

Michał Wieloński

Uniwersytet Warszawski, Instytut Europeistyki, WDiNP

Wykorzystanie myśli austriackiej szkoły ekonomii w tworzeniu prawa zamówień publicznych

Istnieje duże prawdopodobieństwo, że w 2013 r. wejdzie w życie pakiet nowych dyrektyw dotyczących zamówień publicznych w Unii Europejskiej (pierwotnym terminem wejścia w życie był koniec 2012 r.). Prawo zamówień publicznych zarówno polskie, jak i europejskie, stanowi przedmiot częstych nowelizacji. Jak słusznie zauważył polski rząd, odnosząc się do projektu dyrektywy w sprawie zamówień publicznych (2011/0438 (COD) – zwanej dalej „nową dyrektywą”), proponowane modyfikacje byłyby piątą z rzędu zmianą przepisów unijnych w dziedzinie zamówień publicznych w ciągu ostatnich kilku lat, wliczając w to pakiet legislacyjny z 2004 r. (dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE), dyrektywę odwoławczą z 2007 r. i dyrektywę obronną z 2009 r. Do tego należy jeszcze doliczyć zmiany w systemie zamówień publicznych wynikające z unijnej polityki ekologicznej czy społecznej (dyrektywa 2009/33/WE z dnia 23 kwietnia 2009 r. w sprawie promowania ekologicznie czystych i energooszczędnych pojazdów transportu drogowego, dyrektywa 2009/52/WE z dnia 18 czerwca 2009 r. przewidująca minimalne normy w odniesieniu do kar i środków stosowanych wobec pracodawców zatrudniających nielegalnie przebywających obywateli państw trzecich itd.). Tak częste nowelizacje prawa unijnego nie wpływają korzystnie, w ocenie rządu RP, na funkcjonowanie systemu zamówień publicznych zarówno w poszczególnych państwach członkowskich, jak i w wymiarze ogólnoeuropejskim¹.

Dokonywane wielokrotnie zmiany dowodzą, że ustawodawcy nie udało się osiągnąć satysfakcjonującego stanu prawnego. Jest on poddawany częstym modyfikacjom, które zdecydowanie nie sprzyjają poczuciu pewności prawa, stwarzając przed podmiotami zaangażowanymi w proces udzielania zamówień, zarówno zamawiają-

¹ Projekt stanowiska RP przygotowany w związku z art. 7 ustawy z dnia 8 października 2010 r. o współpracy Rady Ministrów z Sejmem i Senatem w sprawach związanych z członkostwem Rzeczypospolitej Polskiej w Unii Europejskiej (Dz. U. Nr 213, poz. 1395), <http://www.uzp.gov.pl/cmsws/page/GetFile1.aspx?attid=5298>, (dostęp: 01.10.2012), s. 3.

cymi, jak i wykonawcami, dodatkowe trudności w realizowaniu zadań publicznych i pozyskiwaniu kontraktów. Jest to zjawisko wysoce niepokojące w związku z tym, że zamówienia publiczne silnie oddziałują na gospodarkę, zwłaszcza w połączeniu z ogólnoeuropejskim kryzysem. Towary i usługi zakupione przez instytucje publiczne stanowią ok. 17% unijnego PKB. Zamówienia publiczne mają wpływ na co najmniej 22 najważniejsze rynki produktów i usług, na których klientami są wyłącznie lub głównie podmioty publiczne lub na których instytucje publiczne są dużymi klientami. Obrót przedsiębiorstw działających na tych rynkach może przekraczać 25% unijnego PKB i odpowiadać za ok. 31 mln miejsc pracy². Te pieniądze są wydawane przez bardzo dużą i różnorodną grupę organów sektora publicznego, obejmującą ponad 250 tysięcy instytucji zamawiających w Europie, zarządzających różnej wielkości budżetami przeznaczonymi na zamówienia publiczne i posiadających bardzo zróżnicowany potencjał administracyjny³.

W obliczu znaczącego wpływu na gospodarkę, wydaje się koniecznym udoskonalanie metod badawczych stosowanych wobec prawa zamówień publicznych, aby zapewniały one jak najwięcej korzyści zarówno zaangażowanym w sam proces udzielania zamówień, jak i beneficjentom, użytkującym dobra nabyte w zamówieniowych procedurach. Na polskim rynku panuje ogromny deficyt publikacji badawczych z zakresu polskich i unijnych zamówień publicznych, a metodologicznych praktycznie brak. Dominują praktyczne poradniki i komentarze oraz wydawnictwa finansowane przez poszczególne urzędy związane z zamówieniami, które mają wydźwięk bardziej propagandowy niż naukowy. Najczęściej powielają one tezy zawarte w unijnych dokumentach i aktach prawnych. To dość zaskakujące, że w obliczu istotnych zmian w prawie zamówień, nie toczy się żadna poważniejsza, niezależna od władz debata naukowa, lecz na plan pierwszy wysuwa się kampania edukacyjna z elementami propagandowymi, która pod szyldem Urzędu Zamówień Publicznych nosi nazwę: „Nowe podejście do zamówień publicznych”. O zmianach, które w najbliższej przyszłości mają nastąpić nie dyskutuje się, a ich zasadność podaje się jako fakt, prawdę, która nie wymaga dyskusji i argumentacji. Tymczasem w mojej ocenie sytuacja wygląda zgoła odmiennie: prawo zamówień publicznych pilnie potrzebuje poważnej debaty naukowej, która skłoni m.in. do stosowania nowych narzędzi badawczych, pozwalających wypracować jak najlepsze przepisy. Z tego względu w niniejszym artykule postaram się udowodnić wartość metody badawczej wywodzącej się z austriackiej szkoły ekonomii w pracach naukowych dotyczących euro-

² *Dokument roboczy służb Komisji. Streszczenie oceny skutków. Towarzyszący dokumentowi: Wniosek rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie dostępu towarów i usług z państw trzecich do rynku wewnętrznego Unii w zakresie zamówień publicznych oraz procedur wspierających negocjacje dotyczące dostępu unijnych towarów i usług do rynków zamówień publicznych państw trzecich*, SWD(2012) 58 final, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=SWD:2012:0058:FIN:PL:PDF> (dostęp: 10.02.2013), s. 3.

³ *Streszczenie oceny skutków i skuteczności przepisów UE dotyczących zamówień publicznych*, Dokument roboczy służb DG MARKT, http://ec.europa.eu/internal_market/publicprocurement/docs/modernising_rules/executive-summary_pl.pdf, s. 3 (dostęp: 01.10.2012).

pejskiego prawa zamówień publicznych, jako komplementarnej wobec tradycyjnych narzędzi prawnych.

