

Aldona Piotrowska

Katedra Prawa Publicznego

Uniwersytet Ekonomiczny w Krakowie

Funkcje zamówień publicznych – organ administracji jako „inteligentny klient”

Streszczenie

Funkcje administracji są szczególnego rodzaju systemem, który ma spełniać kreatywną rolę w ramach stosunków społecznych. Zmiana spojrzenia na funkcje państwa sprawiła, że zamówienia publiczne mogą pełnić różne funkcje. Analizując normy prawne, orzecznictwo oraz zalecenia KE, można wskazać następujące funkcje zamówień publicznych: ekonomiczną (zamówienia służą racjonalnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych), społeczną (zamówienia służą realizacji celów społecznych – tzw. zamówienia społeczne – oraz kształtują społeczeństwo obywatelskie), proekologiczną (zamówienia służą realizacji celów ekologicznych), innowacyjną (zamówienia służą realizacji celów proinnowacyjnych, zwłaszcza zamówienia przedkomercyjne). Zamówienia publiczne realizują cel optymalnego wydatkowania środków publicznych. Aby tak się stało, administracja winna działać jak „inteligentny klient”, wykorzystując różne funkcje zamówień publicznych.

Słowa kluczowe: zamówienie publiczne, funkcje administracji, „inteligentny klient”, środki publiczne.

1. Wprowadzenie

Przemiany gospodarcze i społeczne w ostatnich latach dały asumpt do zmiany podejścia do samej administracji i jej roli we współczesnym świecie. Państwo winno wpływać na życie gospodarcze i społeczne. Wskazuje się, że współczesną

administrację powinna cechować innowacyjność i umiejętność szybkiego przystosowania się do zmian rynkowych. Państwo ma stwarzać warunki do włączania podmiotów niepublicznych do realizacji zadań publicznych, by poprzez współdziałanie dochodzić do optymalnych rozstrzygnięć w sprawach publicznych [Chridu-Budnik i in. 2009, s. 485–496]. Proces ten dokonuje się w dużej mierze dzięki instrumentom, jakie zapewnia administracji system zamówień publicznych.

Pojawiające się koncepcje o nowej roli administracji wskazują na swoiste rozumienie idei subsydiarności, która winna prowadzić do deregulacji w postaci powierzenia zadań publicznych podmiotom niepublicznym bez pomniejszania odpowiedzialności państwa za ich właściwą realizację [Izdebski i Supernat 2007, s. 57 i nast.]. Z drugiej strony rozrost zadań publicznych oraz oczekiwanie większej aktywności państwa w przekształcaniu rzeczywistości w pożądanym przez społeczeństwo kierunku powodują konieczność nowego spojrzenia na instrumenty, jakimi dysponuje państwo, oraz analizę ich roli w twórczym przekształcaniu tej rzeczywistości, a zwłaszcza kształtowaniu właściwych postaw obywateli i przedsiębiorców. Administracja publiczna ma nie tyle sprawować wykonawczą funkcję państwa, ile działać na rzecz dobra wspólnego poprzez oddziaływanie na rozwój lokalny [Niewiadomski 2011, s. 127].

System zamówień publicznych przewiduje szereg instrumentów, które dają możliwość działania administracji na rzecz dobra wspólnego w aspekcie innowacyjnym, ekologicznym czy społecznym w celu stymulacji gospodarki w pożądanym przez organy administracji kierunku, w tym przede wszystkim wdrażania zasad zrównoważonego rozwoju oraz zasad wspólnego rynku. Zamówienia publiczne mogą być instrumentem realizacji celów polityki publicznej, rozumianych jako „swoiste narzędzia optymalizacji skuteczności administracji publicznej, co wskazuje na konieczność uwzględniania wytycznych wskazanych w treści polityki publicznej w trakcie orzekania przez dany organ” [Izdebski i Kulesza 2004, s. 13]. Podstawowym celem systemu zamówień publicznych jest wprowadzenie mechanizmów sprzyjających racjonalnemu społecznie i efektywnemu ekonomicznie wydatkowaniu środków publicznych [Panasiuk 2007, s. 43 i nast.].

2. Funkcje zamówień publicznych

Zmiana spojrzenia na funkcje zamówień publicznych jest niewątpliwie związana z przeobrażeniem funkcji państwa w ogóle i koniecznością sprostania nowym wyzwaniom – zjawiskom takim, jak komputeryzacja, globalizacja, europeizacja czy postęp techniczny. Efektywne wykorzystywanie środków publicznych nie oznacza bowiem tylko uzyskiwania towarów czy usług po jak najniższej cenie. Organ administracji, jako zamawiający, winien zachowywać się jak „inteligentny

klient”, tzn. dokonując wyboru wykonawcy, jak i trybu, w którym należy go wyłonić, winien wziąć pod uwagę wiele czynników, w tym długofalowe efekty realizacji zadania publicznego w określony sposób.

Normy tworzące system zamówień publicznych mają charakter nietrwały, ofensywny, mają bowiem spełniać kreatywną rolę w ramach stosunków społecznych. Racjonalny ustawodawca (polski i europejski) dąży, na płaszczyźnie regulowania stosunków społecznych i przy wykorzystaniu norm prawa publicznego oraz prywatnego w obszarze zamówień publicznych, do osiągnięcia w najwyższym stopniu z góry przyjętych doniosłych stanów z perspektywy dobra wspólnego [*Funkcje administracji...* 2006, s. 42–43]. Dobro to ze względu na członkostwo w Unii Europejskiej nie ma jednolitego waloru [Cira, Sitek i Szpringer 2000, s. 220 i nast.]. Funkcje administracji są szczególnego rodzaju systemem składającym się z określonych komponentów, który ma spełnić kreatywną rolę wobec stosunków gospodarczych [*Funkcje administracji...* 2006, s. 52] czy szerzej – stosunków społecznych. Analizując normy prawne, orzecznictwo oraz zalecenia KE, można wskazać następujące funkcje¹ zamówień publicznych:

- ekonomiczną – zamówienia służą racjonalnemu i efektywnemu wydatkowaniu środków publicznych,
- społeczną – zamówienia służą realizacji celów społecznych (tzw. zamówienia społeczne) oraz kształtują społeczeństwo obywatelskie,
- proekologiczną – zamówienia służą realizacji celów ekologicznych,
- innowacyjną – zamówienia służą realizacji celów proinnowacyjnych (zwłaszcza zamówienia przedkomercyjne).

