

Bożena Borkowska

Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu
e-mail: bozena.borkowska@ue.wroc.pl

NIEDOSKONAŁOŚCI KONTRAKTOWANIA W TRYBIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

IMPERFECTIONS OF CONTRACTING IN PUBLIC PROCUREMENT

DOI: 10.15611/pn.2017.497.17

JEL Classification: D02, K2, L1, L5

Streszczenie: Prawo zamówień publicznych wprowadziło do zamówień publicznych imitację instytucji porządkujących rynek, w związku z tym pojawia się problem skuteczności takiej regulacji w sytuacji, gdy stronami kontraktów zawieranych w trybie zamówień publicznych są podmioty o różnej logice działania. Celem opracowania jest refleksja nad kontraktowaniem w systemie zamówień publicznych w kontekście ekonomicznych koncepcji kontraktów, takich jak: teoria agencji i teoria kosztów transakcyjnych. Z przeprowadzonych rozważań wynika, że niedoskonałości kontraktowania w trybie zamówień publicznych mają podobne źródła jak te, które występują w sektorze prywatnym.

Słowa kluczowe: kontrakty, instytucje, zamówienia publiczne, regulacja.

Summary: Public Procurement Law imposes market imitation orders on the public procurement, and therefore the problem of the effectiveness of such a regulation appears when the parties to the public procurement contracts are entities with different logic. The purpose of this paper is to reflect on contracting in the public procurement system in the context of economic concepts of contracts, such as agency theory and transaction cost theory. It is clear from the considerations that the shortcomings of public procurement contracts are similar to those in the private sector.

Keywords: contracts, institutions, public procurement, regulation.

1. Wstęp

Pomimo nasilającej się od lat 60. XX w. krytyki ekonomii dobrobytu, wysunięte na jej gruncie twierdzenia służą w dalszym ciągu uzasadnianiu roli państwa w gospodarce. W szczególności chodzi o twierdzenie mówiące o rezultatach egoistycznych działań osób, prowadzonych przez niewidzialną rękę, czyli o tym, że równowaga na ryn-

kach doskonale konkurencyjnych zapewnia efektywność gospodarowania w takim znaczeniu, że nie można polepszyć sytuacji dowolnej osoby, nie pogarszając jednocześnie sytuacji kogoś innego. Interpretacja tego twierdzenia nie jest jednoznaczna i stąd jest ono inspiracją dla uzasadnienia różnych aktywności państwa w gospodarce. Według jednej interpretacji, skoro konkurencja prowadzi do efektywnej alokacji zasobów, to państwo powinno skoncentrować się na działaniach polegających na usuwaniu przeszkód w działaniu konkurencji i tworzeniu konkurencyjnych rynków. W taki sposób są uzasadniane m.in.: polityka ochrony konkurencji oraz zapoczątkowana na przełomie lat 70. i 80. XX w. reforma branż infrastrukturalnych i związana z nią regulacja prokonkurencyjna w elektroenergetyce, telekomunikacji, transporcie kolejowym itp. [Bailey 1981; Laffont, Tirole 2000, s. 2].

Druga interpretacja twierdzenia ekonomii dobrobytu zwraca uwagę, że zostało ono wyprowadzone z modelu formalnego, wyrażonego w formie zbioru równań i wprowadzającego wiele warunków niemożliwych do spełnienia w realnej gospodarce. Taki punkt widzenia prowadzi do koncepcji państwa diagnozującego błąd (zawodności) rynku i korygującego je, co sprzyja wysuwaniu argumentów na rzecz poszerzenia aktywności państwa poza tradycyjnie wskazywane formy interwencji na rynkach, takie jak: dostarczanie dóbr publicznych, ograniczanie negatywnych efektów zewnętrznych czy kontrolowanie monopolu naturalnego.

Dla obydwu omówionych powyżej sposobów uzasadniania regulacyjnej funkcji państwa w gospodarce rynkowej charakterystyczne jest przyjmowanie założenia (zwykle *implicite*), że zawodność to cecha mechanizmu rynkowego, a nie państwa. W konsekwencji niedoskonałość informacji i wysokie koszty transakcyjne, które powodują, że podmioty prywatne nie dążą do realizacji wszystkich korzyści pojawiających się w związku z wymianą rynkową, są pomijane w odniesieniu do zalecanych działań państwa. Prowadzi to do przekonania, że wzrost efektywności gospodarowania może wystąpić w wyniku interwencji państwa, ponieważ jego agencje regulujące rynki są w pełni poinformowane o społecznych korzyściach i kosztach związanych z alokacją różnych dóbr, a kierując się interesem publicznym, podejmują odpowiednie działania korygujące błędy rynku. Taki sposób rozumowania można za Demsetzem [1969] określić jako uleganie „złudzeniu doskonałości” (*nirvana fallacy*) i wydaje się, że można go przypisać systemowi zamówień publicznych w Polsce, biorąc pod uwagę przyjęte rozwiązania prawne i rezultaty ich stosowania. Podejmując próbę uzasadnienia powyższego stwierdzenia, warto ją rozpocząć od źródeł intelektualnych zamówień publicznych jako formy kontraktowania podmiotów sektora publicznego i prywatnego.