Specyfiką Unii Europejskiej jest silnie polityczne nacechowanie aktów prawnych. Postulaty polityczne są w zasadzie stałym elementem przepisów, co w przypadku dyrektyw dotyczących zamówień publicznych (i nie tylko) jest szczególnie wyraźne w preambułach. W niniejszym artykule przez politykę rozumiem dążenie do wywierania zgodnego z wolą określonych decydentów, przedstawicieli władzy, wpływu na procesy społeczno-gospodarcze. Postanowienia o politycznym charakterze pojawiają się już na poziomie prawa traktatowego i są obecne w prawie pochodnym. Jako przykład przytoczę preambułę do nowej, mającej wejść w życie dyrektywy w sprawie zamówień publicznych. W drugim punkcie preambuły do tej dyrektywy ustawodawca stwierdza wprost, że zamówienia publiczne odgrywają kluczową rolę w strategii „Europa 2020” jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych⁴. Aby uniknąć zbyt wielu cytatów, wystarczy wskazać, że dalsze punkty preambuły dotyczą m.in. polityki ochrony środowiska (pkt 5, 28, 36, 39), polityki promowania innowacji (pkt 17), polityki wsparcia małych i średnich przedsiębiorstw (pkt 30, 31, 32), polityki społecznej (pkt 43).

Widać więc, że nowa dyrektywa dotycząca zamówień jest silnie nacechowana politycznie. Charakterystyczne jest to, że postulaty o charakterze politycznym są głoszone w ramach dokumentów publikowanych przez Unię Europejską jako twierdzenia o charakterze naukowym. Wielokrotnie powtarzane mogą sugerować czytelnikowi, że są w pełni potwierdzone naukowo. Tymczasem spór interwencjonizmu z liberalizmem wciąż nie został rozstrzygnięty. Silniejszy głos zwolenników interwencjonizmu wynika raczej ze związków z władzą, a w rezultacie dostępu do środków pozwalających upowszechniać interwencjonistyczne poglądy, niż z siły argumentów. Postulaty interwencjonistyczne funkcjonują także w, szczerzej zresztą, debacie o kształcie prawa zamówień publicznych, niczym aksjomaty. Konieczne jest zatem dokonywanie ich weryfikacji. Jednak metody typowe dla prawa, zwłaszcza najpowszechniej stosowana metoda dogmatyczno-prawna, w powiązaniu z wykładnią literalną, funkcjonalną i systemową, nie zapewniają dostatecznych możliwości oceny wprowadzanych w obowiązujących przepisach zmian. Oczywiście metoda ta jest niezbędnym punktem wyjścia dla oceny jakości obowiązującego prawa, ale poprzestanie na niej grozi znaczącym zubożeniem poznawczym.

Podjmując próbę oceny zasadności zmian w europejskim prawie zamówień publicznych należy dokonać wykładni nie tylko samych przepisów, ale również analizy charakteru relacji między adresatami, bodźców, które na nich oddziałują i innych czynników, aby zrozumieć, jakie skutki przyniosą zmiany. Stoję na stanowisku, że

⁴ Pkt 2 preambuły do wniosku: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, 2011/0438 (COD), <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2011:0896:FIN:PL:PDF> (dostęp: 10.02.2013).

w tym przypadku doskonałym narzędziem jest dorobek austriackiej szkoły ekonomii (zwanej dalej: „ASE”). Wprawdzie jak sama nazwa wskazuje, jest to szkoła ekonomii, ale z racji swojej specyfiki idealnie wpasowuje się w poszukiwania dotyczące efektywności uregulowań prawnych. Wynika to z faktu, iż austriacka szkoła ekonomii w sposób zdecydowany odchodzi od typowego dla głównego nurtu ekonomii skupiania się na zjawiskach ilościowych, modelach matematycznych, statystyce i formalizmie matematycznym. Filarami metody ASE są: indywidualizm metodologiczny oraz subiektywizm. Indywidualizm metodologiczny oznacza, że wszelkie badania zjawisk społecznych winny wychodzić od jednostek. Jak stwierdza Ludwig von Mises, wszystkie działania są działaniami jednostek. Wspólnota realizuje swoje zadania wyłącznie za pośrednictwem jednej lub kilku jednostek, których działania są z nią związane w sposób wtórny. Charakter działania zależy od znaczenia, jakie nadają mu działające jednostki oraz osoby, których działanie to dotyczy. Kolektywny byt społeczny nie istnieje realnie poza działaniami należących do niego jednostek. Realność organizmu społecznego polega na kierowaniu aktywnością jednostek i powodowaniu, że wykonują one określone działania. A zatem droga do poznania kolektywnych całości wiedzie przez analizę działań jednostek⁵. Carl Menger stwierdza z kolei, że ktokolwiek dąży do teoretycznego zrozumienia zjawisk gospodarki narodowej, musi cofnąć się do jej rzeczywistych elementów składowych, do jednostkowych gospodarek w ramach narodu oraz badać prawa, na mocy których te ostatnie konstytuują te pierwsze⁶.

Subiektywizm metodologiczny oznacza z kolei, iż działania jednostek mogą być zrozumiane jedynie przez odwołanie się do wiedzy, przekonań, percepcji i oczekiwań tych jednostek⁷. Indywidualne działania jednostek są oparte na unikalnej skali wartości, znanej wyłącznie tej jednostce. To subiektywne wartościowanie tworzy również ekonomiczną wartość⁸.

Austriacka szkoła ekonomii posługuje się także, jako metodą badań, prakseologią. W metodzie tej uwidacznia się aprioryzm, czyli skłonność do dedukcyjnego budowania teorii w oparciu o ustalone aksjomaty oraz antyempiryzm. Prakseologia w wydaniu ASE opiera się na fundamentalnym aksjomacie, iż **„indywidualne istoty ludzkie działają, to jest, na podstawowym fakcie, że jednostki angażują się w świadome działania, żeby osiągnąć wybrane cele”**⁹. Działanie oznacza, że zachowanie człowieka jest świadome, czyli nastawione na realizację celów. Co więcej, fakt jego postępowania implikuje, że świadomie wybrał on określone środki do osiągnięcia celów. Jako że chce on zrealizować określone cele, muszą one przedstawiać dla niego wartość; zatem jego wybory są determinowane przez określone wartości. To,

⁵ L. von Mises, *Ludzkie działanie*, Warszawa 2007, s. 36-37.

⁶ C. Menger, *Problems of Economics and Sociology*, Illinois 1963, s. 93.

⁷ I.M. Kirzner, *The Meaning of Market Process*, New York 1992, s. 77.

⁸ D.L. Walker, *Austrian Economics*, <http://www.econlib.org/library/Enc1/AustrianEconomics.html>, (dostęp: 01.10.2012).

⁹ M. Rothbard, *Prakseologia – metodologia Szkoły Austriackiej*, <http://mises.pl/blog/2005/10/24/235/>, (dostęp: 02.10.2012).

że człowiek używa środków, implikuje wiarę w posiadanie technologicznej wiedzy, iż określone środki służą do osiągnięcia pożądaných celów. Wszystkimi, co twierdzi prakseologia jest to, że indywidualny aktor dobiera sobie cele i wierzy, błędnie lub nie, że może je osiągnąć przez użycie określonych środków¹⁰.

