rynku właściwego dla przedmiotu zamówienia, który zamierzają pozyskać; mogą być niewystarczająco przygotowani pod względem merytoryczno-prawnym do obsługi udzielanego zamówienia. Reasumując, ich przekonania i spostrzeżenia, a także poziom wiedzy i doświadczenie wpływają na ich zachowania. To wszystko może prowadzić do błędów w podejmowaniu decyzji, których na co dzień doświadczają zwykli konsumenci. Zamawiający jednak nie jest zwykłym konsumentem,

⁹ Wymaga podkreślenia, jak wskazuje F. Fukuyama, że twierdzenie, iż ludzie są istotami racjonalnymi, które dążą do maksymalizacji swojej indywidualnej użyteczności lub dochodów, stanowi podstawę współczesnej ekonomii neoklasycznej (zob. F. Fukuyama, *Historia ładu politycznego. Od czasów przedludzkich do rewolucji francuskiej*, Dom Wydawniczy Rebis, Poznań 2012, s. 46), która sformułowała tzw. teorię racjonalnego wyboru. Obecnie jednak jest to teoria szeroko krytykowana. Richard H. Thaler, laureat Nagrody Nobla w dziedzinie ekonomii w 2017 r., wskazuje, że teoria racjonalnego wyboru nie dotyczy ludzi, tylko „Ekonoów” (ang. *Econs*) – jednostek, które niczym Mr. Spock z filmu *Star Trek* z zimną krwią podejmują zawsze optymalne dla nich decyzje. Natomiast my jesteśmy normalnymi ludźmi, popełniamy błędy i nie jesteśmy w stanie optymalizować (mówiąc językiem ekonomii: maksymalizować użyteczności) wszystkich naszych decyzji. Szerzej: R.H. Thaler, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W.W. Norton & Company, New York – London 2015, s. 4 i n.

stąd też państwo nie może pozwalać na to, aby dopuszczał do wypaczeń procedur udzielania zamówień publicznych, a przynajmniej powinno minimalizować ryzyko ich powstania w trakcie wydatkowania środków. Osiągnięciu takiego stanu rzeczy powinno służyć odpowiednie uregulowanie prawa zamówień publicznych. Dbałość o prawidłowość (w sensie gospodarności), celowość i legalność wydatkowania środków publicznych powinny być celami nadrzędnymi prawa zamówień publicznych¹⁰. Problem jednak polega na tym, że wiele regulacji prawnych swoje uzasadnienie znajduje w doraźnych potrzebach natury politycznej.

2.2. Prawo zamówień publicznych jako instrument promowania i chronienia określonych wartości

Po drugie, regulując procedury związane z wydatkowaniem środków publicznych państwo ingeruje w rynek, kształtując zachowania jego uczestników. Polega to na tym, że w drodze przepisów prawa państwo wymusza na zamawiających promowanie konkretnych wartości, które często nie są związane z przedmiotem zamówienia jako takim. Należą do nich, wspomniane już wcześniej, wartości ekologiczne, społeczne oraz związane z promowaniem innowacji. Zachowania zamawiających w tym zakresie wywołują określone reakcje po stronie wykonawców, którzy muszą dostosować swoje oferty do oczekiwań zamawiającego nie tylko w sferze, nazwijmy ją, czysto merytorycznej, a więc związanej bezpośrednio z przedmiotem zamówienia (przykładowo dostawa komputerów, wybudowanie drogi), lecz również w sferze realizacji oczekiwanych przez zamawiającego wartości (przykładowo związanych z zatrudnianiem osób defaworyzowanych). Niektórzy przedstawiciele doktryny nazywają takie zachowania zamawiających realizacją polityk horyzontalnych w zamówieniach publicznych¹¹, polityk drugoplanowych bądź realizacją pewnych celów drugorzędnych lub drugoplanowych w zamówieniach publicznych¹². W tym miejscu możemy jednak pominąć kwestie terminologiczne, uznając, że *spiritus movens* określenia celów czy też zasad systemu zamówień publicznych jest opowiedzenie się prawodawcy za jakimś systemem wartości¹³. Może on być bardziej lub mniej czytel-

¹⁰ Jak wskazuje T. Kocowski, w zamówieniach publicznych chodzi o to, aby posiadane środki zapewniły maksymalną i optymalną realizację zadań publicznych poprzez zapewnienie największej ilości pożądaných w jego realizacji dóbr lub pozwoliły na zapewnienie najszerszego zakresu niezbędnych usług. Zob. T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, wyd. 2. Rozszerzone, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa 2012, s. 23-24.