2. Idea zamówień publicznych

W ekonomii instytucjonalnej próby wyjaśnianie mechanizmu powstawania i zmiany instytucji – rozumianych jako normy prawne, normy społeczne i mechanizmy ich egzekwowania [North 1993, s. 246-247] – polegają na sięganiu do kontekstu histo-

rycznego dominujących w danym czasie idei, przekonań i ideologii. Uznaje się bowiem, że są one podstawą wyborów dokonywanych przez jednostki, są dla nich składnikiem rozumienia, uczenia się i oceny zmian instytucji. Idee sprzyjają ograniczaniu niepewności, ułatwiają zdefiniowanie problemów i interesów. Za ich pomocą można podsuwać strategie i metody osiągnięcia złożonych celów [Orenstein 2013]. Stąd ideom i przekonaniom przypisuje się zasadnicze znaczenie w wyjaśnianiu różnic instytucjonalnych i w konsekwencji gospodarczych w poszczególnych krajach [Landes 1998].

W odniesieniu do idei jako medium poznania można zauważyć, że uruchamiają one „gry instytucjonalne” prowadzone przez grupy interesu (organizacje) zabiegające o trwanie lub zmianę instytucji. Wynikiem gry są określone regulacje (przepisy prawne) wprowadzane w danym kraju czy grupie państw. Ta zależność wydaje się charakterystyczna dla różnych idei, takich jak np. [Borkowska 2016]:

- Idea trzeźwości, która powstała w USA na początku XIX w. i zrodziła ruch społeczny na rzecz trzeźwości. Ruch ten przyczynił się do wprowadzenia prohibicji w tym kraju na początku XX w.
- Promowana przez Bank Światowy (BŚ) i inne organizacje transnarodowe idea prywatnego konta emerytalnego jako rozwiązania problemu starzenia się społeczeństwa. Prywatyzację emerytur przeprowadzono w 30 krajach i jak dowodzi Orenstein [2013], była ona dziełem zespołów eksperckich i analitycznych, a nie państwa.
- Promowana przez BŚ idea „poprawnej” polityki gospodarczej opartej na zasadach konsensusu waszyngtońskiego, zalecana krajom Ameryki Łacińskiej i krajom transformującej się Europy Środkowo-Wschodniej. Wśród 10 zasad tej polityki znalazły się m.in. liberalizacja rynków finansowych i handlu, prywatyzacja przedsiębiorstw państwowych, wspieranie konkurencji i usuwanie barier wchodzenia na rynki.

Idea zamówień publicznych to kolejna idea upowszechniana przez podmioty transnarodowe, takie jak Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju (OECD) i Światowa Organizacja Handlu (WTO), promujące reformy gospodarcze w duchu neoliberalnym [WTO 2017]. Wysuwając nowy problem stworzenia w skali globalnej konkurencyjnych warunków w dostępie do zamówień rządowych, wspomniane podmioty transnarodowe podjęły w latach 70. XX w. działania zmierzające do budowania koalicji na rzecz wprowadzenia przejrzystych procedur, które sprawią, że działania przedsiębiorstw (także zagranicznych) na rynkach właściwych, na których interweniują krajowe agencje publiczne jako zamawiający dobra i usługi, będą miały charakter uczciwej konkurencji. Rezultatem tych działań jest Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (Government Procurement Agreement – GPA), zawarte w 1994 r., regulujące procedury udzielania zamówień przez rządy tych państw, które przystąpiły do GPA. Porozumienie to było kilkakrotnie renegotjowane, a ostatnia jego wersja weszła w życie w 2014 r. Członkami GPA jest 47 państw, a w odniesieniu do kolejnych 9 krajów trwają procedury, w wyniku których zostaną one stroną tej umowy [WTO 2017].

Warto zauważyć, że dyfuzja idei „urynkowienia” działań administracji publicznej przebiegała równoległe z realizowanymi w wielu krajach programami prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych. Z punktu widzenia reformy administracji publicznej istotne znaczenie miała prywatyzacja przedsiębiorstw z branż infrastrukturalnych, świadczących usługi tzw. użyteczności publicznej. W takim przypadku państwo nie rezygnowało z zabezpieczania dostaw tych usług, lecz czyniło to za pomocą innych narzędzi. Rezygnując z uprawnień właściciela, państwo podjęło rolę:

- regulatora ustalającego reguły działania przedsiębiorstw w formie ustawodawstwa i egzekwującego je,
- strony kontraktów koncesyjnych zawieranych m.in. z operatorami sieci energetycznych i wodociągowych na dostawy odpowiednio: wody i energii¹.