Podjęcie teoretyczne, prezentowane przez austriacką szkołę ekonomii, daje ogromne możliwości badawcze. Wprawdzie szkoła wychodzi od działań jednostkowych, ale pozwala wyjaśniać funkcjonowanie największych nawet grup społecznych i systemów, w tym unijnego systemu zamówień publicznych. Używanie indywidualów jako „cegiełek”, które tworzą złożone struktury społeczne, jeden z przedstawicieli ASE, noblista Friedrich Hayek nazywa metodą kompozycyjną¹¹. Omawiając różnice między metodologią nauk przyrodniczych i społecznych Hayek stwierdza, że „w naukach przyrodniczych proces dedukcyjny musi wziąć swój początek z jakichś hipotez, które są wynikiem indukcyjnych uogólnień, podczas gdy w naukach społecznych bierze swój początek ze znanych, empirycznych elementów i używa ich do znalezienia takich prawidłowości w złożonych zjawiskach, których bezpośrednie obserwacje nie mogą ustalić. Są one [nauki społeczne], (...) naukami empirycznie dedukcyjnymi, postępującymi od znanych elementów do takich prawidłowości w złożonych zjawiskach, które nie mogą zostać bezpośrednio ustalone”¹².

Kolejnym elementem ASE, niesłuchanie przydatnym w badaniach zamówień publicznych, jest nacisk kładziony na rozróżnienie między dwoma porządkami funkcjonowania interakcji społecznych: wolnorynkowym i interwencjonistycznym. Nie jest to koncepcja związana jedynie z tą szkołą, gdyż już Franz Oppenheimer, który do ASE nie należał, stwierdził, iż istnieją dwa fundamentalnie sprzeczne sposoby pozyskiwania przez człowieka środków służących zaspokajaniu jego potrzeb. Są nimi własna praca oraz rabunek, na drodze którego przywłaszcza się owoce pracy innych ludzi. Własną pracę i jej wymianę na pracę innych Oppenheimer nazywa „środkami ekonomicznymi”, a przywłaszczenie pracy innych „środkami politycznymi”. Państwo jest organizacją posługującą się środkami politycznymi¹³.

Ludwig von Mises uważa, że gospodarka wolnorynkowa (rynkowa) to społeczny system podziału pracy w warunkach prywatnej własności środków produkcji. System ten jest sterowany przez rynek, czyli proces uruchamiany przez wzajemny wpływ działań różnych jednostek współpracujących w warunkach podziału pracy. Siłami decydującymi o wciąż zmieniającym się stanie rynku są: sądy wartościujące jednostek oraz działania kierowane tymi sądami. Stan rynku w dowolnym momencie to struktura cen, czyli wszystkie relacje wymiany ustanowione w wyniku interakcji między tymi, którzy chcą sprzedać a tymi, którzy chcą kupić. Proces rynkowy to dostosowanie pojedynczych działań różnych członków społeczeństwa rynkowego do wymagań współpracy. Podstawę gospodarki rynkowej stanowi pieniężna kalkulacja.

¹⁰ *Ibidem*.

¹¹ K.R. Leube, C. Nishiyana, *The Essence of Hayek*, Stanford 1935, s. 39, 201.

¹² F.A. Hayek, *The Nature and History of the Problem*, [w:] *Collectivist Economic Planning*, F.A. Hayek (red.), London 1935, s. 11.

¹³ F. Oppenheimer, *The State*, New York 1926, s. 24-27.

cja ekonomiczna, posługująca się cenami pieniężnymi¹⁴. Jak zauważa Murray Rothbard, główna forma interakcji to dobrowolna interakcja interpersonalna. A rezygnuje z pewnego dobra na rzecz B w zamian za dobro, z którego B rezygnuje na rzecz A. Istotą tej wymiany jest fakt, że obie osoby przystępują do niej, ponieważ spodziewają się, że przyniesie to im korzyści; w przeciwnym razie nie zgodziliby się na wymianę¹⁵. Cechami modelowego społeczeństwa wolnorynkowego są:

- odpowiedzialność za własne decyzje,
- wolność od przemocy (w tym poszanowanie prawa własności),
- pełne prawo do podejmowania decyzji (z wyjątkiem decyzji o zastosowaniu przemocy wobec innych osób),
- korzyści dla wszystkich uczestników¹⁶.

W modelu społeczeństwa opartego o interwencjonizm również istnieje współpraca, ale jak ją określa Ludwig von Mises, oparta na wykonywaniu poleceń i podporządkowaniu się, czyli hegemonii¹⁷. W przypadku tego typu współpracy jeden człowiek wydaje rozkazy, a inny je wykonuje. Relacja traci symetrię charakterystyczną dla stosunków opartych na kontrakcie i staje się asymetryczna. Do wykonywania poleceń motywuje przemoc bądź groźba jej użycia. W hegemonicznym systemie społecznym, w zakresie, w jakim system ten kieruje postępowaniem poddanych, działa tylko osoba zarządzająca nim. Człowiek, w opinii Misesa, staje się uczestnikiem systemu, w którym będzie świadczył nieokreślone usługi i otrzymywał to, co przydzieli mu zarządca. Dla struktury systemu nie ma znaczenia to, czy zarząd jest sprawowany przez jedną osobę, czy przez zorganizowaną grupę ludzi, dyrekcję, ani to, czy zarządca jest egoistycznym maniackim tyranem, czy też dobrodusznym, paternalistycznym despotą¹⁸. Jak zauważa Mises, państwo jako aparat przymusu i przemocy jest z konieczności organizacją hegemoniczną. Są nimi również rodzina i gospodarstwo domowe. Jednak charakterystyczną cechą cywilizacji zachodniej i bardziej rozwiniętych narodów Wschodu jest kontraktowa struktura współpracy między poszczególnymi rodzinami. Kiedy dominuje zasada kontraktu, imperia przekształcają się w luźną ligę autonomicznych narodów. System hegemoniczny musi dążyć do wchłonięcia wszystkich niezależnych państw¹⁹.

Ostatnim komponentem teorii austriackiej szkoły ekonomicznej, niesłyszane przydatnym do badań europejskiego prawa zamówień publicznych, jest teoria biurokracji, rozwijana w ramach ASE przede wszystkim przez Misesa. Biurokracja to forma organizacji, w której pozyskane, najczęściej w drodze przymusu, zasoby są alokowane przez jednego lub więcej administratorów (biurokratów) zgodnie z mniej lub bardziej złożonym systemem reguł, których źródło i implementacja są rządzone

¹⁴ L. v Mises, *Ludzkie działanie*, *op.cit.*, s. 223-225.

¹⁵ M. Rothbard, *Ekonomia wolnego rynku*, Warszawa 2007, t. 1, s. 208.

¹⁶ *Ibidem*, s. 215.

¹⁷ L. von Mises, *Ludzkie działanie*, *op.cit.*, s. 169.

¹⁸ *Ibidem*, s. 170.