¹¹ Szerzej: S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, [w:] S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, New York, 2009, s. 12-15.

¹² Tak: M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa 2014, s. 19.

¹³ Możemy wręcz mówić o konkretnej aksjologii systemu zamówień publicznych, w ramach którego następuje kategoryzacja wartości, w tym wartości etycznych i prakseologicznych. Wartości wyra-

ny dla uczestników rynku zamówień publicznych, lecz jeżeli istnieje, to oznacza, że dla państwa te wartości są w jakiś sposób istotne, a ich inkorporacja do przepisów prawa jest przez prawodawcę przemyślana¹⁴. Warto w tym miejscu podkreślić, że realizacja owych wartości wcale nie musi opierać się na przymusie – jeśli państwo chroni i propaguje wartości, które są akceptowane przez uczestników rynku, to promowanie takich wartości przychodzi o wiele łatwiej.

2.3. Prawo zamówień publicznych jako instrument kształtujący konkurencję na rynku

Po trzecie, za pomocą zamówień publicznych państwo ingeruje w gospodarkę, rozszerzając lub ograniczając konkurencję. Dzieje się to poprzez wspieranie rozwoju lub zawężanie rynków właściwych dla określonych usług, dostaw lub robót budowlanych. Wiąże się to z konkretnym modelem uczestnictwa państwa w gospodarce. Jeśli państwo wydatkuje szeroko środki publiczne, powstają nowe inwestycje, wtedy też rozszerza się rynek dla potencjalnych wykonawców. Jednakże państwo może zdecydować, że będzie działać we własnym zakresie, zlecając realizację zadań publicznych podmiotom zależnym. Egzemplifikacją takiego działania może być gmina, która zleca wykonywanie jakiegoś rodzaju usług spółce komunalnej w drodze zamówienia *in house*, a więc na zasadzie wyłączności. Innym przykładem będzie udzielanie zamówień instytucji gospodarki budżetowej przez organ władzy publicznej wykonujący funkcje organu założycielskiego tej instytucji, na zasadach określonych w przepisie art. 4 pkt 13 ustawy Prawo zamówień publicznych¹⁵. W obu sytuacjach zamawiający w zasadzie eliminują jakąkolwiek konkurencję, nie zastanawiając się przy tym, czy takie działanie jest rzeczywiście celowe i ekonomicznie uzasadnione¹⁶. Ograniczeniem konkurencji będzie również eliminacja wykonawców zainteresowanych uzyskaniem zamówienia publicznego poprzez stosowanie przepisów dotyczących ich wykluczania z prowadzonego postępowania o udzielenie

żają jednocześnie pewne cele systemu zamówień publicznych. Za pomocą przepisów konstruujących system zamówień publicznych następuje nadanie owym wartościom charakteru normatywnego, w formie zasad tego prawa. Szersze omówienie tego zagadnienia, łącznie z analizą tych wartości z wykorzystaniem koncepcji prawa naturalnego i pozytywizmu prawniczego, wykracza poza ramy niniejszego artykułu.

¹⁴ M. Szydło wskazuje, że wartości chronione przez prawo zamówień publicznych są jednocześnie celami tego prawa. Szerzej: M. Szydło, *op. cit.*, s. 1-3.

¹⁵ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (tekst jednolity: Dz.U. z 2017 r., poz. 1579).

¹⁶ W doktrynie można jednak spotkać słuszne poglądy, zgodnie z którymi do udzielenia zamówienia *in house* nie wystarczy jedynie spełnienie przesłanek zawartych w art. 67 ust. 1 pkt 12 ustawy Pzp, lecz każdorazowa analiza, czy w danym stanie faktycznym udzielenie tego zamówienia nie narusza innych regulacji, np. przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej w zakresie prawa konkurencji. Szerzej: W. Hartung, *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 17-26.

zamówienia, jednakże takie ograniczenie ma charakter pozytywny, o ile zostanie zaimplikowane w sposób zgodny z prawem. Będzie o tym mowa w trzeciej części niniejszego artykułu.