Taka dualna forma uregulowań, związanych z działaniem przedsiębiorstw infrastrukturalnych, nie przynosi jednakowych skutków w różnych krajach. W Wielkiej Brytanii nowe rozwiązania instytucjonalne pobudzają przedsiębiorstwa do inwestowania na tych rynkach oraz umożliwiają dostosowanie reguł ich działania do zmieniających się warunków w otoczeniu przedsiębiorstw. Tymczasem w krajach latynoamerykańskich i karaibskich większość kontraktów koncesyjnych na dostarczanie energii elektrycznej oraz na dostawę wody renegotjowano przeciętnie już po upływie dwóch lat od zawarcia tych umów². Wprawdzie renegotjacje częściej inicjowali operatorzy sieci energetycznej i wodociągowej niż władze publiczne, jednak aktywność obydwu stron umów koncesyjnych wskazuje, że miały one słabe zabezpieczenia instytucjonalne przed oportunistycznym zachowaniem stron transakcji, rozumianym jako podstępne poszukiwanie korzyści za pomocą zniekształcania i ukrywania informacji bądź oszustwa [Williamson 1998, s. 60].

Próbując wyjaśnić omówione powyżej różnice w efektach regulacji branż infrastrukturalnych, warto sięgnąć do wyników badań dotyczących zależności pomiędzy właściwościami ram instytucjonalnych a wiarygodnością państwa jako regulatora rynków i strony kontraktów zawieranych z podmiotami prywatnymi [Levy, Spiller 1994; Spiller, Vogelsang 1996]. Otóż z badań tych wynika, że po pierwsze, wiarygodna i elastyczna regulacja jest możliwa w dojrzałych demokracjach, w których ze względu na moc kultury politycznej oraz niezależne sądownictwo, cieszące się reputacją bezstronnego arbitra w sporach toczonych pomiędzy przedsiębiorstwami i administracją państwową, jednostronna zmiana reguł gry jest trudna do przeprowadzenia. Po drugie, wśród wniosków formułowanych na gruncie tych badań wyłania się i taki, że charakterystyczne dla Wielkiej Brytanii właściwości instytucji publicz-

¹ Koncesjonowanie usług dostarczania wody ma bardzo długą tradycję we Francji, gdzie wykorzystuje się dwa rodzaje kontraktów koncesyjnych. Niektóre władze komunalne udzielają koncesji operatorowi sieci wodociągowej na okres 10 lat i wówczas zachowują jej własność, inne zaś zawierają umowy na 25 lat i wówczas operator sieci jest właścicielem części aktywów zaangażowanych w świadczenie usługi [Armstrong, Cowan, Vickers 1995].

² Dane te pochodzą z wyników badań, w ramach których analizie poddano 1000 umów koncesyjnych, zawartych w latach 1985-2000, w wyniku przeprowadzenia aukcji [Guasch 2004].

nych, takie jak: suwerenny parlament z dwiema silnymi partiami politycznymi, kultura polityczna, silna i profesjonalna władza sądownicza chroniąca kontrakty przed ich naruszeniem przed władze publiczne, silne respektowanie procedur administracyjnych i orzecznictwa sądu, profesjonalna i w dużym stopniu apolityczna biurokracja, sprzyjają wiarygodnej regulacji. Ponadto ramy instytucjonalne o takich właściwościach pozwalają w tym kraju na bezpośrednie negocjacje podmiotów publicznych i firm odnośnie do warunków kontraktu, bez potrzeby formalizacji działania tych podmiotów [Hillman, Braeutigam 1989], a także sprzyjają wykorzystaniu przez administrację rządową instytucji kontraktu w realizacji różnych zadań publicznych.

Ramy instytucjonalne to tylko jeden z czynników mających znaczenie dla przebiegu procesu wymiany i zawieranych w związku z tym kontraktów. Kontraktowy nurt ekonomii, czyli nowa ekonomia instytucjonalna, uchylając szereg założeń ekonomii neoklasycznej, wskazuje na wielość czynników przesądzających o formach kontraktów, procedur ich zawierania i egzekwowania.

3. Kontrakty w teorii ekonomii

W ekonomii pojęcie kontraktu jest używane w znaczeniu umowy, w wyniku której podmioty dokonujące wymiany przyjmują dobrowolnie określone zobowiązania i prawa. Ze względu na złożoność problemów koordynowanych za pomocą kontraktów wyodrębnia się ich różne rodzaje, takie jak np. kontrakty:

- kompletne i niekompletne,
- *implicite* i *explicite*,
- klasyczne i niestandardowe,
- indywidualne i społeczne,
- formalne i nieformalne,
- krótkookresowe i długookresowe.

Z punktu widzenia zagadnienia analizowanego w niniejszym opracowaniu istotne jest zdefiniowanie dwóch pierwszych rodzajów kontraktów. Tak więc przez kontrakt kompletny należy rozumieć umowę, której warunki zostały jednoznacznie sprecyzowane dla wszystkich sytuacji mogących mieć miejsce w trakcie realizacji kontraktu. Zatem kontrakt taki nie wymaga renegotjacji i zostaje zrealizowany zgodnie z uzgodnieniami.