¹⁹ *Ibidem*, s. 171.

zasadą posłuszeństwa i kontroli²⁰. Charakteryzuje ją m.in. istnienie uznaniowo tworzonego budżetu, skłonność do rozszerzenia zasobów w sposób ciągły i postępujący, brak zachowania motywowanego zyskiem, konkurencja o pozycję polityczną wewnątrz organizacji²¹. Szczególną cechą biurokracji, w znaczącej mierze wpływającej na jej funkcjonowanie jest, silnie podkreślana przez Misesa, niemożność zastosowania rachunku ekonomicznego do pomiaru efektów pracy biurokratów. Jak zauważa przywołany autor, w przeciwieństwie do zarządzania w warunkach gospodarki wolnorynkowej, cele administracji publicznej nie mogą być mierzone pieniędzmi i nie mogą być sprawdzane za pomocą metod stosowanych w księgowości. W administracji publicznej nie istnieje bowiem cena rynkowa na osiągnięcia. Dlatego niezbędne jest kierowanie urzędami według zasad całkowicie różnych od tych stosowanych w instytucji nastawionej na zysk. Zarządzanie biurokratyczne to metoda stosowana przy prowadzeniu spraw administracyjnych, której rezultat nie ma żadnej wartości gotówkowej na rynku. Jej wartości nie można zrealizować w transakcji rynkowej i stąd nie może być wyrażona w formie pieniężnej²². Oznacza to, że funkcjonowanie administracji wiąże się z problemami w zakresie racjonalizacji wyborów dokonywanych w toku administrowania. Jak stwierdza Mises, o ile zarządzanie w przypadku prywatnych przedsiębiorstw nastawione jest na zysk, w przypadku biurokracji sprawa wygląda odmiennie: zarządzanie biurokratyczne jest zarządzaniem, które musi stosować się do szczegółowych reguł i przepisów ustanowionych przez władzę wyższego szczebla. W warunkach demokracji zarządzanie biurokratyczne oznacza zarządzanie w ścisłym powiązaniu z prawem i budżetem. Zadanie biurokraty polega na wykonywaniu tego, co reguły i przepisy nakazują mu czynić. Na ogół ograniczają one poważnie jego możliwość działania zgodnie z własnym najlepszym przekonaniem²³.

Konsekwencje praktyczne specyfiki organizacji biurokratycznych są ogromne. Nie istnieją bowiem żadne, równie skuteczne jak w gospodarce wolnorynkowej, mechanizmy oceny pracy urzędów i urzędników. Przykładem może być park miejski. Decydenci staną zapewne przed problemem, na co i jakie środki przeznaczyć w ramach utrzymania parku. Skoro wstęp do parku jest bezpłatny a jego utrzymanie nie jest kierowane rachunkiem ekonomicznym, znika kryterium ekonomiczne. Jak nietrudno się domyśleć, park miejski może pochłonąć niemal dowolne środki na utrzymanie. W najskromniejszej wersji będzie się w nim np. przycinać jedynie gałęzie zagrażające przechodniom, ale w wersji bardziej rozbudowanej można budować altanki, wstawiać lepsze jakościowo ławki, tworzyć fontanny, stylowe latarnie, sadzić rzadkie rośliny i potem je pielęgnować, wprowadzić całodobową ochronę albo wybudować korty tenisowe. Granicą wydatków jest fantazja decydentów i, oczywiście, możliwości budżetu. Czym więc ma kierować się osoba bądź osoby przyznające budżet? Jaki budżet będzie optymalny? Odpowiedzią jest swobodne uznanie osób

²⁰ M. Rothbard, *Ekonomia wolnego rynku*, tom 3, Warszawa 2007, s. 56.

²¹ L.A.H. Carnis, *New Perspectives on the Economic Approach to Bureaucracy*, „The Quarterly Journal of Austrian Economics” 2010, Nr 2 (13), s. 53.

²² L. von Mises, *Biurokracja*, Warszawa, 2005, s. 59-60.

²³ *Ibidem*, s. 56-58.

odpowiedzialnych oraz ewentualnie narzucane przez władzę standardy, jakie winny spełniać obiekty tego rodzaju.

Podobne dylematy występują przy ocenie pracy urzędnika. Skoro rachunek ekonomiczny nie ma w biurokracji zastosowania, nie można też w racjonalny sposób mierzyć efektów pracy urzędników. Przyjęcie np. kryterium liczby wydanych w ciągu miesiąca decyzji wcale nie musi być właściwym miernikiem, bo trudno nazwać tworzenie biurokratycznych przeszkód a potem ich egzekwowanie kryterium dobrze wykonywanej pracy. Skoro w żaden sposób nie da się włączyć pracy w ramy rachunku ekonomicznego, nie można oczekiwać racjonalnych kryteriów oceny. Aktywność urzędnicza jest bardzo często szkodliwa, więc w wielu przypadkach mniej pracy może oznaczać lepsze efekty (mniejsze ingerowanie w wymianę wolnorynkową) niż jej natężenie.

Ostatni, ważny element, który chciałbym omówić w tej części artykułu, to wpływ stosunków własnościowych na efektywność wydatków. Jest to przedmiot intensywnych studiów przedstawicieli austriackiej szkoły ekonomii. Najprościej problemy związane z tą kwestią wyraził Milton Friedman, noblista i przedstawiciel monetarizmu. Wyróżnia on cztery możliwe sposoby wydawania pieniędzy, które różnicuje ze względu na osobę, na którą są one wydawane (na siebie bądź na innych) oraz ich posiadacza (własne bądź cudze).

Wariant 1 określa sytuację, gdy wydajemy na siebie nasze własne pieniądze. Mamy zdecydowanie silny bodziec, aby oszczędnie wydawać i maksymalnie dużo otrzymywać za każdego wydanego dolara.

Wariant 2 odpowiada sytuacji, gdy wydajemy własne pieniądze na kogoś innego (np. prezenty urodzinowe). Mamy tak samo silny, jak w wariancie 1, bodziec, aby wydawać oszczędnie, ale już nie tak silny, by otrzymywać w zamian za wydane dolary ich pełną równowartość, przynajmniej według osądu osoby, którą obdarowujemy. Chcemy oczywiście dostać to, co jej się spodoba, pod warunkiem jednak, że sprawi to dobre wrażenie i nie zajmie nam zbyt dużo czasu i wysiłku.

Wariant 3 dotyczy sytuacji, gdy wydajemy cudze pieniądze na siebie, na przykład jemy obiad na rachunek firmy. Nie mamy wówczas silnego bodźca, aby rachunek był niski, ale mamy silny bodziec, aby otrzymać za nasze pieniądze coś, co jest ich warte.

Wariant 4 mówi o sytuacji, gdy wydajemy nie swoje pieniądze na kogoś innego, np. płacimy z rachunku firmy za czyjś obiad. Mamy wówczas niewielką skłonność zarówno do oszczędnego wydawania, jak i do tego, aby nasz gość zjadł możliwie najlepszy według niego obiad. Jeśli jednak jemy razem z nim, obiad staje się połączeniem wariantu 3 i 4. Mamy wtedy silny bodziec, aby dogodzić własnym gustom, nawet kosztem naszego gościa²⁴.

