

Agnieszka Chrisidu-Budnik

ORCID: 0000-0001-7775-241X

Uniwersytet Wrocławski

<https://doi.org/10.19195/1733-5779.32.6>

Asymetria informacji na rynku zamówień publicznych

JEL Classification: H83, M19

Słowa kluczowe: asymetria informacji, teoria agencji, zamówienia publiczne

Keywords: asymmetric information, agency theory, public procurement

Abstrakt: Celem artykułu jest ukazanie możliwości aplikacji założeń teorii asymetrii informacji do funkcjonowania rynku zamówień publicznych. Do tak wyznaczonego celu zarysowano podstawy teorii kosztów transakcyjnych oraz powiązanej z tą teorią relacji agencji, a także wskazano na prawne narzędzia, umożliwiające redukcję asymetrii informacji.

Asymmetric information on the public procurement market

Abstract: The objective of the article is to present the possibilities of the assumptions to information asymmetry theory to operate in the public procurement market. To this end, the foundations of transaction cost theory are outlined, together with its related agency relations, and the legal tools enabling a reduction in information asymmetry were specified.

Wstęp

Asymetria informacji dotyczy powiązań transakcyjnych, gdy jedna ze stron ma większą wiedzę w zakresie zróżnicowanych kontekstów umowy niż druga, co powoduje zachwianie równowagi sił uczestników transakcji i może prowadzić do dysfunkcji w funkcjonowaniu rynku zamówień publicznych. Asymetria informacji polega na posiadaniu nierównych zasobów informacyjnych i *per se* generuje nierównowagę informacyjną, która stawia jedną ze stron transakcji w sytuacji uprzywilejowanej wobec drugiej, zmuszonej do polegania na ograniczonych zasobach informacyjnych i tym samym do działania w warunkach braku dostatecznej informacji do prawidłowego podejmowania decyzji. Na rynku zamówień publicznych źródłem asymetrii informacji mogą być: a) błędy w obszarze metod

dystrybucji informacji; b) intencje stron transakcji, to jest zamawiającego i wykonawcy; c) naruszenie procedur związanych z transparentnością dokonywania zakupów publicznych. Asymetria informacji przy dokonywaniu zamówień publicznych przyjmuje postać relacji (teorii) agencji, to znaczy transakcji, na mocy której podmiot publiczny (pryncypał–zamawiający) przy zaangażowaniu innego podmiotu prywatnego lub kilku podmiotów (agenta–wykonawcy) zleca mu wykonanie usługi, delegując przy tym na niego część uprawnień i środków do podejmowania decyzji¹. Teoria agencji oparta jest na przynajmniej trzech założeniach:

1. Cele pryncypała i agenta pozostają w konflikcie i dlatego zachowania stron kontraktu mogą być zdominowane postawami oportunistycznymi.

2. Agent dysponuje większym zakresem informacji niż pryncypał.

3. Weryfikacja działań agenta związana z redukcją niepewności co do realizacji kontraktu jest kapitałochłonna dla pryncypała i generuje tak zwane koszty transakcyjne².

Celem artykułu jest ukazanie możliwości aplikacji założeń teorii agencji do specyfiki funkcjonowania rynku zamówień publicznych.

Dynamika zamówień publicznych i koszty transakcyjne

Koszty transakcyjne są jedną z podstawowych kategorii analizy w nowej ekonomii instytucjonalnej³. Według Ronalda Coase'a koszty transakcyjne są związane z negocjacjami i wykonaniem postanowień umowy⁴. W istocie uzasadnione jest twierdzenie o wyodrębnieniu się teorii kosztów transakcyjnych, której założenia mogą być aplikowane do badań nad relacjami współdziałania, jakie występują w sektorze publicznym i prywatnym, przy czym podstawową jednostką analityczną jest umowa⁵. Teoria kosztów transakcyjnych to podejście transdyscyplinarne, które usytuowane jest na styku ekonomii, prawa i nauk z zakresu organizacji i zarządzania. Każdą relację współdziałania, która przyjmuje postać umowy, można i należy analizować w perspektywie teorii kosztów transakcyj-

¹ M.C. Jensen, W.H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, „Journal of Financial Economics” 1976, nr 4, s. 305 n.