Tradycyjnie zamówieniom publicznym przypisywana była funkcja ekonomiczna. Specyficzny system norm prawnych ograniczający swobodę kontraktowania zamawiających miał się przyczynić do ekonomicznego, czyli racjonalnego wydatkowania środków publicznych, przy zachowaniu przejrzystości działania podmiotów publicznych. Zmiana spojrzenia na funkcje państwa spowodowała, że zamówienia publiczne mogą pełnić także funkcje społeczną, proekologiczną i proinnowacyjną.

3. Funkcja społeczna zamówień publicznych

Ze względu na ustrojową zasadę legalizmu działania podmiotów publicznych punktem wyjścia niniejszych rozważań jest pogląd o wpływie porządku prawnego

¹ W opracowaniu używa się pojęcia funkcji w znaczeniu wskazanym przez Z. Ziemińskiego – funkcja określa skutki pewnych zachowań. Spełnianie funkcji sprowadza się do powodowania określonych stanów rzeczy. „To zespół następstw, skutków społecznych, wywołanych przez działania określonej instytucji” [Ziemiński 1987, s. 7, 17–18, 21–22].

na kreowanie i wykonywanie funkcji administracji [Wyrzykowski 2006, s. 233]. Dobrze zarządzany system zamówień wpływa pośrednio na wzrost zaufania społecznego do organów administracji w kwestii wydatkowania środków publicznych, stąd można stwierdzić, że zamówienia publiczne pełnią szereg funkcji w polityce sektora publicznego [Panasiuk 2011, s. 133]. Zamówienia publiczne są jednym z instrumentów, który pozwala na włączanie podmiotów niepublicznych do realizacji zadań publicznych, co sprzyja kształtowaniu społeczeństwa obywatelskiego. Zlecanie zadań podmiotom niepublicznym i prywatyzacja wpływa na zmianę modelu administracji opartej na w miarę jednolitym aparacie administracji publicznej na model oparty na zasadzie pluralizmu organizacyjnego [Stahl 2011, s. 94]. Z drugiej strony z zasady samorządności wynika, że „nie można wymuszać prawem zamówień publicznych prywatyzacji usług służących zaspokojeniu potrzeb interesu ogólnego” [Opinia rzecznika generalnego... 2005]. Oznacza to, że choć wykonywanie funkcji administracji jest powinnością publiczną [Kiczka 2006, s. 55], wybór sposobu, w jaki te funkcje będą wykonywane, co od zasady należy do organu administracji w granicach jego samodzielności. Organ administracji może posłużyć się formą zamówień społecznych, ale nie musi, przy czym jeśli istnieją przesłanki posłużenia się tą formą realizacji zadania, to organ powinien rozważyć jej wykorzystanie.

Ideę uwzględniania w zamówieniach publicznych aspektów społecznych na szczeblu UE kształtują przede wszystkim: Komunikat Komisji dotyczący ustawodawstwa Wspólnoty w dziedzinie zamówień publicznych oraz możliwości zintegrowanego społecznego podejścia do zamówień – COM (2001) 566 oraz Komunikat Komisji Europejskiej „Odnowiona agenda społeczna: możliwości, dostęp i solidarność w Europie XXI wieku” – COM (2008) 412 (dostępne na stronie <http://ec.europa.eu>). W tym ostatnim podkreślono, że zachodzące zmiany społeczno-gospodarcze skłaniają do podjęcia działań mających na celu promowanie równości płci, zwalczania różnego rodzaju dyskryminacji oraz wykluczenia społecznego, a także poprawę warunków pracy. Ponadto w preambule Dyrektywy 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (dalej: dyrektywa 2004/18/WE) wskazano, że zatrudnienie i praca stanowią główne elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa.

Zamówienia społeczne wiążą się z wprowadzeniem do procedury udzielania zamówień publicznych elementów społecznych, dzięki czemu podmiot wykonujący zadanie publiczne będzie jednocześnie realizował dwa cele: cel społeczny, np. zaangażowanie do pracy osób długotrwale bezrobotnych, i cel „podstawowy”, np. budowę lokali socjalnych czy termomodernizację budynku. Jeżeli jest to możliwe, instytucje zamawiające powinny określić specyfikacje techniczne

tak, aby uwzględnić kryteria dostępności budynku dla osób niepełnosprawnych lub przeznaczenie dla wszystkich użytkowników. Zgodnie z art. 19 dyrektywy 2004/18/WE istnieje możliwość zastrzeżenia prawa udziału w procedurach udzielania zamówień publicznych zakładom pracy chronionej lub możliwość realizacji takich zamówień w ramach programów pracy chronionej, gdzie większość zaangażowanych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne, które ze względu na charakter lub stopień swojej niepełnosprawności nie mogą wykonywać pracy w normalnych warunkach. Ogłoszenie o zamówieniu powinno zawierać odniesienie do tego zapisu.

Na uwzględnienie w zamówieniach publicznych aspektów społecznych wskazuje także art. 26 dyrektywy 2004/18/WE, który stanowi: „Instytucje zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem, że są one zgodne z przepisami prawnymi Wspólnoty oraz zostały wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach. Warunki realizacji zamówienia mogą dotyczyć w szczególności względów społecznych i środowiskowych”.