Do tej pory naszkicowałem elementarne założenia austriackiej szkoły ekonomii, przydatne w badaniu europejskiego prawa zamówień publicznych. W tym miejscu skupię się na charakterystyce samych zamówień publicznych, aby wykazać walory stosowania analizy prawa opartej właśnie o ASE. Przedmiotem europejskiego prawa

²⁴ M. i R. Friedman, *Wolny wybór*, Sosnowiec 2006, s. 111.

zamówień publicznych są relacje na styku: administracja (biurokracja) – prywatni przedsiębiorcy (rynek). Ma to donośne skutki tak teoretyczne, jak i praktyczne dla prowadzonych badań. Przygotowując się do analizy prawa zamówień publicznych, trzeba mieć świadomość, że dochodzi do interakcji między dwoma porządkami prawnymi, społecznymi i gospodarczymi, co dla oceny regulacji prawnych jest decydujące. Prawo zamówień publicznych ma charakter hybrydalny, czyli miesza porządek publicznoprawny i prywatnoprawny, co skutkuje powstaniem niezwykle złożonej sytuacji. Po jednej stronie znajdują się podmioty prywatne, które chcą pozyskać publiczny kontrakt. Po drugiej stronie występują podmioty o strukturze biurokracyjnej, najczęściej administracja, która rządzi się regułami odrębnymi od wymiany wolnorynkowej. Stawia to przed prawodawcami ogromne wyzwania.

W mojej ocenie szczególny, mieszaný charakter grup, podlegającym regulacjom europejskiego prawa zamówień publicznych, wraz ze szczególnym, hybrydalnym charakterem tego prawa, powinien stanowić punkt wyjścia w prowadzonych badaniach. Trzeba również brać pod uwagę różnice w motywacji, jakie występują u zamawiających i wykonawców. Uważam, że dla oceny jakości stanowiącego w zakresie europejskich zamówień publicznych prawa, niezbędne jest dokładne przyjrzenie się motywom, które ma każdy z podmiotów zaangażowanych w proces udzielania zamówień publicznych. Przywoływana już przeze mnie austriacka szkoła ekonomii bierze pod uwagę motywacje i uwarunkowania działań poszczególnych uczestników.

Wykonawcy mają istotny interes ekonomiczny w pozyskaniu publicznych kontraktów. Są motywowani zyskiem i jest to ich główny, bardzo silny bodziec działania. Muszą również rywalizować z innymi wykonawcami. Taka sytuacja może mieć pozytywne skutki, ponieważ skłania wykonawców do dużego zaangażowania oraz do obniżania cen i poprawy jakości swoich ofert. Możliwe jest jednak również działanie wykonawcy w sposób nieuczciwy: bądź poprzez korumpowanie osób decydujących o wyborze oferty, bądź poprzez składanie nieprawdziwych oświadczeń w zakresie jakości własnych ofert, zobowiązywania się do zadań dla nich niewykonalnych, tylko po to, aby pozyskać kontrakt, a potem próbowanie renegotjacji zawartej umowy. Może też zmawiać się z innymi wykonawcami, aby wspólnie, składając oferty w porozumieniu, wpływać na wynik postępowania.

W przypadku instytucji zamawiających sytuacja jest inna. Administratorzy publicznych pieniędzy w zdecydowanej większości przypadków nie mają osobistego, konkretnego, ekonomicznego interesu w tym, aby doprowadzić do podpisania kontraktu. Ich pensje są stałe, określane odgórnie i najczęściej zawarcie kontraktu nie wiąże się dla nich z dodatkowymi dochodami. Naczelnymi motywami działań są: narzucony obowiązek wydania pieniędzy i nabycie zaplanowanego uprzednio dobra. Ponieważ zakup nie jest dokonywany za pieniądze administratorów ani najczęściej nie jest przeznaczony do ich osobistego użytku, liczą się tu zupełnie inne wartości niż w przypadku prywatnego konsumenta. Kluczowe jest dokonanie zakupu zgodnie z prawem na tyle, aby ewentualne kontrole, bazujące przede wszystkim na dokumentach, nie wykryły nieprawidłowości. Bodźcem może być też obowiązek terminowego wydania pieniędzy, szczególnie, gdy podmiot podlega reżimowi finansów publicznych, najczę-

ściej przewidującego sankcje za niewywiązywanie się z zaplanowanych w budżecie wydatków. Poza tym instytucja zamawiająca może w wielu przypadkach nie dysponować specjalistami z zakresu, którego dotyczy przedmiot zamówienia. Trudno wymagać, aby każdy z około 250 tysięcy zamawiających w UE zatrudniał przykładowo specjalistów od mebli, żywności i technologii produkcji materiałów biurowych.

Z opisywanym systemem czynników, które oddziałują na dysponentów publicznego mienia, są związane określone trudności. Pierwszą jest groźba nieracjonalnego wydawania pieniędzy – wydaje się pieniądze cudze i najczęściej na dobra, które nie staną się własnością zarządcy. Poza tym istnieje realna groźba, że wykonawcy zechcą zwiększyć swoje szanse na wygraną poprzez wręczenie łapówki a nawet zainicjowanie przez dysponenta korupcji, obiecując wygraną w postępowaniu za określone korzyści. Może także dojść do dyskryminacji wykonawców, niekoniecznie ze względu na korupcję, ale np. z racji uprzedzeń względem danej firmy czy marki.

Analizując prawo zamówień publicznych należy zatem mieć na względzie różnice motywów uczestników i jak różne są zagrożenia związane z ich aktywnością. Jest to tym ważniejsze, że opisywane uwarunkowania mają charakter trwały. Można wprowadzić na wiele sposobów wprowadzać rozmaite ulepszenia w zakresie ustawodawstwa, jednak elementarnych mechanizmów, występujących w systemie zamówień publicznych (i nie tylko) zmienić się nie da: właściciel zawsze będzie bardziej zainteresowany swoją własnością niż ten, który jedynie nią zarządza, a własność publiczna zawsze wiąże się z odłączeniem środków od konkretnego właściciela.

Analiza europejskiego prawa zamówień publicznych winna dotyczyć także sposobów wyboru wykonawców i oceny ofert. Trzeba mieć świadomość tego, że pieniądze zabrane podatnikom są w dyspozycji władzy, która w ich wydatkowaniu wcale nie musi kierować się racjonalnością rozumianą w sensie ekonomicznym. Wręcz przeciwnie, istnieje duże prawdopodobieństwo, że będzie rozwijać się sfera, w której nie korzyści ekonomiczne, lecz wola polityczna decydują o tym co kupić, według jakich kryteriów i czym kierować się w doborze wykonawców zamówienia. Wola polityczna wiąże się z racjonalnością, ale jest to racjonalność szczególnego rodzaju. Zgodnie z założeniami ASE jednostki decydujące o przeznaczeniu publicznych pieniędzy będą działać i realizować swoje cele – jednak cele te wcale nie muszą harmonizować z interesami podatników. W pierwszej kolejności będą zaspokajane interesy politycznych i biurokratycznych decydentów. W ich interesie może leżeć wzrost poparcia wyborców w zamian za świadczenia publiczne na rzecz określonej grupy, sprzyjanie wybranym grupom biznesowym w oczekiwaniu materialnych korzyści (nie chodzi wyłącznie o łapówki w formie pieniężnej, ale np. o obietnicę zatrudnienia po zakończonej kadencji lub utracie stanowiska), itp. Dlatego w interesie polityków i biurokratów jest to, aby w procesie wydatkowania środków publicznych minimalizować znaczenie rachunku ekonomicznego i zastępować go czynnikami politycznymi, które w sposób niemal nieograniczony dają swobodę decyzyjną, zwalniając z rygorów racjonalności na rzecz działania we własnym interesie.