Niezależnie od sposobu, oddziaływanie państwa na gospodarkę poprzez zamówienia publiczne jest zauważalne. Kolejnym elementem analizy musi być więc kwestia określenia uzasadnionego zakresu tego oddziaływania.

3. Czy ingerowanie przez państwo w gospodarkę przez zamówienia publiczne jest uzasadnione?

Zasygnalizowane powyżej oddziaływanie państwa na gospodarkę w drodze zamówień publicznych może rodzić wiele wątpliwości. Zamówienia publiczne jawiące się jako instrument interwencjonizmu (a czasem nawet protekcjonizmu) państwowego w zasadzie stoją w opozycji do idei wolnego rynku. Rodzi się zatem pytanie o uzasadniony zakres takiej ingerencji.

Wszystkie wątpliwości zasadniczo można by zredukować do pytania o zakres ingerencji państwa w gospodarkę jako taką. Na tym polu ścierają się dwie koncepcje: państwa aktywnego oraz państwa minimalistycznego. Koncepcja państwa aktywnego związana jest z poglądami Johna Maynarda Keynesa, który m.in. wskazywał na konieczną aktywność państwa na rynku z uwagi na niestabilność systemów gospodarczych. Keynes, uznawany za najbardziej wpływowego ekonomistę od czasów Adama Smitha, dokonał rewolucji w ekonomii klasycznej, odcinając się od zasad liberalnej polityki handlowej oraz wolnej konkurencji. Państwo miało aktywnie działać na polu gospodarki. Poglądy Keynesa zaowocowały rozrostem interwencjonizmu państwowego w gospodarce¹⁷. Koncepcja państwa minimalistycznego zbliżona jest do poglądów Friedricha Hayeka, jak również z późniejszą krytyką keynesowskiej ekonomii przez Miltona Friedmana¹⁸.

Wydaje się jednak oczywiste, że rządowi państw trudno powstrzymać się od ingerowania w gospodarkę. Zatem nie możemy się dziwić, że w zakresie rynku zamówień publicznych państwo stara się podejmować aktywne działania, regulując coraz szerzej jego funkcjonowanie. Jeśli takie działania państwa uzasadnione jest jedynie wykorzystaniem prawa zamówień publicznych do realizacji partykularnych celów politycznych (np. do zapewnienia intratnych kontraktów określonym przedsiębiorcom, wspierającym władzę), to należy ocenić je negatywnie. Jeśli jednak państwo traktuje prawo zamówień publicznych jako instrument do kształtowania gospodarki

¹⁷ Warto jednak zauważyć, że obecnie neokeynesiści, a więc osoby wywodzące się przynajmniej z głównego nurtu poglądów J.M. Keynesa, są raczej zwolennikami interwencji państwa jedynie w obliczu dużych i trwałych zakłóceń, argumentując, że otoczenie gospodarcze wymaga nieustannych zmian w polityce pieniężnej. Szerzej: I. Bludnik, *Keynes a neokeynesiści*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny 2004, z. 2, s. 139.

¹⁸ Oczywiście na ten temat wypowiedało się wielu innych wybitnych ekonomistów, jak choćby Adam Smith, John Stuart Mill czy Ludwig von Mises.

w sposób pozytywny, wymuszając społecznie pożądane i akceptowane zachowania zarówno wykonawców, jak i zamawiających, czy też, jak proponuje M. Szydło, rozwiązując różnego rodzaju cywilizacyjne problemy i wyzwania wychodzące poza samo zagwarantowanie efektywności ekonomicznej dokonywanych zakupów¹⁹, to jest to działanie korzystne. Taka konstatacja wymaga jednak szerszego uzasadnienia.

3.1. Udzielanie zamówień publicznych jako odpowiedź na dysfunkcje rynku

F. Fukuyama podkreśla, że co prawda wolne rynki są niezbędne do stymulowania długoterminowego wzrostu, jednakże nie są zdolne do samoregulacji²⁰. Innymi słowy, jeśli państwo chce rozwijać się gospodarczo, powinno zapewnić funkcjonowanie gospodarki wolnorynkowej. Przy czym nie powinno to oznaczać istnienia gospodarki bez ograniczeń, funkcjonowania rynków bez jakiegokolwiek kontroli. Jest bowiem faktem, że wolny rynek nie zawsze zapewnia efektywną alokację produktów i usług²¹ i w przypadku braku kontroli prowadzi do nierówności, a także erozji podstawowych wartości. Prawo zamówień publicznych może być odpowiedzią na pewne dysfunkcje rynku, a także przywracać i chronić ład wartości istotnych dla społeczeństwa.