² K. Eisenhardt, *Agency theory: An assessment and review*, „The Academy of Management Review” 1989, nr 1, s. 57 n.; Ch.W.L. Hill, T.M. Jones, *Stakeholder — agency theory*, „Journal of Management Studies” 1992, nr 2, s. 131 n.

³ Zob. P.G. Klein, *Transaction costs economics and the new institutional economics*, [w:] *The Elgar companion to transaction costs economics*, red. G. Klein, M. Sykuta, Cheltenham 2010.

⁴ Por. R. Coase, *The nature of the firm*, „Economica” 1937, nr 6, s. 388.

⁵ Zamówienia publiczne są umowami odpłatnymi, zawieranymi między zamawiającym a wykonawcą, których przedmiotem są usługi, dostawy lub roboty budowlane. Z zamówieniami publicznymi mamy do czynienia w sytuacji nabywania usług i dostaw oraz zamawiania wykonania roboty budowlanej (aspekt przedmiotowy zamówienia), gdy jest to dokonywane przez podmioty kwalifikowane jako zamawiający w formie umowy odpłatnej, zawieranej pomiędzy tym podmiotem a wykonawcą (aspekt podmiotowy zamówienia).

nych. Zamówienia publiczne są kategorią prawną i ekonomiczną o dynamicznym charakterze w tym znaczeniu, że przechodzi ono przez trzy, kolejno następujące po sobie etapy: przygotowania zamówienia, zawierania umowy i wykonywania umowy⁶. Realizacja każdego etapu łączy się z koniecznością ponoszenia kosztów transakcyjnych, związanych z istnieniem relacji agencji między zamawiającym i wykonawcą, które dzieli się na trzy grupy:

1. koszty transakcyjne *ex-ante*, występujące na etapie przygotowania umowy (na przykład koszty ustalenia wartości zamówienia, poszukiwania partnera współpracy, rozpoznania kontrahenta, negocjacji, ustanowienia sposobów wymiany wzajemnych informacji, poszukiwania, rozpoznawania, oceny dostępnych ofert);

2. koszty transakcyjne *in tractu*, które powstają na etapie wykonania kontraktu i są konsekwencją ograniczeń kontraktowania (na przykład koszty monitorowania działań wykonawcy, koszty renegocjacji postanowień umowy);

3. koszty transakcyjne *ex-post*, które mogą ujawnić się po zakończeniu realizacji wykonania umowy (na przykład koszty wyegzekwowania postanowień umowy, eliminacji wadliwych skutków realizacji umowy).

Rola prawa w redukcji kosztów transakcyjnych

Ronald Coase analizował kategorię kosztów transakcyjnych w kontekście ich wpływu na swobodę zawierania umów. Sformułowany przez tego amerykańskiego ekonomistę tak zwany teoremat Coase'a oparty został na twierdzeniu, że jeśli koszty transakcyjne są zerowe, to korzyści i koszty zewnętrzne nie powodują zawodności rynku, ponieważ obydwie strony mogą zawrzeć obopólnie korzystny kontrakt⁷. Uwzględnienie teorematu Coase'a pozwala dostrzec, że jedną z podstawowych funkcji władzy ustawodawczej jest takie stanowienie prawa, aby minimalizować koszty transakcyjne, które w istocie są „tarcie” dla umów zawieranych na rynku⁸. Konsekwencją zapoczątkowanej przez Coase'a analizy natury kosztów transakcyjnych było uznanie na gruncie nauk ekonomicznych istotnego wpływu poziomu kosztów transakcyjnych na efektywność zawieranych umów. Obecnie wysokość kosztów transakcyjnych uznaje się za jeden z głównych czynników determinujących zakres ingerencji prawa w procesy gospodarcze. Funkcją prawa

⁶ Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 19.

⁷ Zob. R.H. Coase, *The problem of social cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, nr 3, s. 1 n.