Rachunek ekonomiczny podlega od dawna licznym atakom, jako jednowymiarowy i społecznie szkodliwy. Jednak pomimo ograniczeń, często zresztą wyolbrzy-

mianych przez ekspertów związanych z aparatem władzy, jest to najskuteczniejszy znany ludzkości mechanizm racjonalnej alokacji zasobów. Wraz z wolnym rynkiem, prywatną własnością i mechanizmem cen, pozwala on na podejmowanie racjonalnych decyzji dotyczących wydatków i inwestycji, stosownych do subiektywnego rankingu własnych preferencji. Zadanie, które działający człowiek chce wykonać za pomocą kalkulacji ekonomicznej, polega na ustaleniu rezultatu działania przez zestawienie nakładów i wyników. Kalkulacja ekonomiczna to albo szacowanie oczekiwanego rezultatu przyszłego działania, albo ustalenie rezultatu przeszłego działania²⁵.

Ponieważ kalkulacja ekonomiczna może dotyczyć wszystkiego, co jest wymienne na pieniądze²⁶, jednym z ograniczeń jej stosowania są sfery nieprzeliczone na pieniądze. Drugim z ograniczeń jest generalna zmienność warunków życia, w tym zmienność cen, która sprawia, że nawet najrzetelniej przeprowadzona kalkulacja ekonomiczna może zawieść. Niestety, propozycje polityków i biurokratów często podważają zasadność kalkulacji ekonomicznej w całości oraz zagrażają sprowadzaniem prawa i wydatków dokonywanych na jego podstawie do absurdów. Skrajnym przykładem może być życie ludzkie: jeśli uznamy je za bezcenne, oznacza to, że wszelkie dostępne ludzkości zasoby winny być skupione na ratowaniu życia, bez względu na koszty. Np. poszukiwania zaginionej osoby powinny toczyć się aż do jej znalezienia (żywej bądź martwej), bo skoro życie jest bezcenne, to nie wolno pod żadnym pozorem rezygnować z akcji ratunkowej, nawet trwającej wiele lat. Podobnie w przypadku uporczywych terapii ludzi w śpiączce, z rozległymi i nieodwracalnymi uszkodzeniami układu nerwowego. Wiemy jednak doskonale, że tego rodzaju postulaty są w realnym świecie niewykonalne.

W związku z powyższym, analizując europejskie prawo zamówień publicznych, konieczna jest identyfikacja sfer, w których zaczyna dominować już nie racjonalność ekonomiczna, ale upolityczniona swoboda decyzji. Wiele wskazuje na to, że takie sfery w prawie zamówień publicznych systematycznie się rozszerzają. Badacz zajmujący się problematyką europejskiego prawa zamówień publicznych winien poświęcić szczególną uwagę zielonym zamówieniom publicznym, społecznie odpowiedzialnym zamówieniom publicznym i innowacyjnym zamówieniom publicznym. Pierwsze dotyczą kwestii ekologicznych, drugie zagadnień związanych z polityką społeczną, w tym osób wykluczonych, chorych, imigrantów, itp. Zamówienia innowacyjne mają za zadanie wspierać rozwój gospodarczy poprzez wykorzystanie zamówień publicznych jako narzędzia stymulującego innowacyjność. Zwłaszcza w przypadku tych rodzajów zamówień jest możliwe podejście do wydatków, w którym decydent polityczny bądź biurokratyczny, według własnego uznania, tworzy warunki postępowania, stojące w opozycji do ekonomicznej racjonalności, będącej fundamentem efektywnego systemu prawa zamówień publicznych. Zgodnie z proponowanym przeze mnie podejściem, opartym na austriackiej szkole ekonomii, badacz europejskiego prawa zamówień publicznych może w łatwy sposób przekonać się o skutkach tego

²⁵ L. von Mises, *Ludzkie działanie*, op. cit., s. 183.

²⁶ *Ibidem*, s. 184.

typu rozwiązań i identyfikować systemowe niedoskonałości prawa. Nie chcę przez to powiedzieć, że prawo, jako narzędzie polityki społeczno-gospodarczej państwa, ma kierować się tylko i wyłącznie rachunkiem ekonomicznym. Problem leży raczej w skali i systemowym rozlokowaniu przepisów dotyczących zamówień. Wielopoziomowe rozmieszczanie uprawnień do decyzji o charakterze politycznym w procesie zakupów zagraża poważnymi zaburzeniami w pracy tego systemu.

Przechodząc do postulowanego przebiegu badań uważam, że powinno się wyodrębnić elementy europejskiego prawa zamówień publicznych odpowiedzialne za poszczególne etapy procesu zakupowego. Kryterium podziału winna być przede wszystkim wewnętrzna logika tego procesu, chociaż w konkretnych badaniach możliwa jest duża doza elastyczności. Odrębnym badaniom powinny podlegać zamówienia o szczególnym charakterze, takiej jak wspomniane już zielone czy społecznie odpowiedzialne. W przypadku, gdy ktoś dokonuje kompleksowej oceny prawa zamówień, proponuję badanie kolejno etapów: szacowania wartości i opisu przedmiotu zamówienia, weryfikację wykonawców, badanie ofert (ewentualnie regulacje dotyczące negocjacji, jeśli takie występują), ocenę ofert, a ostatecznie etap realizacji. Są to najważniejsze (choć nie jedyne), prawnie uregulowane etapy większości procedur zamówieniowych. Kolejność badań w proponowanym przeze mnie układzie odpowiada realnym czynnościom wykonywanym w trakcie postępowania i uwydatnia logiczne związki między kolejnymi etapami. Jest możliwe skupienie się wyłącznie na jakimś wycinku prawa zamówień.

Po określeniu obszaru badawczego, pierwszym zadaniem jest oczywiście dokonanie wykładni prawa unijnego. Z racji rozmiarów niniejszego artykułu, nie jestem w stanie opisać wszystkich reguł, jakie winny temu towarzyszyć. Chciałbym jedynie podkreślić dwa, kluczowe moim zdaniem, aspekty. Po pierwsze: prawo unijne w zakresie zamówień publicznych regulują dyrektywy. Dyrektywa wiąże w odniesieniu do rezultatu, który ma być osiągnięty, pozostawia jednak organom krajowym swobodę wyboru formy i środków. Jak wynika z art. 4 ust. 3 TUE, państwa członkowskie podejmują wszelkie środki ogólne lub szczególne, właściwe dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z traktatów lub aktów instytucji Unii. Jeśli jednak dyrektywa nie osiąga wymaganego rezultatu, zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej, można ją stosować bezpośrednio w następujących przypadkach:

- brak prawidłowej transpozycji – jeśli po upływie terminu na implementację dyrektywy nie jest ona zaimplementowana prawidłowo, w tym zakresie postanowienia dyrektywy mogą być bezpośrednio skuteczne,
- wystarczająca precyzyjność dyrektywy – krąg podmiotów musi być w niej jasno określony, podobnie jak treść przyznanych praw i podmiot zobowiązany,
- bezwarunkowość merytoryczna przepisu dyrektywy²⁷.