3.2. Zapewnienie równych szans wykonawcom

Przede wszystkim prawo zamówień publicznych powinno stwarzać równe szanse wszystkim wykonawcom zainteresowanym realizacją konkretnego zamówienia. Poprzez uregulowanie procedury udzielania zamówień publicznych państwo ustanawia przepisy prawa stanowiące niezbędne minimum do zapewnienia odpowiedniej konkurencyjności na rynku. Ale równe szanse nie oznaczają jedynie otwarcia rynku zamówień na większą konkurencję²², lecz przede wszystkim oznaczają równe szanse na złożenie oferty dla każdego potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego – tak aby z rynku zamówień publicznych mogły korzystać zarówno małe, średnie, jak i duże przedsiębiorstwa. Normatywizacja zamówień publicznych zapewnia konkurencyjność na zasadzie równych szans przy jednoczesnym zapewnieniu uczciwości i sprawiedliwości procedur. Przykładem może być roztoczenie swego

¹⁹ Zob. M. Szydło, *op. cit.*, s. 23. Szerzej na ten temat również: R. Szostak, *Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, [w:] A. Powalowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, C.H. Beck, Warszawa 2016, s. 273-287.

²⁰ F. Fukuyama, *op. cit.*, s. 21.

²¹ Tak: J.J. Rachlinski, *The psychological foundations of behavioral law and economics*, *University of Illinois Law Review*, no. 5, 2011, s. 1680.

²² W prawie zamówień publicznych zamawiający ma zakaz sztucznego zawężania konkurencji oraz nakaz zapewnienia uczciwej konkurencji, który w ustawie Pzp ma charakter jednej z zasad normatywnych, determinujących spójność całego systemu zamówień publicznych. Zob. H. Nowicki, *Zasady udzielania zamówień publicznych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2013, s. 102.

parasola ochronnego nad sektorem MŚP, wyrażające się chociażby w zobowiązaniu zamawiającego do zastanowienia się nad podziałem zamówienia publicznego (art. 96 ust. 1 pkt 11 ustawy Pzp), zgodnie z wynikającą z dyrektywy 2014/24/UE koncepcją „*divide or explain*”. Wpływanie przez prawodawcę na decyzje zamawiających co do kształtu udzielanych zamówień uzasadnione jest w takiej sytuacji zapobieganiem nadużywaniu pozycji rynkowej przez przedsiębiorców dużych. Natomiast szerszy udział MŚP w rynku zamówień publicznych powoduje większą konkurencyjność, z korzyścią dla konsumentów oraz rozwoju samego rynku, chociażby poprzez zwiększenie innowacyjności rozwiązań na nim dostępnych. Przy wzroście potencjalnej liczby wykonawców pojawia się większa konkurencja cenowa, jednakże w większości przypadków wykonawcy nie są w stanie konkurować jedynie ceną, stąd też należy oczekiwać zwiększenia jakości realizowanych zamówień, a także rozwoju innowacyjności.