Szczególnym rodzajem zamówień publicznych są zamówienia udzielane podmiotom ekonomii społecznej², które łączą aspekt gospodarczy z aspektem społecznym. O udzielenie zamówienia mogą się jednak ubiegać tylko te podmioty ekonomii społecznej, które prowadzą działalność gospodarczą. Korzyści wynikające ze zlecenia zadań w trybie określonym w ustawie „Prawo zamówień publicznych” [Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. ...] (dalej: p.z.p.) są dwojakiego rodzaju: z jednej strony organ administracji realizuje swoje zadania poprzez zaspokajanie potrzeb, z drugiej strony zlecenie zadań podmiotom ekonomii społecznej stanowi formę wsparcia dla osób wykluczonych społecznie.

Polski ustawodawca, implementując ww. dyrektywę, wprowadził w art. 22 ust. 2 p.z.p. dopuszczalność zastosowania kryterium społecznego: „zamawiający może zastrzec w ogłoszeniu o zamówieniu, że o udzielenie zamówienia mogą ubiegać się wyłącznie wykonawcy, u których ponad 50% zatrudnionych pracowników stanowią osoby niepełnosprawne w rozumieniu przepisów o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych lub właściwych przepisów państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego”. Kryterium takie może być wprowadzone na mocy art. 29 ust. 4 p.z.p. do opisu przedmiotu zamówienia: „Zamawiający może określić wymagania związane z realizacją zamówienia, dotyczące:

² Ekonomia społeczna zakłada, że działania na rzecz ludzi mają pierwszeństwo przed maksymalizacją zysku. W programie operacyjnym Narodowy plan rozwoju na lata 2007–2013 (NPR) stwierdzono, że ekonomia społeczna stanowi pomost pozwalający na połączenie integracji społecznej i aktywności obywatelskiej. W NPR w obszarze pomocy społecznej „wsparcie infrastruktury trzeciego sektora oraz promowanie dialogu obywatelskiego” nadano sektorowi pozarządowemu priorytetowe znaczenie.

1) zatrudnienia osób:

a) bezrobotnych lub młodocianych w celu przygotowania zawodowego, o których mowa w przepisach o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy,

b) niepełnosprawnych, o których mowa w przepisach o rehabilitacji zawodowej i społecznej oraz zatrudnianiu osób niepełnosprawnych,

c) innych niż określone w lit. a lub b, o których mowa w przepisach o zatrudnieniu socjalnym

– lub we właściwych przepisach państw członkowskich Unii Europejskiej lub Europejskiego Obszaru Gospodarczego;

2) utworzenia funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy, w którym wpłaty pracodawców stanowić będą co najmniej czterokrotność najniższej wpłaty określonej w tych przepisach;

3) zwiększenia wpłat pracodawców na rzecz funduszu szkoleniowego, w rozumieniu przepisów o promocji zatrudnienia i instytucjach rynku pracy”.

Zamówienia społeczne mają szczególny charakter w kontekście stosowania zasad konkurencji. Zgodnie z komunikatem KE nr (2001) 566 zadania publiczne w prawie europejskim można podzielić na dwie kategorie: usługi świadczone w ogólnym interesie gospodarczym oraz usługi niemające charakteru gospodarczego świadczone w interesie ogólnym, w tym usługi socjalne. KE wskazała, że świadczenie i organizacja usług w pierwszej kategorii podlega regułom rynku wewnętrznego, w tym zasadom konkurencji, ze względu na ich gospodarczy charakter. W drugim przypadku natomiast ze względu na społeczny charakter usług podlegają one regułom rynku w ograniczonym zakresie.

4. Funkcja proekologiczna zamówień publicznych

Zamówienia publiczne są jednym z tych obszarów działań administracji, które w szczególny sposób mogą przyczynić się do zwiększenia działań na rzecz poprawy środowiska naturalnego. W Zielonej księdze w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększania skuteczności europejskiego rynku zamówień z dnia 27 stycznia 2011 r. podkreślono, że jednym z priorytetów, które winny być realizowane za pomocą zamówień publicznych, jest zrównoważony rozwój, rozumiany jako wspieranie gospodarki efektywnie korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i konkurencyjnej (mając na względzie wytyczne wskazane w strategii Europa 2020 [Komunikat Komisji z dnia 3 marca 2010 r. ...])³. Wymogi środowiskowe lub

³ W strategii Europa 2020 wskazuje się na trzy powiązane ze sobą priorytety, spośród których dwa pierwsze obejmują innowację i zrównoważony rozwój: 1) rozwój inteligentny: rozwój gospodarki opartej na wiedzy i innowacji, 2) rozwój zrównoważony: wspieranie gospodarki efektywniej

wymogi w zakresie innowacyjności mogą być wskazane na etapie sporządzania specyfikacji technicznych lub opracowywania kryteriów kwalifikacji udzielenia zamówienia lub wprowadzania klauzul dotyczących realizacji zamówienia. Szczególne miejsce zajmują tu zielone zamówienia publiczne (*green public procurement* – GPP). Pojęcie GPP jest rozumiane szeroko jako zakup bardziej ekologicznych produktów, ale także zakup mniejszej ilości produktów lub usług [*Ekologiczne zakupy...* 2005].

Zamówienia publiczne to obszar, gdzie szczególną rolę odgrywa planowanie. Plany dotyczące „zazieleniania” zamówień publicznych mają charakter imperatywny (zawierają pożądane przez państwo treści i sprecyzowane cele) oraz imperatywny. Normy zawarte w planach imperatywnych mają dla organów administracji charakter norm wskazujących, czyli określających kierunek i sposób czynienia przez te organy użytku z już przysługujących im ustawowo – ale w myśl zupełnie innych podstaw prawnych – norm kompetencyjnych [Chełmoński 1966, s. 47–48].