Z kolei kontrakt niekompletny to umowa, która nie jest „domknięta” z powodu nieprzewidywalności i/lub wysokich kosztów rozważenia i uwzględnienia wydarzeń mogących mieć miejsce w związku z daną transakcją. Takie kontrakty zwykle wymagają renegotjacji i ustalenia reguł, w ramach których będą one przeprowadzane. Stąd w odniesieniu do kontraktów niekompletnych używa się pojęcia „kontraktowanie”, rozumianego jako proces składający się z trzech faz [Williamson 1998]:

- fazy poprzedzającej zawarcie umowy, związanej z poszukiwaniem informacji o produktach, cenach, kontrahentach,

- fazy formowania warunków umowy obejmującej negocjacje,
- fazy kontrolowania i egzekwowania warunków umowy.

W ekonomii neoklasycznej przyjmuje się, że kontrakty są kompletne. Ma to ścisły związek z przyjmowanymi w tym nurcie ekonomii założeniami, którymi są: pewność działania, pełna informacja i zerowe koszty transakcyjne. Natomiast nowa ekonomia instytucjonalna – w szczególności teoria pryncypała i agenta oraz teoria kosztów transakcyjnych – bada sytuacje, w których warunki te nie są spełnione.

Kontraktowanie nie byłoby problemem, gdyby informacja była darmowa i w pełni dostępna dla stron umowy. W rzeczywistości informacja kosztuje i może być dystrybuowana asymetrycznie wśród kontrahentów. Ma to szczególne znaczenie, gdy działania jednej ze stron kontraktu (agenta) nie mogą być obserwowane przez drugą stronę (pryncypała). Nie jest konieczne w każdym przypadku, aby działanie agenta, jego wysiłek był możliwy do zaobserwowania. Jeżeli na przykład obydwie strony znają rezultaty działania agenta i jeżeli pomiędzy wysiłkiem agenta a wynikiem jego działania istnieje związek przyczynowo-skutkowy, wówczas kontrakt zawierający specyfikację wymaganych rezultatów będzie zbliżony do kontraktu kompletnego: albo agent osiągnie ustalone rezultaty w wyniku podjętych działań i otrzyma uzgodnioną zapłatę, albo nie. Jako przykład takiego kontraktu można podać umowę, którą zawarłam z ogrodnikiem. W jej ramach ustaliliśmy, że w zamian za skoszenie trawy i jej wywóz z mojego ogrodu ogrodnik otrzyma określone wynagrodzenie. W takim przypadku nie ma potrzeby, abym obserwowała jego działania. Efekty pracy ogrodnika są dla mnie łatwe do sprawdzenia po niskim koszcie.

Większe trudności powstają wtedy, gdy nie występuje prosty związek przyczynowo-skutkowy pomiędzy działaniem agenta i rezultatem, gdy rezultaty mogą w jakimś stopniu zależeć od nieprzewidywalnych czynników zewnętrznych. Jeśli ponadto stany otoczenia są nieobserwowalne bądź trudne do zweryfikowania po niskim koszcie przez sąd, to zostanie zawarty kontrakt, który będzie realizowany w warunkach ukrytych działań agenta i ukrywania informacji [Arrow 1986]. W zależności od rynku ukryte działania mogą przyjąć formę oportunistycznego postkontraktowego lub pokusy nadużycia. Oportunizm może polegać na nierzetelnym wykonaniu postanowień kontraktu i w ten sposób przejęciu części renty strony mniej poinformowanej. Natomiast pokusa nadużycia (*moral hazard*), występująca na rynkach finansowych, oznacza podejmowanie bardziej ryzykownych działań w związku z uzyskaniem zabezpieczeń przed poniesieniem pełnej odpowiedzialności za te działania. Typowym przykładem pokusy nadużycia jest mniejsza dbałość osoby o samochód lub dom w związku z ubezpieczeniem tych dóbr.

Z ukrywaniem informacji i jej asymetrycznym rozkładem pomiędzy strony transakcji wiąże się zjawisko negatywnej selekcji. Polega ona na wypieraniu z rynku dóbr o wyższej jakości przez dobra o gorszej jakości. Negatywna selekcja może także dotyczyć osób czy firm. Na rynku ubezpieczeń może ona polegać na wycofywaniu się z niego osób o dobrym zdrowiu ze względu na wysokie stawki ubezpieczeń powodowane uleganiem pokusie nadużycia przez osoby o wyższej skłonności do

ryzyka. W zamówieniach publicznych negatywna selekcja może wystąpić w przetargach, w których jedynym kryterium wyboru oferty jest cena, a przedmiotem zamówienia jest dobro niejednorodne lub usługa o zróżnicowanej jakości. Zagadnienie to zostanie omówione w dalszej części niniejszego opracowania, a tymczasem warto zauważyć, że kontrakty niekompletne są także przedmiotem analizy w teorii kosztów transakcyjnych [Williamson 1985].