3.3. Wykluczanie wykonawców – zagwarantowanie uczciwości i konsekwencja równych szans

Równe szanse dla wszystkich wykonawców zainteresowanych realizacją konkretnego zamówienia publicznego nie oznaczają jednak pełnej i niczym nieskrępowanej konkurencji. W prawie zamówień publicznych na skutek pewnych wyborów prawodawcy konkurencja jest ograniczana *ex lege*, ponieważ nie każdy wykonawca zdolny zrealizować przedmiot konkretnego zamówienia publicznego (a więc spełniający warunki udziału w postępowaniu) może rzeczywiście je uzyskać. Chodzi tu o sytuację, w której wykonawca podlega wykluczeniu z postępowania. Prawodawcy, zarówno unijny, jak i krajowy, zdecydowali się na inkorporowanie do prawa zamówień publicznych przepisów pozwalających eliminować (wykluczać) z postępowania o udzielenie zamówienia wykonawców, którzy swoją działalnością i postawą nie potwierdzają spełniania wysokich standardów etycznych czy prawnych. Innymi słowy, dopuszczają się czynów, które w odbiorze społecznym postrzegane są negatywnie. W prawie krajowym podstawy wykluczenia z postępowania o udzielenie zamówienia zostały uregulowane szeroko w przepisie art. 24 ustawy Pzp. Dość powiedzieć, że zamawiający ma obowiązek wykluczyć z postępowania wykonawcę, który – przykładowo – jako osoba fizyczna został prawomocnie skazany za niektóre przestępstwa, wykonawcę, wobec którego wydano prawomocny wyrok sądu lub ostateczną decyzję administracyjną o zaleganiu z uiszczaniem podatków, opłat lub składek na ubezpieczenie społeczne lub zdrowotne (z pewnymi wyjątkami), wykonawcę, który bezprawnie wpływał lub próbował wpływać na zamawiającego w sposób dający mu przewagę w postępowaniu o udzielenie zamówienia, czy też wykonawcę, który naruszał konkurencję. Z kolei w ramach tzw. fakultatywnych podstaw wykluczenia, uregulowanych w art. 24 ust. 5 ustawy Pzp, zamawiający może (o ile przewidzi takie wykluczenie w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub zaproszeniu do negocjacji) wykluczyć z postępowania wy-

konawców nieuczciwych (w sposób zawiniony poważnie naruszających obowiązki zawodowe), którzy przykładowo popełnili wykroczenie przeciwko prawom pracownika lub przeciwko środowisku (skazanie było prawomocne i za popełnienie takiego czynu wymierzono karę aresztu, ograniczenia wolności lub karę grzywny nie niższą niż 3000 złotych). Fakultatywne podstawy wykluczenia odnoszą się więc do uczciwości zawodowej, wypłacalności i wiarygodności wykonawcy²³.

W doktrynie podkreśla się, że przepisy dotyczące wykluczenia wykonawców z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia wskazują na okoliczności, których zaistnienie rodzi wątpliwości co do gwarancji prawidłowej i terminowej realizacji zamówienia przez wykonawcę²⁴. Z takim poglądem można się zgodzić, jednakże, jak się wydaje, nie obejmuje on całości zagadnienia. Nie można bowiem przyjąć, że, przykładowo, braki w płaceniu podatków przez wykonawcę muszą automatycznie rzutować na prawidłową i terminową realizację zamówienia. Jeśli jednak zamawiający, którzy wykorzystują środki publiczne, będą pozwalali na osiąganie zysków z realizacji zamówień podmiotom, które łamią prawo, to na pewno nie będzie to odebrane pozytywnie przez społeczeństwo. Punktem wyjścia do wykluczenia wykonawcy jest zatem nie tyle jego rzetelność, ile jego uczciwość. Zamawiający wydatkują środki pochodzące z naszych podatków, dlatego więc, przykładowo, przeciętny obywatel, który sumiennie reguluje swoje zobowiązania podatkowe wobec państwa, ma dawać przyzwolenie na wzbogacanie się w drodze realizacji zamówień publicznych podmiotów, które obowiązku podatkowego nie spełniają? Państwo nie może legitymizować łamania prawa przez wykonawców, pozwalając na udzielanie im kolejnych zamówień publicznych. Wykluczenie takiego wykonawcy z postępowania o udzielenie zamówienia z jednej strony będzie dowodem na to, że państwo łamania przepisów prawa nie pochwała, a wręcz je napiętnuje, a z drugiej pozwoli uniknąć społecznej krytyki. Ponadto wykluczenie wykonawcy łamiącego przepisy prawa, np. w zakresie obowiązku podatkowego, ma duże znaczenie dla istnienia konkurencji pomiędzy wykonawcami, ponieważ wykonawca, który nie płaci podatków, nie powinien z tego faktu czerpać żadnych korzyści, a tak *de facto* jest²⁵. Możemy więc uznać, że wykluczenie wykonawcy zdolnego do realizacji zamówienia z postępowania z uwagi na istnienie wobec niego podstaw wykluczenia jest ograniczeniem konkurencji jako takiej (mniej wykonawców ma możliwość skutecznego złożenia oferty), jednakże prowadzi do umocnienia konkurencji uczciwej, opartej na rzeczywiście równych szansach. W tym kontekście możemy postrzegać prawo

²³ Zob. wyrok Trybunału z dnia 9 lutego 2006 r. w sprawach połączonych C-226/04 i C-228/04 *La Cascina*, pkt 21 (ECLI:EU:C:2006:94).