Komisja Europejska w komunikacie pt. „Sprawozdanie z realizacji planu działania w dziedzinie technologii środowiskowych w 2004 roku” wezwała państwa członkowskie do sporządzenia planów działań na rzecz ekologicznych zamówień publicznych. Dnia 14 czerwca 2010 r. Rada Ministrów przyjęła Krajowy plan działania (KPDz) w zakresie zrównoważonych zamówień publicznych na lata 2010–2012. Normy zawarte w tym planie wskazują cele, do których organy administracji poprzez wykorzystanie zamówień publicznych winny dążyć. Pomocne w tym względzie dla zamawiających są opracowane przez KE karty produktów w ramach GPP. Zamawiający, przygotowując specyfikację istotnych warunków zamówienia (SIWZ), winien rozważyć celowość zamówienia produktów spełniających podwyższone normy ekologiczne, np. normy EnergyStar (zob. www.eu-energystar.eu). KE proponuje wprowadzenie w zakresie „przedmiotu zakupu” obowiązkowych wymogów lub kryteriów dotyczących cech towarów lub usług, jakie mają zostać dostarczone (np. limity w zakresie zużycia energii i zasobów, substancji szkodliwych dla środowiska, minimalne poziomy recyklingu), bądź wyznaczenie wartości docelowych (np. minimum 60% zakupów publicznych musi być przyjaznych dla środowiska). Jednocześnie wskazuje, że takie działania zostały już podjęte w ramach niektórych regulacji sektorowych:

– zobowiązano instytucje zamawiające do wymagania określonego poziomu efektywności energetycznej na mocy Rozporządzenia (WE) nr 106/2008 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych,

korzystającej z zasobów, bardziej przyjaznej środowisku i bardziej konkurencyjnej, 3) rozwój sprzyjający włączeniu społecznemu: wspieranie gospodarki o wysokim poziomie zatrudnienia, zapewniającej spójność społeczną i terytorialną. Zadaniem każdego państwa członkowskiego jest przełożenie celów unijnych na krajowe cele i odpowiednie metody działania.

– zobowiązano instytucje zamawiające do uwzględniania w swoich decyzjach dotyczących zamówień kwestii zużycia energii lub innych zagadnień związanych z ochroną środowiska na mocy Dyrektywy 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego.

Ponadto KPDz stanowi dla przedsiębiorców wskazówkę o przyszłych i spodziewanych kierunkach i celach działania zamawiających. Organy administracji publicznej mają być wzorem dla pozostałych podmiotów, aby w swoich działaniach uwzględniały one rozwiązania innowacyjne, zwłaszcza ekologiczne (powinny publikować na stronie internetowej zastosowane rozwiązania proekologiczne). Jest to związane z gospodarką rynkową, w której przedsiębiorcy, konkurując między sobą, sami tworzą potrzebę innowacyjności w aspekcie ekologicznym, co sprawia, że proponują oni bardziej zaawansowane technologicznie i ekologiczne usługi lub produkty, przy czym nie zawsze przekłada się to na niższą ich cenę. Zielone zakupy możemy podzielić ze względu na ich konsekwencje finansowe i środowiskowe na dwie grupy [Collection... 2009, s. 27]:

– zakupy prowadzące zarówno do poprawy jakości środowiska naturalnego, jak i efektywności finansowej zamawiającego produkt lub usługę (*win-win effect*),

– zakupy prowadzące do poprawy jakości środowiska naturalnego, przy zwiększonych kosztach poniesionych przez zamawiającego ekologiczny produkt lub usługę w stosunku do produktu nieekologicznego (*win-lose effect*).

Administracja winna odgrywać wzorcową rolę w zakresie efektywności energetycznej poprzez przyjęcie minimalnej liczby środków efektywności energetycznej w ramach zamówień publicznych [Dyrektywa 2009/28/WE..., s. 16; Dyrektywa 2010/31/UE..., s. 13] oraz zamawianie produktów, które należą do najwyższej klasy efektywności energetycznej [Dyrektywa 2010/30/WE..., s. 6].

5. Funkcja proinnowacyjna zamówień publicznych

Kolejną funkcją, którą mogą i powinny realizować zamówienia publiczne, jest funkcja proinnowacyjna. Z zasady zrównoważonego rozwoju zawartej w Konstytucji, jak również priorytetów UE wynikają dyrektywy kierunkowe, które nakładają na organy administracji obowiązek uwzględniania w swoich działaniach innowacyjności. Obowiązek ten może być realizowany zarówno poprzez korzystanie z zamówień przedkomercyjnych, jak i przez zamawianie innowacyjnych produktów i usług już istniejących. W Komunikacie Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. „Więcej badań i innowacji – inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia. Wspólne podejście” z 2005 r. stwierdzono wprost,

że system zamówień publicznych może stanowić ważny instrument sprzyjający innowacjom.

Analiza ekonomiczna barier związanych z realizacją innowacyjnych zamówień wskazuje na problemy natury finansowej (wynalazki są przeważnie kosztowne i ryzykowne, a urzędników obowiązuje dyscyplina finansowa) oraz natury formalnej (jak opisać produkt lub usługę, których jeszcze nie ma na rynku) [Zrobek 2010, s. 210]. Sporządzanie SIWZ czy określanie kryteriów oceny ofert uwzględniających innowacje także jest dużym wyzwaniem wobec dynamicznego postępu technicznego, dlatego stosowanie przewidzianych przez ustawę mechanizmów usprawniających proces postępowania przetargowego staje się koniecznością. Trudno bowiem, by pracownik organu administracji w sposób poprawny sporządził opis przedmiotu zamówienia w każdej dziedzinie techniki bez pomocy eksperta. Odpowiedzią na dynamicznie zmieniającą się rzeczywistość, w której organy administracji muszą funkcjonować jest wprowadzenie do ustawy „Prawo zamówień publicznych” instrumentu dialogu technicznego⁴.