⁸ Teoremat Coase'a nigdy nie został zweryfikowany (pozytywnie/negatywnie); w praktyce koszty transakcyjne zawsze pozostają dodatnie, powstają przy transferze każdego uprawnienia, gdy strony wymiany muszą się odnaleźć, zweryfikować wiarygodność potencjalnego kontrahenta, wymienić informacje, skonstruować umowę, podjąć niezbędne konsultacje z ekspertami; dlatego też podstawową rolą prawa, wynikającą z kontekstu zawierania umów, jest minimalizacja kosztów transakcyjnych. Zob. S.G. Medema, R.O. Zerbe, *The Coase Theorem*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, t. 1, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 1999, s. 836 n.

jest redukcja kosztów transakcyjnych poprzez tworzenie takich rozwiązań systemowych, które pozwolą stronom zminimalizować koszty transakcyjne, związane z daną umową, jak również będące optymalnymi z punktu widzenia całego systemu (gdyż im niższe są koszty transakcyjne, tym większe prawdopodobieństwo, że nastąpi efektywna alokacja określonych dóbr)⁹.

Dwie płaszczyzny analizy teorii agencji w zamówieniach publicznych

Na rynku zamówień publicznych teoria agencji stosowana jest w dwóch kontekstach analizy. Pierwszy kontekst odnosi się do relacji obywatel–władza publiczna, drugi do relacji zamawiający–wykonawca. Pierwszy kontekst analizy tworzy kategoria interesu publicznego. Zamówienia publiczne i dokonywane w ich ramach zakupy służą przede wszystkim zaspokajaniu potrzeb konkretnego zamawiającego, aczkolwiek te potrzeby są jednocześnie potrzebami publicznymi i zamawiający działa w tym zakresie jako reprezentant interesu publicznego¹⁰. W perspektywie teorii agencji władza publiczna jest agentem działającym w interesie publicznym, a więc interesie ogółu obywateli (pryncypała). Zakupy publiczne polegają na wydatkowaniu środków publicznych, które nie są własnością instytucji zamawiającego, lecz własnością obywateli–podatników, którzy finansują istnienie i funkcjonowanie całego sektora publicznego¹¹. Pracownicy instytucji zamawiającego są „wynajęci” przez podatników, aby w ich imieniu i interesie, w optymalny sposób wydatkować środki publiczne. Obywatel–podatnik, występując w charakterze pryncypała, ma prawo oczekiwać, że instytucja zamawiającego, działając jako jego agent, będzie wydatkować środki publiczne, kierując się nie tylko własnym, partykularnym interesem, ale także interesem publicznym. Asymetria informacji, występująca w relacji obywatela (pryncypała) i instytucji zamawiającego (agenci), dotyczy możliwości wystąpienia konfliktu interesów, czyli sytuacji, w której instytucja zamawiającego, a właściwie konkretne osoby działające za tę instytucję, zobowiązane do realizowania w swojej działalności zawodowej interesu publicznego, mają równocześnie własne partykularne interesy (majątkowe, zawodowe itp.), które negatywnie wpływają na działalność zawodową tychże osób, w charakterze organizujących, przeprowadzających lub nadzorujących wykonanie konkretnego zamówienia publicznego¹². W kontekście relacji obywatel–władza

⁹ Por. M. Łolik, *Współczesne prawo kontraktów — wybrane zagadnienia*, Warszawa 2014, s. 14.

¹⁰ Por. M. Szydło, *op. cit.*, s. 4.

¹¹ Zob. Ch.R. Yukins, *A versatile prism: Assessing procurement law through the principal-agent model*, „Public Contract Law Journal” 2010, nr 1, s. 64 n.

¹² Zob. A. Chrisidu-Budnik, *Public purchasing and agency theory*, [w:] *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, red. A. Farazmand, Cham 2020, s. 1 n.

publiczna istotne jest zwrócenie uwagi na zawarte w ustawie Prawo zamówień publicznych zasady udzielania zamówień¹³, których jedną z funkcji jest zapewnienie transparentności rynku zamówień publicznych i zwiększenie jego wiarygodności, a tym samym zaufania obywateli do jego funkcjonowania.