W odróżnieniu od ekonomii neoklasycznej nowa ekonomia instytucjonalna zakłada, że rynek jest jedną z kilku instytucjonalnych form koordynacji transakcji. Według Williamsona [1985, s. 15], z punktu widzenia oszczędności kosztów transakcyjnych, za rozwiązania alternatywne należy uznać: rynek, przedsiębiorstwo i długookresowe kontrakty dwustronne. W związku z tym pojawia się pytanie o czynniki, które determinują wybór jednej z tych form koordynacji transakcji przy założeniu, że stronom kontraktu zależy na minimalizacji kosztów transakcyjnych (kosztów kontraktowania). Williamson wyodrębnił dwie grupy takich czynników:

- czynniki dotyczące natury osób zawierających kontrakty,
- czynniki związane z właściwościami transakcji.

Zdaniem Williamsona osoby gospodarujące cechuje ograniczona racjonalność oraz wspomniana wcześniej skłonność do oportunistów. Ograniczona racjonalność oznacza, że ze względu na ograniczoną zdolność zebrania i przetworzenia informacji człowiek nie bierze pod uwagę wszystkich obiektywnych zależności i pozostaje pod wpływem subiektywnych ograniczeń informacyjnych. Ograniczona racjonalność powoduje zatem, że rozważenie i uwzględnienie w kontrakcie wielu różnych wydarzeń, które mogą się pojawić w związku z daną transakcją, wymaga poniesienia kosztów. Powiększają one koszty *ex ante*, poprzedzające zawarcie umowy, które mogą się okazać tak wysokie, że strony transakcji zdecydują się na kontrakt niekompletny. To z kolei powoduje, że uczestnicy transakcji poniosą także koszty *ex post*, gdy w związku z wystąpieniem nieprzewidzianych, a zatem i nieuwzględnionych w kontrakcie, wydarzeń konieczne stają się renegecje warunków umowy. W ten sposób dochodzimy do drugiego założenia behawioralnego, wprowadzonego przez Williamsona – oportunistów.

Oportunizm może się okazać działaniem strategicznym, mającym na celu maksymalizację własnych korzyści przy ograniczaniu i zniekształcaniu informacji niezbędnych do podjęcia decyzji przez drugą stronę transakcji. Szczególnie gdy dochodzi do renegecji warunków niekompletnego kontraktu, pojawia się pokusa niedotrzymania uzgodnionych wcześniej warunków umowy lub wprowadzenia takich zmian, które pozwolą zwiększyć korzyści kosztem drugiej strony transakcji. Powiększa to koszty *ex post* związane z uzyskaniem dodatkowych informacji, negocjowaniem nowych warunków kontraktu i monitorowaniem jej przebiegu. Oportunizm powoduje, że rosną także koszty transakcyjne *ex ante*, gdy strony umowy, próbując zabezpieczyć się przed oportunistami, wprowadzą jakieś formy gwarancji wykonania kontraktu bądź utworzą określone struktury służące rozwiązywaniu sporów.

Ograniczona racjonalność i oportunizm nie mają w zasadzie znaczenia w kontraktach kompletnych. Istotne znaczenie mają zatem nie tylko cechy osób zawierających umowy, ale także właściwości transakcji, takie jak: niepewność i specyficzność przedmiotu transakcji (zasobów zaangażowanych w transakcję). Poza niepewnością behawioralną, powodowaną działaniami oportunistycznymi, transakcjom towarzyszy niepewność losowa, wynikająca ze złożoności otoczenia, w jakim działają strony umowy, powodująca nieprzewidywalność przyszłych zdarzeń. Ma to istotne znaczenie dla kontraktów, których realizacja jest rozłożona w czasie.

Specyficzność przedmiotu transakcji czy zasobów zaangażowanych w transakcję jest ustalana z punktu widzenia ich alternatywnego zastosowania. Im mniejszy koszt alternatywny, tym wyższy poziom specyficzności dobra i tym większa współzależność stron transakcji, jak na przykład w przypadku inwestycji w kapitał rzeczowy, zrealizowanej na rzecz określonego nabywcy. Wysoka specyficzność dóbr stwarza warunki do oportunistycznych działań i wzrostu kosztów transakcyjnych. Jeśli zatem strony transakcji będą dążyć do obniżenia tych kosztów, to zdaniem Williamsona, transakcje, których przedmiotem są dobra wysoce specyficzne lub ich realizacja wymaga zaangażowania specyficznych zasobów, będą wyłączone z rynku i realizowane w ramach kontraktów relacyjnych (długookresowych umów) lub w ramach jednego przedsiębiorstwa.

Koncepcja kosztów transakcyjnych powstała w celu wyjaśnienia różnych form koordynacji transakcji realizowanych między przedsiębiorstwami. Wydaje się, że za pomocą wprowadzonych w niej oraz w teorii agencji pojęć i narzędzi można poddać analizie problemy związane z kontraktowaniem w ramach zamówień publicznych.

4. Kontraktowanie w zamówieniach publicznych

Ustawa Prawo zamówień publicznych [Ustawa 2004] jest osobliwym aktem prawnym z następujących powodów.