Trybunał Sprawiedliwości jednoznacznie wskazał, że przepisy zamówień publicznych mają na celu swobodny przepływ towarów i usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, czyli urzeczywistnianie zasad wspólnego rynku, znoszenie barier w swobodnym przepływie usług i towarów [Wyrok w sprawie C-220/06 z dnia 18 grudnia 2007 r. ...]⁵. Należy podkreślić, że spójne na poziomie europejskim przepisy dotyczące zamówień publicznych pozwalają na jednolite ukierunkowywanie działań proinnowacyjnych nie tylko w wymiarze krajowym, ale także międzynarodowym. Stosowanie innowacyjnych rozwiązań – nawet gdyby ograniczało się do zamówień krajowych – spowoduje wzrost innowacyjności gospodarki kraju, co przyczyni się także do wzrostu innowacyjności w Europie, czyli na wspólnym rynku. System

⁴ „Dialog techniczny jest instrumentem w rękach podmiotu publicznego, umożliwiającym wykorzystywanie potencjału firm doradczych i konsultingowych, ekspertów oraz naukowców przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, co powinno przyczynić się do korygowania nieścisłości w formułowaniu treści dokumentacji przetargowej” [Panasiuk i Kłoda 2010, s. 23]. Wykorzystanie ekspertów zewnętrznych w celu lepszego przygotowania procesu udzielania zamówień publicznych z wykorzystaniem innowacyjnych rozwiązań może wiązać się z koniecznością wykluczenia tych podmiotów z kręgu potencjalnych wykonawców. Zgodnie z art. 24 ust. 2 p.z.p. w niektórych przypadkach będą oni spełniali przesłankę: „którzy wykonywali bezpośrednio czynności związane z przygotowaniem prowadzonego postępowania lub posługiwali się w celu sporządzenia oferty osobami uczestniczącymi w dokonywaniu tych czynności, chyba że udział tych wykonawców w postępowaniu nie utrudni uczciwej konkurencji”. Zob. [Piotrowska 2011, s. 69 i nast.].

⁵ Z orzeczenia jednocześnie wynika, że do usług zastrzeżonych nie mają zastosowania przepisy zamówień publicznych.

zamówień publicznych przewiduje następujące mechanizmy, które umożliwiają realizację wskazanych celów [Panasiuk 2005, s. 202–203]:

- włączenie do specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ) odpowiednich warunków innowacyjnych, z uwzględnieniem korzyści ekonomicznych lub ekologicznych wynikających z zastosowania innowacji jako kryterium oceny ofert. Art. 91 ust. 2 p.z.p. wskazuje na przykładowe pozacenowe kryteria oceny ofert, takie jak: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji;

- opis przedmiotu zamówienia zawierający aspekty innowacyjne. Zamawiający może żądać od wykonawców podwyższonych parametrów (innowacyjnych), jeśli nie narusza przy tym reguł konkurencji (art. 29 p.z.p.). Zgodnie z art. 30 ust. 6 p.z.p. można opisać przedmiot zamówienia poprzez wskazanie wymagań funkcjonalnych – proinnowacyjnych;

- zastosowanie określonego trybu negocjacyjnego lub opartego na procedurze dialogu. Szczególnym trybem sprzyjającym innowacjom jest tryb dialogu konkurencyjnego, który pozwala na współdziałanie zamawiającego i wykonawcy w opisie przedmiotu zamówienia. Wprowadzenie kryteriów innowacyjnych jest możliwe także w innych trybach, w przypadkach wskazanych w art. 55 ust. 1 pkt 3 p.z.p.;

- wskazanie kryteriów kwalifikacji wykonawców uwzględniających aspekty proinnowacyjne.

Wdrażanie innowacyjnych rozwiązań przez zamawiających sprzyja nie tylko zwiększaniu innowacyjności gospodarki, ale także powoduje poprawę jakości usług, zarówno świadczonych przez organy administracji na rzecz obywateli, jak i świadczonych administracji. Powoduje to zwiększenie racjonalności i efektywności wydatkowania środków publicznych, choć efekty te są dostrzegalne w dłuższej perspektywie. Kierowanie się kryterium najniższej ceny nie zawsze oznacza wybranie najlepszej usługi lub produktu. KE zaleca uwzględnianie przez zamawiających całego cyklu życia produktu, a nie tylko bieżących oszczędności wynikających z zastosowania danego rozwiązania w krótkim okresie czasu oraz poszukiwanie oferty maksymalizującej korzyści (*value for money*)⁶.

Szczególną kategorią, mogącą w istotny sposób służyć zwiększeniu innowacyjności gospodarki, są zamówienia przedkomercyjne dotyczące innowacji technologicznych. Zamawiający zamawia potrzebne mu rozwiązanie, które jednak jeszcze nie istnieje na rynku, co stwarza dylematy w związku ze stosowaniem zasad konkurencji. Wprowadzanie standardów oraz norm europejskich w określaniu przedmiotu zamówienia nie może prowadzić do faktycznego ograniczenia konku-

⁶ To jedna ze wskazanych przez KE dobrych praktyk w zakresie proinnowacyjnych zamówień publicznych – zob. [Przewodnik na temat innowacyjnych rozwiązań... 2007].

rencji – wprowadzanie tak pożądaných elementów innowacyjnych czy proekologicznych mimo dobrych intencji zamawiających może skutkować naruszeniem zasad konkurencji, jak również prowadzić do naruszenia swobody przepływu towarów [Sprawa C-359/93 UNIX... 1995].