²⁴ Tak w komentarzu do art. 57 dyrektywy 2014/24/UE: W. Hartung [w:] W. Hartung *et al.*, *Dyrektywa 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych. Komentarz*, C.H. Beck, Warszawa 2015, s. 569.

²⁵ Podobnie: S. Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, [w:] S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, New York 2009, s. 112-113.

zamówień publicznych jako instrument realizujący koncepcję sprawiedliwości społecznej w gospodarce²⁶.

Wreszcie należy również pamiętać o tym, że jeśli wykonawca łamie prawo i wie, że nie musi ponosić konsekwencji swoich czynów (przynajmniej częściowo), to nie będzie mieć wystarczającej motywacji, aby tego prawa nie łamać²⁷. W tym kontekście można uznać za kontrowersyjne wprowadzenie do prawa zamówień publicznych instytucji *self-cleaning* (art. 24 ust. 8 i 9 ustawy Pzp), która rodzi pytania o swoisty brak konsekwencji prawodawcy w sankcjonowaniu naruszeń prawa przez wykonawców zamówień publicznych²⁸. Omówienie kwestii samooczyszczenia wykonawców wykracza jednak poza ramy tematyczne niniejszego opracowania.

3.4. Zrównoważone zamówienia publiczne

Innym przykładem uzasadnionej ingerencji państwa w gospodarkę są społecznie odpowiedzialne zamówienia publiczne, pozwalające zamawiającym na promowanie realizacji zamówień przez wykonawców zatrudniających osoby defaworyzowane²⁹ czy też stawiające obowiązek określenia w opisie przedmiotu zamówienia na usługi lub roboty budowlane wymagań zatrudnienia przez wykonawcę lub podwykonawcę na podstawie umowy o pracę osób wykonujących wskazane przez zamawiającego czynności w zakresie realizacji zamówienia, jeżeli wykonanie tych czynności polega na wykonywaniu pracy w sposób określony w art. 22 § 1 ustawy z dnia 26 czerwca 1974 r. – Kodeks pracy³⁰. Samo uregulowanie ww. obowiązku w ustawie Prawo zamówień publicznych (art. 29 ust. 3a) może co prawda budzić wątpliwości natury prawnej³¹, jednak realizuje słuszną ideę ochrony stosunku pracy i zapewnienia

²⁶ Sprawiedliwość społeczna opiera się bowiem na zasadzie uczciwości i zasadzie równych szans. Tak: Ö. Sensoy, R. DiAngelo, *Is Everyone Really Equal? An Introduction to Key Concepts in Social Justice Education*, 2nd ed., Teachers College Press, New York 2017, s. xix.

²⁷ Podobnie: J.E. Stiglitz, *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przyszłości?*, Krytyka Polityczna, Warszawa 2015, s. 322.

²⁸ O ile zrozumiałe jest stanowisko, że „państwa członkowskie powinny jednak mieć możliwość przewidzenia odstępstwa od tych obowiązkowych wykluczeń w sytuacjach wyjątkowych, gdy nadrzędne wymogi w interesie ogólnym sprawiają, że udzielenie zamówienia jest niezbędne” (motyw 100 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE), o tyle dopuszczenie wyjątku od wykluczenia wykonawcy, który przyjął środki dostosowawcze mające na celu naprawę skutków wszelkich przestępstw lub naruszeń oraz skuteczne zapobieganie dalszym przypadkom niewłaściwego zachowania, opartego np. na arbitralnej ocenie dokonanej przez zamawiającego, rodzi uzasadnione wątpliwości.

²⁹ Zgodnie z art. 22 ust. 2 ustawy Pzp będą to: 1) osoby niepełnosprawne, 2) osoby bezrobotne, 3) osoby pozbawione wolności lub zwalniane z zakładów karnych, 4) osoby z zaburzeniami psychicznymi, 5) osoby bezdomne, 6) osoby, które uzyskały w Rzeczypospolitej Polskiej status uchodźcy lub ochronę uzupełniającą, 7) osoby do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadające status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia, 8) osoby będące członkami mniejszości znajdującej się w niekorzystnej sytuacji, w szczególności będące członkami mniejszości narodowych i etnicznych.