Po pierwsze, nie określa celu/celów wprowadzenia regulacji, co powoduje, że jest to regulacja niekompletna. Sprzyja to ciągłemu korygowaniu reguł gry w systemie zamówień publicznych i w konsekwencji ograniczaniu przewidywalności i racjonalności działań uczestników systemu. Na marginesie warto zauważyć, że przypisanie ustawie celów ekonomicznych może okazać się zagadnieniem niełatwym. Oto bowiem ekonomiści na zasadzie domniemania przyjmują, że u podstaw systemu zamówień publicznych jest oszczędne i racjonalne wykorzystanie środków publicznych [Majgier 2013, s. 9], efektywność ekonomiczna [UOKiK 2013, s. 9], efektywność cenowa i/lub alokacyjna procedur kontraktowania [Kuśmierczyk 2013, s. 11]. Taki punkt widzenia wydaje się uzasadniony o tyle, o ile efektywność jest kojarzona z uczciwą konkurencją, stanowiącą jedną z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych. Z drugiej strony jednak w ekonomii efektywność jest utożsamiana z konkurencją, która jest nie tylko uczciwa, ale doskonała. Zatem przyjęcie, że celem regulacji zamówień publicznych jest efektywność ekonomiczna

(jej wzrost) może prowadzić do próby konstruowania procedur, w wyniku których zawierane kontrakty miałyby być kompletne, a alokacja zasobów, dokonująca się w wyniku realizacji tych kontraktów, byłaby efektywna. Zresztą próby idące w takim kierunku są widoczne w obowiązujących regulacjach, należy więc zauważyć, że koncentrowanie uwagi na efektywności alokacji zasobów w oderwaniu od słuszności zasad ich podziału może uzasadniać stosowanie różnych form dyskryminacji cenowej, zwłaszcza zaś doskonałej dyskryminacji cenowej. Sprzyjają temu procedury aukcyjne, które umożliwiają zamawiającemu przechwycenie renty drugiej strony transakcji, ale ich skutki mogą być destrukcyjne zarówno dla firm wygrywających aukcję (klątwa zwycięzcy, ang. *winner's curse*), jak i dla rozwoju rynku, na którym państwo interweniuje³.

Po drugie, lektura ustawy pozwala twierdzić, że jej twórcy podjęli próbę zaprojektowania różnych form kontraktowania w systemie zamówień publicznych analogicznie do tych, które ukształtowały się w sektorze prywatnym w zależności rodzaju dóbr mogących być przedmiotem transakcji. Chodzi o rodzaje dóbr różniące się pod względem przejrzystości informacyjnej [Nelson 1970]. Tak więc można przyjąć, że przetargi nieograniczony i ograniczony zostały zaprojektowane dla tzw. *search goods*, czyli dóbr w pełni przejrzystych informacyjnie. Kupujący zna właściwości oferowanych na rynku produktów, może je porównać pod względem użyteczności i wybrać ten, który ma najkorzystniejszą cenę. Na rynkach takich dóbr działania oportunistyczne zagrażają wykluczeniem, koszty transakcyjne są stosunkowo niskie, a konkurencja między producentami ma głównie charakter cenowy. Do dóbr typu *search* można zaliczyć m.in.: meble, naczynia szklane, porcelanę.

Kolejnym rodzajem dóbr, wyróżnianym pod względem przejrzystości informacyjnej dotyczącej ich właściwości, są dobra typu *experience*. Właściwości tych dóbr są trudniejsze do rozpoznania przed zakupem, a więc na tym etapie kontraktowania istnieje asymetria informacji pomiędzy sprzedawcą i nabywcą. Ten drugi poznaje jakość dóbr typu *experience* w trakcie ich użytkowania. Typowe przykłady takich dóbr to samochód, rower, telewizor, sprzęt AGD. Na rynkach tych dóbr ograniczeniu asymetrii informacji i związanych z tym negatywnych zjawisk, takich jak oportunizm i negatywna selekcja, sprzyjają m.in. reputacja, tworzenie marki i etykiety informacyjne przybliżające dobra typu *experience* do *search goods*. Można zatem przyjąć, że dla tego typu dóbr przetarg nieograniczony i ograniczony są właściwymi trybami składania zamówień publicznych, jeśli zamawiający ma sprecyzowane preferencje odnośnie do danego dobra.

³ Trudności pogodzenia różnych celów państwowej regulacji rynków są widoczne m.in. w regulacji branży telekomunikacyjnej. Z jednej strony bowiem regulatorzy tych branż w różnych krajach deklarują politykę prokonkurencyjną, z drugiej zaś przeprowadzają aukcje na rezerwację częstotliwości, w wyniku których sprzedający uzyskują wysokie ceny, co blokuje wejście do branży nowych firm. Obrazują to wyniki aukcji przeprowadzonych w różnych krajach na rezerwację częstotliwości w paśmie 800 MHz, z których wynika, że pasmo to zostało rozdysponowane przede wszystkim wśród firm zasiedziały [MAiC 2014].