Zamówienia przedkomercyjne mogą być realizowane przez organy zamawiające na wszystkich etapach opracowywania i umieszczania nowego produktu czy usługi na rynku, nie tylko w odniesieniu do badań podstawowych. Ze względu na ich szczególny charakter – dotyczą one usług w zakresie badań naukowych i prac rozwojowych oraz świadczenia usług badawczych, które nie są w całości opłacane przez zamawiającego lub których rezultaty nie stanowią wyłącznie jego własności – zostały one wyłączone spod reżimu ustawy „Prawo zamówień publicznych”⁷.

Parlament Europejski w rezolucji wskazał, że „zamówienia przedkomercyjne stanowią niedostatecznie wykorzystywaną siłę napędową wzrostu sterowanego przez innowacje w UE, cechując się znacznym potencjałem w zakresie realizacji łatwo dostępnych usług publicznych wysokiej jakości, np. opieki zdrowotnej czy transportu, a także w zakresie podejmowania wyzwań społecznych, jakimi są zmiana klimatu, zrównoważone źródła energii i starzenie się populacji”⁸. Państwa członkowskie winny promować innowacje poprzez włączanie wszystkich zainteresowanych stron, w tym uniwersytetów, instytutów badawczych i innych organów zajmujących się promowaniem rozwoju gospodarczego, tak aby silniej zaangażować władze publiczne w przedsiębiorczość opartą na innowacyjności. Zdaniem PE zobowiązanie to powinno zostać zawarte w spójnej strategii na rzecz badań naukowych, innowacji i rozwoju. Z kolei w opinii Komitetu Regionów wskazuje się, że „sztywna procedura przetargowa jest główną przeszkodą dla innowacji. Wymóg sprawiedliwego i niedyskryminacyjnego traktowania wynikający z trak-

⁷ Przykładami takiego wyłączenia są programy SBIR w Holandii oraz SBRI w Wielkiej Brytanii (*Small Business Research Initiative*, czyli rządowy program wdrażania innowacyjnych rozwiązań w małych przedsiębiorstwach – zob. www.bis.gov.uk). PCP wymaga jednoznacznej identyfikacji potrzeb rynkowych i propozycji ich rozwiązania. Po wybraniu kilku rozwiązań zamawiający dokonuje wyboru czterostopniowo. W fazie 1 badana jest wykonalność zamówienia. Faza 2 obejmuje badania i rozwój (B+R, R&D – *research & development*), poszukiwanie nowatorskich rozwiązań. Faza 3 to badania i rozwój w procesie przedprodukcyjnym, zaś faza 4 obejmuje wytwarzanie usługi/produktu. Pierwsze trzy fazy mogą następować bez ponownego eliminowania oferentów, a pod koniec fazy 3 nabywca rozpoczyna procedurę zamówienia. Nie ma gwarancji, że oferent sprawdzający się w początkowej fazie B+R ostatecznie dostarczy zamówione usługi/produkty. Korzystne jest samo zdobycie wiedzy, że potencjalnie rozwiązania istnieją. Zaletą tego podejścia jest zmotywowanie i zachęcenie oferentów do podejmowania ryzyka w doskonaleniu dostarczanych usług.

⁸ Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie P6_TA(2009)0037, Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 3 lutego 2009 r. w sprawie zamówień przedkomercyjnych: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie 2008/2139(INI).

tatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską nie powinien być interpretowany w sposób, który w praktyce uniemożliwia przedsiębiorstwom i podmiotom zamawiającym odnoszenie korzyści z wysiłków przedsiębiorstw w zakresie B+R. Z drugiej strony opracowanie wysoce technicznych elementów ogłoszenia o przetargu w celu promowania innowacyjności wymaga szczególnej wiedzy i umiejętności, którymi władze lokalne i regionalne zazwyczaj nie dysponują [Opinia Komitetu Regionów... 2008].

W raporcie opracowanym na zlecenie KE *Creating an Innovative Europe: Report of the Independent Expert Group on R&D and Innovation Appointed Following the Hampton Court Summit and Chair by Mr. Esko Aho* z 2006 r. wskazano, że podstawowym instrumentem kreowania innowacyjności przez system zamówień publicznych jest „inteligentny klient” – zamawiający, który jest świadomy nowych rozwiązań. System zamówień publicznych stwarza możliwość kreowania innowacyjności poprzez zamówienia przedkomercyjne, jak również przez wybór rozwiązań innowacyjnych zamiast „standardowych”. KE wskazuje, że rozwój innowacji jest kluczowy dla realizacji strategii Europa 2020. Usługi innowacyjne są opisywane jako najlepszy sposób na podjęcie walki z takimi współczesnymi wyzwaniami, jak regres gospodarczy, niedostatek zasobów i energii, choroby cywilizacyjne oraz starzenie się społeczeństwa. Wskazuje się, że wzrasta trend wykorzystania znaczenia zamówień publicznych w stymulowaniu aktywności gospodarczej i rozwoju usług innowacyjnych [Zamówienia publiczne... 2012].

6. Podsumowanie

W demokratycznym państwie prawa powinien być realizowany postulat dobrej administracji. Za jeden z elementów konstytutywnych dobrej administracji można uznać wykorzystywanie instrumentów pozwalających uznać ją za administrację inteligentną („inteligentnego klienta”). Do takich narzędzi w obecnym porządku prawnym należy m.in. możliwość wprowadzania do zamówień publicznych kryteriów proekologicznych, proinnowacyjnych i społecznych. Granicą swobody zamawiających w kształtowaniu procesu wyboru wykonawcy czy kontrahenta oraz kształtowania umów o zamówienie publiczne są ogólne zasady udzielania zamówień publicznych oraz publicznoprawny charakter regulacji zawartych w ustawie „Prawo zamówień publicznych”. Zamówienia publiczne mają na celu efektywne wydatkowanie środków publicznych. Funkcje zamówień publicznych są elementem realizacji nadrzędnej funkcji państwa jako „regulatora rozwoju gospodarczego” [Izdębski i Kulesza 1998, s. 99], nazywanej w innych opracowaniach „funkcją wspierania gospodarki (przedsiębiorczości)” [Popowska 2006, s. 69]. Działania administracji powinny być podejmowane w formach, które umożliwiają