²⁷ Porównaj orzeczenia: Judgment of the Court of 4 December 1974, Yvonne van Duyn v Home Office, Case 41/74, European Court reports 1974 Page 01337; Judgment of the Court of 23 November 1977, Enka BV v Inspecteur der Invoerrechten en Accijnzen Arnhem, Case 38/77,

Drugim elementem, który musi być brany pod uwagę w procesie wykładni prawa europejskiego, to mniejsze niż w przypadku np. prawa polskiego znaczenie wykładni literalnej, a większe systemowej i celowościowo-funkcjonalnej.

Po dokonaniu wykładni interesujących nas przepisów należy zidentyfikować adresatów przepisów i określić, jakiego rodzaju bodźce wpływają na ich działania i jakiego rodzaju interakcje występują między nimi, a także przywołać teoretyczne podwaliny porządków, jakie cechują wolnorynkowe i biurokratyczne struktury. W przypadku zamówień publicznych adresatami będą przede wszystkim zamawiający i wykonawcy. O specyfice ich motywacji miałem już okazję w niniejszym artykule skrótowo napisać. Przez identyfikację interakcji między zamawiającymi a wykonawcami rozumiem to, czy mają one charakter cywilnoprawny czy też administracyjnoprawny. W większości będzie to charakter cywilnoprawny, ale silnie ograniczony poprzez przepisy zamówieniowe. Kolejnym, bardzo istotnym etapem, będzie określenie charakteru wyborów, dokonywanych w trakcie nabywania dóbr za publiczne pieniądze. Chodzi o to, czy dokonywane wybory są uzasadnione czysto ekonomicznie, czy też mają charakter polityczny. W tym drugim przypadku należy się liczyć z zakłóceniem racjonalności wyboru dóbr nabywanych za pieniądze podatników. Badacz winien być także świadomy, że w wielu przypadkach czynniki polityczne i ekonomiczne będą przemieszane, a efekt działań podejmowanych w ramach zamówień będzie stanowił wypadkową tak jednych, jak i drugich.

Powstaje pytanie, jak w europejskim prawie zamówień publicznych rozpoznać te przepisy, które dopuszczają polityczne decyzje, wypaczające aspekt ekonomiczny nabywanych dóbr? Moim zdaniem są to takie uregulowania, które wbrew oczywistym potrzebom instytucji zamawiającej, dyskryminują oferty najkorzystniejsze ekonomicznie, faworyzując wykonawców i oferty ekonomicznie gorsze, lecz z powodów politycznych bardziej pożądane. W toku badań należy zadać sobie pytanie, czy dane przepisy prowadzą faktycznie do wyboru oferty na taki produkt, który zapewnia najlepszą relację jakości do ceny, czy też dopuszczają wprowadzenie kryteriów, promujących rozwiązania droższe, mniej wydajne, ale motywowane politycznym wyborem.

Ktoś może oczywiście zarzucić, że skoro w rozumieniu austriackiej szkoły ekonomii wartość ma charakter subiektywny, to dobór kryteriów jest sprawą instytucji zamawiającej i jeśli chce nabyć dobro wyjątkowo drogie i nieefektywne, to jest jego sprawa. Byłoby to prawdą w przypadku własności prywatnej, gdy każdy odpowiada własnymi pieniędzmi za poczynione wydatki. Jednak w przypadku tzw. „własności publicznej”, zachcianki poszczególnych decydentów powinny być eliminowane na rzecz takich dóbr, które powszechnie, w drodze „głosowania” przez konsumentów własnymi pieniędzmi, są szczególnie chętnie nabywane w wymianie wolnorynko-

European Court reports 1977 Page 02203; Judgment of the Court of 5 April 1979, Criminal proceedings against Tullio Ratti, Case 148/78, European Court reports 1979 Page 01629; Judgment of the Court of 19 January 1982, Ursula Becker v Finanzamt Münster-Innenstadt, Case 8/81, European Court reports 1982 Page 00053; Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 7 marca 1996 r., El Corte Inglés SA przeciwko Cristina Blázquez Rivero, Sprawa C-192/94, *Zbiory orzecznictwa Trybunału Europejskiego* 1996 Strona I-01281.

wej. Gospodarność nakazuje zatem, aby, o ile nie zachodzą szczególne okoliczności, nabywać dobra o typowych, średnich standardach i przy założeniu, że na etapie realizacji umowy parametry te będą skrupulatnie weryfikowane, kierować się najniższą ceną. Przykładowo, o ile specyfika pracy nie wymaga nadzwyczaj wysokiej mocy obliczeniowej, komputer dla urzędnika, który używa go głównie do pisania pism i obsługi biurowych programów, powinien mieścić się pośrodku między maszynami najtańszymi, zapewniającymi niski komfort pracy, a bardzo szybkimi, przeznaczonymi do aplikacji graficznych bądź gier komputerowych. Tak samo może być w przypadku mebli biurowych – raczej nieracjonalna jest propozycja zapewnienia każdemu urzędnikowi skórzanych siedzeń i mebli z litego, drogiego drewna, ale też wybór mebli najtańszych może wpłynąć źle zarówno na jakość, trwałość, jak i ergonomię stanowiska i tym samym efektywność pracy. Znowu konieczne jest skupienie się na typowym, standardowym, sprawdzonym rozwiązaniu. Rynek ułatwia dokonywanie tego rodzaju wyborów, dzieląc się na określone segmenty, w rodzaju budżetowego, standardowego i *premium*, gdzie standardowy w większości przypadków jest wyborem najwłaściwszym. Wszelkie odstępstwa od tej zasady winny mieć merytoryczne uzasadnienie.

Jak już wcześniej napisałem, kalkulacja ekonomiczna nie ma charakteru absolutnego – muszą istnieć ograniczenia, bez których narażone byłoby zdrowie i życie ludzkie, np. w postaci zatrutowania środowiska na dużą skalę czy zagrożenia życia na stanowisku pracy. Jestem zdania, że w takich przypadkach trzeba stawiać nieprzekraczalne granice. Jednak w przypadku europejskich zamówień publicznych ryzyko może kryć się gdzie indziej – w przyznaniu instytucjom zamawiającym niemal nieograniczonych uprawnień do narzucania woli politycznej w procesie zakupów, znacznie wykraczającej poza minima niezbędne dla zachowania życia i zdrowia ludzkiego oraz przekraczającej zdolności ekonomiczne do ponoszenia znacznie zwiększonych wydatków. Wyobraźmy sobie np. prezesa urzędu centralnego, który z bliżej nieokreślonych powodów (może na skutek osobistych poglądów, może na skutek korupcji) jest wielkim zwolennikiem technologii pozyskiwania energii z baterii słonecznych. Technologia ta, chociaż z pewnością mniej uciążliwa dla środowiska niż konwencjonalne źródła energii, jest bardzo kosztowna, zwłaszcza w przeliczeniu na jej wydajność. Przyznanie uprawnienia prezesowi urzędu do swobodnego tworzenia opisu przedmiotu zamówienia lub kryteriów oceny ofert jest nieobliczalne w skutkach. Procedura zamówieniowa, zamiast prowadzić do wyboru najefektywniejszego, legalnie dostępnego źródła energii, może zrujnować budżet, angażując zasoby w przedsięwzięcie kosztowne i mało efektywne. Teraz wystarczy przenieść ten przykład na kilkaset tysięcy instytucji zamawiających w Unii Europejskiej, gdzie każda mogłaby, wedle własnego uznania, angażować zasoby w tego rodzaju inwestycje. Skutki finansowe, chociaż trudne do oszacowania, mogą być dramatyczne.