³⁰ Tekst jednolity: Dz.U. z 2014 r., poz. 1502 ze zm.

³¹ Szerzej na ten temat: P. Nowicki, *Wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w realizacji zamówienia publicznego – aksjologia oraz aspekty praktyczne*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *op. cit.*, s. 95-106.

uczciwej konkurencji pomiędzy wykonawcami poprzez eliminację nadużyć związanych ze stosowaniem tzw. umów śmieciowych (i uzyskiwania w ten sposób korzyści cenowych)³². W kontekście społecznym nawet zamówienia *in house* mogą być użyte do rozwiązywania lokalnych problemów związanych z koniecznością tworzenia nowych miejsc pracy. Z kolei poprzez promowanie tzw. zielonych zamówień publicznych (*Green Public Procurement* – GPP), prawodawca unijny oraz krajowy odpowiadają na współczesne wyzwania w zakresie utrzymania stanu środowiska naturalnego. GPP obejmują wszystkie działania nakierowane na włączenie kwestii ekologicznych w proces udzielania zamówień publicznych, co w konsekwencji ma wpływ na cały łańcuch produkcyjny dobra, które jest kupowane³³. W tym zakresie państwo tak naprawdę stara się łagodzić negatywne skutki rozwoju gospodarczego, w tym m.in. swoich własnych inwestycji. Promowanie realizacji zamówień publicznych w sposób ograniczający ich negatywne oddziaływanie na środowisko, przede wszystkim poprzez uwzględnienie kosztów życia używanych towarów, wymusza na zamawiających spojrzenie nie tylko na zaspokajanie bieżących potrzeb, lecz również uwzględnianie długoterminowych skutków każdego dokonanego zakupu³⁴. Aktywność państwa na tym polu uzasadniona jest troską o środowisko naturalne jako dobro wspólne, a także promowaniem proekologicznych postaw u uczestników rynku zamówień publicznych.

4. Zakończenie

Zamówienia publiczne są niewątpliwie ważnym instrumentem kształtowania przez państwo gospodarki. Użycie słowa „kształtowanie” zamiast „ingerencja” jest w tym obszarze jak najbardziej uzasadnione. „Ingerencja” może kojarzyć się z czymś negatywnym i przede wszystkim władczym. W tym kontekście „kształtowanie” gospodarki poprzez prawo zamówień publicznych może mieć natomiast również charakter działań miękkich, poza systemem nakazowo-zakazowym, gdzie państwo przywraca, chroni i promuje pewne wartości, które są odbierane pozytywnie przez społeczeństwo. Takie podejście, uzasadnione aspektami społecznymi, gospodarczymi czy ekologicznymi, jest właściwe, jednakże państwo powinno powstrzymać się od ingerencji w gospodarkę w sensie negatywnym. Niestety, nie istnieje jeden „złoty środek” – jedyny dobry sposób, w jaki państwo mogłoby reagować na pewne dysfunkcje rynku. Dążąc do gospodarki jak najbardziej efektywnej, musimy bowiem pa-

³² Jak wskazuje prawodawca unijny w motywie 36 preambuły do dyrektywy 2014/24/UE, zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa.

³³ Tak: A. Appolloni, A. D'Amato, W. Cheng, *Is public procurement going green?*, [w:] G. Piga, S. Treumer (eds), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge London – New York 2013, s. 111.

³⁴ Zob. European Commission, *Public Procurement for a Circular Economy. Good practice and guidance*, European Union 2017, s. 5, http://ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/Public_procurement_circular_economy_brochure.pdf (12.11.2017).

miętać, że „czasem niewielka doza nieefektywności jest czymś lepszym niż rozległy zakres scentralizowanego nadzoru; rządy cechują się własnymi nieefektywnościami, same stanowią źródło zagrożeń dla wolności”³⁵. Konkludując, warto zastanowić się nad dalszą instrumentalizacją zamówień publicznych – przemyślane i racjonalne przepisy prawa w tym zakresie mogą stanowić istotny instrument w walce z nierównościami występującymi w gospodarce rynkowej, a także (nawet) z ułomnościami systemu politycznego, optymalizując wydatkowanie środków publicznych w szerokim sensie ekonomicznym³⁶. Być może jest to zbyt śmiała refleksja, ale czy tak skonstruowane prawo zamówień publicznych nie byłoby odzwierciedleniem umowy społecznej na miarę XXI w.?