w sposób sprawny (prakseologia) wykonywanie (ontologia) wartości (aksjologia) zawartych w zadaniach. Różnorodność i stopień złożoności zadań administracji tworzą dylematy dotyczące doboru środków i form działania do określonych zadań. Jeżeli środki i formy są dostosowane zgodnie z regułą organizacyjnej elastyczności do celu działania, wówczas prowadzą do osiągnięcia skuteczności, korzystności i ekonomiczności, rozumianych jako przewaga efektów nad nakładami i minimalizowanie nakładów przy równoczesnym maksymalizowaniu efektów [Łukasiewicz 2005, s. 215]. W tej sytuacji można stwierdzić, że zamówienia służą do optymalnego wydatkowania środków publicznych, czyli realizując cele ekonomiczne, jednocześnie wpływają na innowacyjność i zapewniają realizację zasady zrównoważonego rozwoju. Aby tak się stało, administracja winna działać jak „inteligentny klient”⁹, który realizuje następujące postulaty:

- patrzy długofalowo, uwzględniając cykl życia produktu, bierze pod uwagę nie tylko cenę w krótkim czasie, ale także koszty eksploatacji, recyklingu i likwidacji produktu, korzysta z nowoczesnych instrumentów elektronicznych (aukcja elektroniczna) w celu wzrostu efektywności zamówienia¹⁰,

- działa proinnowacyjnie – uwzględnia elementy proinnowacyjne w SIWZ lub w kryteriach oceny ofert, gdy jest to korzystne – dokonuje tzw. zamówień przedkomercyjnych, poszukuje oferty maksymalizującej korzyści, w celu znalezienia innowacyjnych rozwiązań zdaje się na mechanizmy rynkowe,

- działa proekologicznie, korzysta z zielonych zamówień, wprowadza do SIWZ lub kryteriów oceny ofert wymogi ekologiczne, gdy jest to uzasadnione i nie narusza zasad konkurencji – stosuje podwyższone standardy ekologiczne, odgrywa wzorcową rolę w zakresie efektywności energetycznej poprzez zamawianie wyłącznie takich produktów, które należą do najwyższej klasy efektywności energetycznej,

- tworzy społeczeństwo obywatelskie, tj. biorące czynny udział w kształtowaniu rzeczywistości (zamówienia mają bowiem służyć obywatelom, nie ma „abstrakcyjnej administracji” – rolą administracji jest służba publiczna), gdy jest to korzystne, dokonuje tzw. zamówień społecznych, uwzględniających m.in. podmioty ekonomii społecznej.

⁹ W doktrynie wskazuje się ponadto na koncepcję *new public management* (NPM), zgodnie z którą podmiot administrowany jest traktowany jako klient, a jego zadowolenie jest miernikiem skuteczności działania administracji. W NPM mają swe korzenie budżet zadaniowy, prywatyzacja zadań publicznych czy partnerstwo publiczno-prywatne – zob. [Lipowicz 2008].

¹⁰ Przykładowo wykorzystanie aukcji elektronicznej spowodowało obniżenie ceny określonej pierwotnie w zamówieniu A-246-2010 „Budowa linii tramwajowej ul. Brożka–Kampus UJ” o 18 973 650, 01 zł.

Literatura

- Chełmoński A. [1966], *Przedsiębiorstwo państwowe wobec organów zwierzchnich*, Zakład Narodowy im. Ossolińskich, Wrocław.
- Chrisidu-Budnik A. [2009], *Organizacja ucząca się* [w:] *Nauka organizacji i zarządzania*, red. A. Chrisidu-Budnik i in., Kolonia Limited, Wrocław.
- Collection of Statistical Information on Green Public Procurement in the EU: Report on Methodologies* [2009], www.ec.europa.eu/environment/gpp/pdf/statistical_data.pdf (dostęp: 1.05.2014).
- Ekologiczne zakupy. Podręcznik dotyczący zielonych zamówień publicznych* [2005], Urząd Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Luksemburg.
- Izdebski H., Kulesza M. [1998], *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, Liber, Warszawa.
- Izdebski H., Kulesza M. [2004], *Administracja publiczna. Zagadnienia ogólne*, wyd. 2, Liber, Warszawa.
- Izdebski H., Supernat J. [2007], *Fundamenty współczesnych państw*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa.
- Kiczka K. [2006], *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań* [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań.
- Komunikat Komisji Europejskiej do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów pt. „Więcej badań i innowacji – inwestycje na rzecz wzrostu i zatrudnienia. Wspólne podejście”, COM (2005) 488.
- Komunikat Komisji Europejskiej z dnia 3 marca 2010 r. pt. „Strategia Europa 2020. Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”, COM (2010) 2020.
- Lipowicz I. [2008], *Europeizacja i modernizacja. Administracyjno-prawne aspekty zmian polskiej administracji publicznej* [w:] *Europeizacja administracji publicznej*, red. I. Lipowicz, Wydawnictwo Uniwersytetu Kardynała S. Wyszyńskiego, Warszawa.
- Łukaszewicz J. [2005], *Zarys nauki administracji*, Wydawnictwo Prawnicze LexisNexis, Warszawa.
- Niewiadomski Z. [2011], *Pojęcie samorządu terytorialnego* [w:] *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, System Prawa Administracyjnego, t. 6, C.H. Beck, Warszawa.
- Panasiuk A. [2005], *Prawno-ekonomiczne aspekty systemu zamówień publicznych wpływające na ograniczenie swobody kontraktowania*, Branta, Bydgoszcz–Warszawa.
- Panasiuk A. [2007], *Publicznoprawne ograniczenia przy udzielaniu zamówień publicznych*, Branta, Bydgoszcz.
- Panasiuk A. [2011], *Wybrane aspekty wykładni prawa zamówień publicznych* [w:] *Nowe podejście do zamówień publicznych – zamówienia publiczne jako instrument zwiększania innowacyjności gospodarki i zrównoważonego rozwoju. Doświadczenia polskie i zagraniczne*, red. J. Niczyporuk, J. Sadowy, M. Urbanek, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.
- Panasiuk A., Kłoda Z. [2010], *Zamówienia przyjazne innowacjom*, PARP, Warszawa.
- Piotrowska A. [2011], *Innowacyjność a kryteria techniczne w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych”, nr 2.