W przypadku zamówień publicznych badacz stanie najprawdopodobniej przed trzema rodzajami interwencjonizmu państwowego i ustalonego prawnie, politycznego wpływania na wyniki postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Pierwszym będą prawnie dozwolone możliwości ustalania wymogów dotyczących warun-

ków postępowania, w tym środowiskowych, wyższych niż te, które z mocy prawa obowiązują wszystkich uczestników obrotu gospodarczego. Każda ochrona, w tym ochrona środowiska, oprócz eliminowania przypadków szczególnie silnie zagrażających życiu i zdrowiu ludzi, musi liczyć się z danym poziomem technologicznym i możliwościami finansowymi. W badaniach jakości przepisów europejskiego prawa zamówień publicznych należy zatem zwracać uwagę na takie postanowienia, które oddają władzę w zakresie dowolnego podwyższania już obowiązujących norm instytucjom zamawiającym. Jest to uprawnienie ekonomicznie niezwykle szkodliwe, gdyż jednostki całkowicie nieprzygotowane do oceny skutków ekonomicznych własnych działań mogą uznaniowo nabywać najdroższe technologie.

Przypadek drugi, który może odnaleźć badacz opierający swoje poszukiwania na dorobku przedstawicieli austriackiej szkoły ekonomii, to sytuacje, w których państwo w ogóle nie powinno ingerować, gdyż jego ingerencja wywoła jedynie ekonomiczne szkody. Z pewnością polityka społeczna jest obszarem, gdzie można zidentyfikować wiele tego typu sytuacji.

Przypadek trzeci dotyczy przypisywania biuromatom atrybutów, których, zgodnie z ustaleniami austriackiej szkoły ekonomii, nie mogą posiadać. Władza ma silną tendencję do przypisywania sobie i swoim podwładnym cech, których z natury rzeczy nie posiadają. Podkreślanie unikatowych zdolności, jakie posiada czy może osiągnąć szeroko rozumiana administracja, wynika po prostu z chęci powiększania własnego obszaru władzy, która realizuje się m.in. przez administrowanie. Wobec tego, jeśli przepisy milcząco zakładają, że urzędnikowi zaangażowanemu w proces udzielania zamówienia publicznego szczególnie zależy na jakości nabywanego dobra i jest osobiście zainteresowany najlepszą relacją jakości do ceny albo że np. jest skłonny do innowacyjności i ponoszenia związanego z nią nieodłącznie, podwyższonego ryzyka, to takie prawo z łatwością można zaklasyfikować jako szkodliwe.

Podsumowując niniejszy artykuł, pragnę zauważyć, że zjawiska o charakterze kryzysowym zawsze stanowią katalizator zmian. W sytuacji ogólnoeuropejskiego kryzysu, europejskie zamówienia publiczne, z racji swojego oddziaływania gospodarczego, zostały włączone w dyskusję i działania podejmowane na rzecz poprawy sytuacji społeczno-gospodarczej w Unii Europejskiej. Zmiany w zamówieniach będą miały przede wszystkim prawny charakter. Dla badaczy zajmujących się problematyką zamówień jest to doskonała okazja do analizowania kierunków zmian i próby ich oceny. Austriacka szkoła ekonomii może stanowić cenne narzędzie w arsenale badacza, pomimo tego, że stoi w zdecydowanej opozycji do poglądów ekonomicznych i gospodarczych dominujących wśród unijnych decydentów. Biorąc pod uwagę projekt pakiету dyrektyw o zamówieniach publicznych, który wejdzie w życie najprawdopodobniej w 2013 r., Unia Europejska stawia na pogłębiony interwencjonizm gospodarczy, jako na sposób wyjścia z kryzysu. Tym bardziej należy podejmować aktywność badawczą w zakresie prawa zamówień publicznych, aby zweryfikować, czy nowe przepisy faktycznie służą poprawie sytuacji gospodarczej, czy tylko dalszemu rozszerzaniu władzy bez liczenia się z kosztami.

Use of the Thought of Austrian School of Economics in Creation of Public Procurement Law

Abstract

Due to the interaction and regulation in the European scale money transfers taking place, in majority, from the public sector to the private sector, undoubtedly European Public Procurement Law has influence on economy. In face of a present (January 2013) world economic crisis, searching for law solutions which would contribute to improvement of economic situation gains meaningful significance. Law changes demand research tools which allow for identification of chances and dangers connected with amendments implementation. Traditional legal tools, although they constitute a starting point for research, do not always provide enough knowledge about the effects of implementation. Austrian School of Economics (ASE) is one of the economic schools which can help in studying social and economic aspects of changes in law. It emphasizes the significance of units as conscious actors of even more complex legal and economic systems. Special attention should be paid to the research regarding legal articles characterized by a political aspect as they may collide with the main function of Public Procurement Law, namely economic rationalization of expenditure.

Keywords: *European Public Procurement Law, The Austrian School of Economics, public procurement, methodology, economic crisis*

Streszczenie

Europejskie prawo zamówień publicznych, z racji oddziaływania i regulowania ogromnych, w skali europejskiej, transferów pieniężnych, w przeważającej części z sektora publicznego do prywatnego, ma niewątpliwy wpływ na gospodarkę. W obliczu obecnego (luty 2013), światowego kryzysu gospodarczego, szczególnego znaczenia nabiera poszukiwanie rozwiązań prawnych, które przyczynią się do poprawy sytuacji gospodarczej. Zmiany prawa wymagają narzędzi badawczych, pozwalających zidentyfikować szanse i zagrożenia związane z nowelizacjami. Tradycyjne narzędzia prawnicze, chociaż stanowią punkt wyjścia dla badań, nie zawsze dostarczają dość wiedzy o efektach nowelizacji. Austriacka szkoła ekonomii (ASE) jest jedną ze szkół ekonomii, która może pomóc w badaniu aspektów społecznych i ekonomicznych zmian prawa. Podkreśla ona znaczenie jednostek jako świadomych aktorów nawet najbardziej złożonych systemów prawnych i ekonomicznych. Szczególnym badaniom winny podlegać przepisy nacechowane politycznie, ponieważ mogą kolidować z główną funkcją prawa zamówień publicznych, jaką jest ekonomiczna racjonalizacja zakupów.

Słowa kluczowe: *europejskie prawo zamówień publicznych, austriacka szkoła ekonomii, zamówienia publiczne, metodologia, kryzys gospodarczy*