Prawo zamówień publicznych określa reguły postępowania w wieloetapowym procesie ubiegania się o kontrakt publiczny; dlatego wspomniane zasady tworzą generalne uregulowania, odnoszące się do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, bez względu na jego rodzaj, tryb udzielenia i wartość. Ustawowe zasady udzielania zamówień publicznych mają na celu zintensyfikować transparentność rynku zamówień publicznych oraz zwiększyć prawdopodobieństwo, że wybór ofert oparty będzie na merytorycznych i obiektywnych kryteriach, a nie na podstawie partykularnych interesów instytucji zamawiającego¹⁴. Tym samym realizacja zasad udzielania zamówień publicznych służy ochronie interesu publicznego poprzez tworzenie gwarancji równego traktowania wszystkich uczestników postępowania, dążenie do eliminacji zjawisk o charakterze korupcyjnym i w konsekwencji ochrony rynku zamówień publicznych, który powinien być zorganizowany przy zastosowaniu zasad uczciwej konkurencji, bezstronności i obiektywizmu, jawności, równego traktowania wykonawców, legalizmu, pisemności, prymatu przetargu nieograniczonego i ograniczonego.

Drugi kontekst analizy tworzy kategoria kontraktu zawieranego między zamawiającym usługi, dostawy lub roboty budowlane a ich wykonawcami. Ten kontekst analizy relacji agencji wynika z powierzania przez instytucję zamawiającego określonych zadań do realizacji oraz części uprawnień własnościowych instytucji wykonawcy. Relacje pomiędzy zamawiającym a wykonawcą oparte są na pewnym konflikcie interesów, wynikającym z tego, że mają oni sprzeczne cele, które generować mogą zachowania oportunistyczne. Zamawiający dąży do realizacji kontraktu przy możliwie niskich transferach środków publicznych do wykonawcy, którego celem z kolei jest uzyskanie możliwie dużych transferów do realizacji przedmiotu zamówienia publicznego. W klasycznym nurcie teorii agencji przyjmuje się, że przewagą informacyjną dysponuje agent, występujący w imieniu pryncypała, natomiast cechą charakterystyczną dla systemu zamówień publicznych i dokonywanych w ich ramach zakupów jest możliwość występowania obustronnej asymetrii informacji. Chociaż przewaga informacyjna występuje zazwyczaj po stronie wykonawcy, istotne jest dostrzeżenie i takich sytuacji, kiedy w ramach relacji agencji stroną lepiej poinformowaną jest zamawiający; dlatego regulacje prawne eksponują znaczenie wspomnianych już w artykule zasad, tkwiących u podstaw sprawied-

¹³ Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 roku Prawo zamówień publicznych (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

¹⁴ Zob. M. Zaborowski, *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Economic Studies” 2019, nr 3, s. 151 n.

liwego proceduralnie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wśród których istotna jest zasada jawności (przejrzystości). Zasada jawności przejawia się w obowiązku dostatecznego udostępnienia przez instytucję zamawiającego wszelkich informacji o działaniach aktualnie podejmowanych lub o działaniach dopiero planowanych, które mogą mieć znaczenie dla poszczególnych wykonawców, w tym dla potencjalnych wykonawców, zwłaszcza jeśli informacja o pewnych faktach jest warunkiem *sine qua non* dla wykonawcy, aby móc dokonać racjonalnego wyboru, związanego z konkretnym zamówieniem publicznym. Tego typu regulacje prawne mają na celu eliminację charakterystycznego dla etapu przygotowywania i zawierania kontraktu efektu negatywnej selekcji, przejawiającego się w tym, że zamawiający, dążąc do zwarcia kontraktu, dokonuje redystrybucji informacji w taki sposób, że stwarza możliwość eliminacji niektórych zamawiających z udziału w postępowaniu o zawarcie zamówienia publicznego lub utrudnia im racjonalne podjęcie decyzji.

W klasycznym nurcie teorii agencji istnieje założenie, że pryncypał jest podmiotem pasywnym, to znaczy w dużej mierze jest zobligowany do polegania na działaniach agenta. W zamówieniach publicznych kluczowe znaczenie ma natomiast fakt, że to wykonawca, zwłaszcza na etapie przedkontraktowym (etap przygotowania umowy), jest zmuszony do polegania na działaniach zamawiającego (pryncypała), na jego staranności, przygotowaniu merytorycznym. W odróżnieniu od kontraktów prywatnych w zamówieniach publicznych, będących jednym z rodzajów kontraktów publicznych, etap przygotowywania zamówienia publicznego jest zdominowany aktywnością zamawiającego. Już na samym początku uruchomienia procesu o udzielenie zamówienia publicznego to decyzje podejmowane przez zamawiającego determinują zachowania wykonawców i w ostateczności przesądzają o jakości efektu realizacji zamówienia w postaci eliminacji negatywnych skutków zawarcia transakcji i tym samym redukcji kosztów agencji *in tractu* i *ex-post*. Usunięcie asymetrii informacji, która skutkuje możliwością skonstruowania przez zamawiającego błędnych parametrów (organizacyjnych, technologicznych, finansowych, prawnych), wymaga poniesienia relatywnie wysokich kosztów transakcyjnych *ex ante*. Ich minimalizacja możliwa jest jednak przez uruchomienie przewidzianych przepisami prawa procedur negocjacyjnych, do których zaliczyć można dialog techniczny i dialog konkurencyjny¹⁵.