- Popowska B. [2006], *Klasyfikacja funkcji administracji w nauce publicznego prawa gospodarczego* [w:] *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Wydawnictwo Poznańskie, Poznań.
- Przewodnik na temat innowacyjnych rozwiązań w dziedzinie zamówień publicznych – 10 elementów dobrej praktyki* [2007], <http://www.proinno-europe.eu> (dostęp: 1.05.2014).
- Stahl M. [2011], *System administracji publicznej* [w:] *Podmioty administrujące*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, System Prawa Administracyjnego, t. 6, C. H. Beck, Warszawa.
- Szpringer W. [2000], *Problem „dobra publicznego” kraju członkowskiego Unii Europejskiej* [w:] *Podstawy prawne integracji europejskiej*, K. Cira, M. Sitek, W. Szpringer, Wyższa Szkoła Biznesu – National-Louis University w Nowym Sączu, Nowy Sącz.
- Wyrzykowski M. [2006], *Zasada demokratycznego państwa prawnego – kilka uwag* [w:] *Księga XX-lecia orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, red. M. Zubik, Wolters Kluwers Business, Warszawa.
- Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie, P6_TA (2009) 0037.
- Zamówienia publiczne i innowacyjne usługi* [2012], http://www.pi.gov.pl/parp/chapter_86196.asp?soid=893801A21A7E406E8F9AA1E9EA2153A5&target=przedkomercyjne%20zam%F3wienia (dostęp: 1.05.2014).
- Zielona księga w sprawie modernizacji polityki UE w dziedzinie zamówień publicznych w kierunku zwiększania skuteczności europejskiego rynku zamówień z dnia 27 stycznia 2011 r. [2011], COM (2011) 15.
- Ziemiński Z. [1987], *O pojmowaniu celu, zadania, roli i funkcji prawa*, „Państwo i Prawo”, z. 12.
- Zrobek J. [2010], *Dostępność rynku zamówień publicznych dla sektora MŚP – doświadczenia polskie na tle pozostałych krajów UE* [w:] *Ekonomiczne i prawne zagadnienia zamówień publicznych Polska na tle Unii Europejskiej*, red. A. Borowicz i in., Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa.

Akty normatywne

- Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE L nr 134 z dnia 30 kwietnia 2004 r.
- Dyrektywa 2009/28/WE w sprawie promowania stosowania energii ze źródeł odnawialnych, Dz. Urz. UE L nr 140 z dnia 5 czerwca 2009 r.
- Dyrektywa 2009/33/WE w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, Dz. Urz. UE L nr 120, poz. 5.
- Dyrektywa 2010/30/WE w sprawie wskazania poprzez etykietowanie oraz standardowe informacje o produkcie, zużycia energii oraz innych zasobów przez produkty związane z energią, Dz.Urz. UE L nr 153 z dnia 18 czerwca 2010.
- Dyrektywa 2010/31/UE w sprawie charakterystyki energetycznej budynków, Dz. Urz. UE L nr 153 z dnia 18 czerwca 2010 r.
- Opinia Komitetu Regionów „Zamówienia przedkomercyjne: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie” [2008], Dz.Urz. UE C 2008, nr 325, poz. 44.

Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 3 lutego 2009 r. w sprawie zamówień przedkomercyjnych: wspieranie innowacyjności w celu zapewnienia trwałości i wysokiej jakości usług publicznych w Europie 2008/2139(INI), Dz.Urz. UE C 2010, nr 10, poz. 67 E.
Rozporządzenie (WE) nr 106/2008 w sprawie wspólnotowego programu znakowania efektywności energetycznej urządzeń biurowych, Dz.Urz. UE L 2008, nr 39.
Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. „Prawo zamówień publicznych”, Dz.U. z 2013 r., poz. 907.

Orzecznictwo

Opinia rzecznika generalnego Trstenjak z dnia 1 marca 2005 r. w sprawie C-458/03 Parking Brixen [2005], www.curia.europa.eu (dostęp: 1.05.2014).
Sprawa C-359/93 UNIX – orzeczenie ETS z dnia 24 stycznia 1995 r., www.curia.europa.eu (dostęp: 1.05.2014).
Wyrok w sprawie C-220/06 z dnia 18 grudnia 2007 r. Asociación Profesional de Empresas de Reparto y Manipulado de Correspondencia przeciwko Administración General del Estado, www.curia.europa.eu (dostęp: 1.05.2014).

The Functions of Public Procurement – the Administrative Body as a „Smart Client”

Administrative functions make up a particular type of system that fulfills a creative role with regard to social relations. The changing perspective on the functions of the state has meant that public procurement can perform a variety of functions. Analysis of legal standards, jurisprudence, and European Commission recommendations shows that the following public procurement functions are performed:

- economic functions – orders are rational and public funds are used efficiently;
- social functions – serve to realise social objectives, shape the social order and civic society;
- eco-friendly functions – are used to achieve environmental goals;
- innovation functions – serve pro-innovation objectives (especially pre-commercial procurement).

The main goal of public procurement is to optimally use public funds. To make that happen, the administration should act as a „smart client” and use a variety of public procurement functions.

Keywords: public procurement, administrative functions, „smart client”, public funds.