Credence goods to rodzaj dóbr o właściwościach nieprzejrzystych informacyjnie. Są to dobra, których właściwości trudno ustalić nawet po ich użyciu. Do tej kategorii dóbr należą m.in. lekarstwa, suplementy diety, produkty zaawansowanych technologii, usługi lekarskie, finansowe i naprawy samochodów. W przypadku tego typu dóbr asymetria informacji naraża kupującego na oportunistyczne działania dostawcy i ryzyko, że zakupi produkt o niskiej jakości po cenie, która nie będzie ekwiwalentna. Ponieważ zjawiska te dotyczą rynków określonych dóbr, to dla ich występowania nie ma znaczenia, czy kupującymi są podmioty prywatne czy publiczne. Można jednak twierdzić, że jeśli kupujący jest profesjonalistą, to możliwości wykorzystania przewagi informacyjnej przez drugą stronę transakcji zostają znacznie ograniczone. Czy zatem outsourcing zamówień publicznych w przypadku zakupów dóbr typu *credence goods* może przynajmniej częściowo złagodzić problemy związane z kontraktowaniem tych dóbr? Odpowiedź na to pytanie wymagałaby pogłębionych badań, tymczasem należy przypuszczać, że skoro przetarg nieograniczony jest trybem dominującym w zamówieniach publicznych w Polsce, a cena jest dominującym kryterium oceny ofert [UOKiK 2013], to w takim trybie zawierane były transakcje, których przedmiotem były *credence goods*. Oznacza to, że kupujący rezygnowali z jakościowych kryteriów oceny ofert, dialogu konkurencyjnego czy negocjacji, gdyż dla podmiotów nieprofesjonalnych wprowadzenie takich kryteriów wiązałoby się z koniecznością poniesienia wysokich kosztów pozyskania informacji o przedmiocie transakcji. W rezultacie w zamówieniach takich mamy prawdopodobnie do czynienia z negatywną selekcją. I chociaż skala tego zjawiska nie jest znana, to wstępne badania [Majgier 2013] pozwalają wysunąć hipotezę, że selekcja negatywna może występować w zamówieniach na usługi, których świadczenie wymaga zaangażowania specyficznych zasobów. Wydaje się, że w kwestii tej nie zmieni nic wprowadzony niedawno zapis ustawowy: waga ceny przy ocenie ofert nie może być większa niż 60%. Nieprofesjonalni zamawiający dostosują się do nowej regulacji, wprowadzając pozajakościowe kryteria, takie jak: termin płatności, okres gwarancji, termin dostawy itp. [Libront, Kittel, Krzyżanowski 2016].

Kończąc rozważania na temat kontraktowania w ramach zamówień publicznych, warto odnieść się do jeszcze jednej instytucji wprowadzonej w ramach ostatniej nowelizacji ustawy Prawo zamówień publicznych. Chodzi o art. 20a, który zobowiązuje zamawiających roboty budowlane lub usługi o wartości równej lub przekraczającej 1 000 000 euro do powołania zespołu monitorującego wykonanie zamówienia. Podniesie to koszty transakcyjne ponoszone przez pryncypała w związku z kontrolowaniem przebiegu realizacji zamówienia przez agenta. Może to zabezpieczyć pryncypała przed oportunistycznym agentem i zapobiec kosztom egzekwowania warunków kontraktu w razie ich niespełnienia. Jednak i w tym przypadku pojawia się pytanie, czy taki monitoring będzie skuteczny, jeśli jego przedmiotem będą dobra i usługi o wysokiej specyficzności, a zespół monitorujący będą tworzyły osoby nieprofesjonalne?

5. Zakończenie

Dokumenty WTO, unijne i polskie regulacje dotyczące zamówień publicznych wskazują wyraźnie, że punktem odniesienia dla reformy działania sektora publicznego stał się sektor prywatny, ale wyidealizowany, a nie rzeczywisty. Stąd koncentrowanie uwagi na aukcjach i przetargach jako mechanizmach potencjalnie konkurencyjnych, w wyniku których może wyłonić się cena uwzględniająca wszystkie informacje, co oznaczałoby, że kontraktowanie w trybie zamówień publicznych ma miejsce na rynkach efektywnych w znaczeniu Famy. Problem jednak w tym, że:

- rynki właściwe, na których udzielane są zamówienia, są rynkami niedoskonale konkurencyjnymi lub zmonopolizowanymi,
- zmowy kilku firm blokują wejście innym w system zamówień publicznych,
- wysoki poziom formalizacji systemu zamówień publicznych oraz wprowadzone zabezpieczenia przed oportunistycznym przedsiębiorstw przystępujących do kontraktowania w tym trybie (np. wadium) powodują, że ze względu na wysokie koszty transakcyjne małe firmy są eliminowane z systemu zamówień publicznych,
- dla przedsiębiorstw o specyficznych aktywach wysokie ryzyko regulacyjne może zniechęcać do wchodzenia w zamówienia publiczne,
- system zamówień publicznych stwarza okazje do działań oportunistycznych nie tylko po stronie podmiotów prywatnych, ale także po stronie podmiotów publicznych [Zamówienia *in-house* 2017].