Literatura

- Appolloni A., D’Amato A., Cheng W., 2013, *Is public procurement going green?*, [w:] G. Piga, S. Treumer (eds), *The Applied Law and Economics of Public Procurement*, Routledge, London – New York.
- Arrowsmith S., 2009, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, [w:] S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, New York.
- Arrowsmith S., Kunzlik P., 2009, *Public procurement and horizontal policies in EC law: general principles*, [w:] S. Arrowsmith, P. Kunzlik (eds), *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Cambridge University Press, New York.
- Bludnik I., 2004, *Keynes a neokwesiści*, Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny, z. 2.
- Fukuyama F., 2012, *Historia ładu politycznego. Od czasów przedludzkich do rewolucji francuskiej*, Dom Wydawniczy Rebis, Poznań.
- Hartung W., 2017, *Zamówienia in-house – między zamówieniami a konkurencją*, [w:] M. Stręciwiłk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.
- Hausman D.M., McPherson M.S., Satz D., 2017, *Etyka ekonomii. Analiza ekonomiczna, filozofia moralności i polityka publiczna*, Copernicus Center Press, Kraków.
- Kocowski T., 2012, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, [w:] E. Adamowicz, J. Sadowy (red.), *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, wyd. 2. rozszerzone, Urząd Zamówień Publicznych, Gdańsk – Warszawa.
- Nowicki H., 2013, *Zasady udzielania zamówień publicznych w przepisach ustawy Prawo zamówień publicznych*, [w:] J. Sadowy (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.

³⁵ D.M. Hausman, M.S. McPherson, D. Satz, *Etyka ekonomii. Analiza ekonomiczna, filozofia moralności i polityka publiczna*, Copernicus Center Press, Kraków 2017, s. 191.

³⁶ Należy jednak pamiętać, jak wskazują A. Panasiuk i A. Rybak, że co do zasady sektor publiczny zobowiązany jest do realizacji przewidzianych prawem zadań publicznych bez względu na to, czy będzie to działalność rentowna ekonomicznie, czy też przynosząca stratę. Szerzej: A. Panasiuk, A. Rybak, *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, *Studia Prawnicze i Administracyjne*, nr 19 (1), 2017, s. 28.

- Nowicki P., 2017, *Wymóg zatrudnienia na umowę o pracę w realizacji zamówienia publicznego – ak-sjologia oraz aspekty praktyczne*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.
- Olejarz M., 2017, *Rola zrównoważonych zamówień publicznych i praktyka ich wykorzystania*, [w:] M. Stręciwilk, A. Panasiuk (red.), *Funkcjonowanie systemu zamówień publicznych – aktualne problemy i propozycje rozwiązań*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.
- Panasiuk A., Rybak A., 2017, *Zasada VfM w polskim systemie zamówień publicznych*, *Studia Prawnicze i Administracyjne*, nr 19 (1).
- Rachlinski J.J., 2011, *The psychological foundations of behavioral law and economics*, *University of Illinois Law Review*, no. 5.
- Sensoy Ö., DiAngelo R., 2017, *Is Everyone Really Equal? An Introduction to Key Concepts in Social Justice Education*, 2nd ed., Teachers College Press, New York.
- Stiglitz J.E., 2015, *Cena nierówności. W jaki sposób dzisiejsze podziały społeczne zagrażają naszej przyszłości?*, *Krytyka Polityczna*, Warszawa.
- Szostak R., 2016, *Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, [w:] A. Po-wałowski (red.), *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, C.H. Beck, Warszawa.
- Szydło M., 2014, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, C.H. Beck, Warszawa.
- Thaler R.H., 2015, *Misbehaving. The Making of Behavioral Economics*, W.W. Norton & Company, New York – London.
- Wieloński M., 2014, *Europejskie prawo zamówień publicznych jako narzędzie polityki społeczno-go-spodarcej Unii Europejskiej*, Poltext, Warszawa.