Wprowadzenie instytucji porządkujących rynek do zamówień publicznych budzi wątpliwości odnośnie do ich skuteczności przede wszystkim dlatego, że w grę wchodzi kontrakty zawierane przez podmioty o różnej logice działania. Jeśli podmiotom prywatnym i publicznym przypisać interesowność w działaniu, to istotne okazują się normy zachowań. Można zatem przyjąć, że jeśli oportunizm stron transakcji jest ograniczany za pomocą norm społecznych oraz profesjonalnej i apolitycznej administracji, to prawne zabezpieczenia kontraktów w zamówieniach publicznych nie muszą prowadzić do silnej formalizacji procedur regulacji. Ma to istotne znaczenie z punktu widzenia efektywności regulacji, ponieważ niższy poziom formalizacji procesu kontraktowania oznacza nie tylko niższe koszty zabezpieczeń, ale także możliwość dostosowania stron transakcji do zmieniających się warunków otoczenia. Polski ustawodawca założył, że w naszym kraju konieczna jest formalizacja procedur w zamówieniach publicznych. Można zatem twierdzić, że problem regulacji zamówień publicznych to problem różnych rozwiązań instytucjonalnych, zakładających różne właściwości dóbr będących przedmiotem transakcji i procedury kontraktowania oraz normy zachowań uczestników transakcji.

Literatura

- Armstrong M., Cowan S., Vickers J., 1995, *Regulatory Reform: Economic Analysis and British Experience*, The MIT Press, Cambridge.
- Arrow K.J., 1986, *Agency and the Market*, [w:] *Handbook of Mathematical Economics*, North Holland, Amsterdam.
- Bailey E.E., 1981, *Contestability and the design of regulatory and antitrust policy*, *American Economic Review*, vol. 72, no. 2.
- Borkowska B., 2016, *Idee, organizacje i instytucje*, [w:] S. Rudolf (red.), *Nowa ekonomia instytucjonalna a nauki o zarządzaniu*, Prace Naukowe Wyższej Szkoły Bankowej w Gdańsku, nr 48.
- Demsetz H., 1969, *Information and efficiency: another view point*, *Journal of Law and Economics*, no. 12.
- Guasch J.L., 2004, *Granting and Renegotiating Infrastructure Concessions: Doing It Right*, World Bank, Washington (D.C.).
- Hillman J.J., Braeutigam R.R., 1989, *Price Level Regulation for Diversified Public Utilities*, Kluwer Academic Publisher, Dordrecht.
- Kuśmierczyk P., 2013, *Efektywność odwrotnych mechanizmów aukcyjnych*, Wydawnictwo Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu, Wrocław.
- Laffont J.J., Tirole J., 2000, *Competition in Telecommunications*, The MIT Press, Cambridge.
- Landes D.S., 1998, *The Wealth and Poverty of Nations: Why Some Are Rich and Others Are So Poor*, W.W. Norton & Co., New York.
- Levy B., Spiller P.T., 1994, *The institutional foundations of regulatory commitment: A comparative analysis of telecommunications regulation*, *Journal of Law, Economics and Organization*, vol. 10, no. 2.
- Libront K., Kittel M., Krzyżanowski T., 2016, *Nowelizacja wprowadziła odpowiednie instrumenty, do zamawiających należy ich wykorzystanie*, *Dziennik Gazeta Prawna*, nr 230.
- MAiC, Departament Telekomunikacji, 2014, *Efektywne wykorzystanie pasma 800 MHz dla zapewnienia szerokopasmowego dostępu do Internetu w Polsce*, Warszawa.
- Majgier A., 2013, *Negatywna selekcja w zamówieniach publicznych na usługi*, praca doktorska, Uniwersytet Ekonomiczny we Wrocławiu, Wrocław.
- Nelson P., 1970, *Information and consumer behaviour*, *Journal of Political Economy*, no. 78.
- North D.C., 1993, *Institutions and Economic Performance*, [w:] U. Mäki, B. Gustafsson, Ch. Knudsen (eds.), *Rationality, Institutions and Economic Methodology*, Routledge, London – New York.
- Orenstein M.A., 2013, *Prywatyzacja emerytur*, Polskie Towarzystwo Ekonomiczne, Warszawa.
- Spiller P.T., Vogelsang L., 1996, *The United Kingdom: A pacesetter in regulatory incentives*, [w:] B. Levy, P.T. Spiller (eds.), *Regulations, Institutions, and Commitment. Comparative Studies of Telecommunications*, Cambridge University Press, Cambridge.
- UOKiK, 2013, *Raport. System zamówień publicznych a rozwój konkurencji w gospodarce*, Warszawa.
- Ustawa z dnia 29 stycznia 2004, *Prawo zamówień publicznych*, tekst ujednolicony.
- Williamson O.E., 1985, *The Economic Institutions of Capitalism*, Free Press, New York – London.
- Williamson O.E., 1998, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu*, Wydawnictwo Naukowe PWN, Warszawa.
- WTO, 2017, <https://www.wto.org/english> (15.06.2017).
- Zamówienia in-house, 2017, *Rugowanie konkurencji, metoda „na wnuczka”*, *Dziennik Gazeta Prawna*, nr 80.