¹⁵ Zgodnie z art. 29 ust. 1 ustawy Prawo zamówień publicznych przedmiot zamówienia powinien być opisany w sposób jednoznaczny i wyczerpujący, za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności, mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Niemożność wywiązania się z tego obowiązku przez zamawiającego i niedoprecyzowanie swoich oczekiwań może spowodować naruszenie zasady uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców. W takiej sytuacji wskazane jest posłużenie się instrumentami, ułatwiającymi w swym założeniu dokonanie precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia. Jednym z takich instrumentów, który przewiduje w tym przypadku ustawa, jest dialog techniczny. Przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia zamawiający może poinformować wyko-

Dokonywanie zamówień publicznych oparte jest na różnych rodzajach kontraktów, które można sklasyfikować między innymi w oparciu o kryterium częstotliwości ich zawierania oraz specyfikę zasobów. Szczególne znaczenie mają tak zwane kontrakty niekompletne (rzadkie), których przedmiotem są wyspecjalizowane zasoby (na przykład transfer *know-how*), wymagające prawidłowej re-dystrybucji informacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą¹⁶. Uruchamianie procedur negocjacyjnych odpowiada charakterowi i specyfice realizacji wysoce specjalistycznych przedsięwzięć, często realizowanych zwłaszcza w formule partnerstwa publiczno-prywatnego (PPP). Ponadto, w przypadku niskiej regularności powtarzania się transakcji i wysokiego poziomu specyficzności zasobów, zaobserwować można tendencje do nasilania się postaw oportunistycznych. Ryzyko podejmowania działań oportunistycznych związane jest z tym, że jedna ze stron

nańców o planach i oczekiwaniach dotyczących zamówienia. W szczególności może przeprowadzić dialog techniczny, zwracając się do ekspertów, organów władzy publicznej lub wykonawców, o doradztwo lub udzielenie informacji w zakresie niezbędnym do przygotowania opisu przedmiotu zamówienia, specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub określenia warunków umowy. Wykorzystanie instytucji dialogu technicznego pozwala na etapie przygotowywania umowy zredukować asymetrię informacji pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, a tym samym, w znacznym stopniu, wyeliminować nieprawidłowości na etapie wykonywania postanowień umowy i w ten sposób zminimalizować koszty transakcyjne *ex post*.

¹⁶ Kategoria kontraktów niekompletnych oparta jest na zakorzenionym w tradycji systemu *common law* podziale na tak zwane kontrakty kompletne (*complete contracts*) i niekompletne (*incomplete contracts*). Kontrakt kompletny to typ umowy, w której możliwe jest precyzyjne sformułowanie na etapie przedkontraktowym postanowień i warunków wszystkich sytuacji, które mogą wystąpić na etapie wykonywania umowy. Możliwość sporządzenia tego typu kontraktu pozwala na znaczną redukcję zwłaszcza kosztów transakcyjnych *in tractu* i *ex post*, ponieważ kontrakt kompletny nie wymaga renegeacji i jest realizowany analogicznie do uzgodnień poczynionych na etapie przedkontraktowym. Kontrakt niekompletny to typ umowy, która nie jest „domknięta” z powodu braku możliwości identyfikacji wszystkich zdarzeń i sytuacji, mogących wystąpić na etapie jego realizacji. Nieprzewidywalne stany otoczenia, w których kontrakt będzie wykonywany, „wymusza” konieczność renegeacji i modyfikacji postanowień poczynionych na etapie przedkontraktowym. Kontrakty niekompletne immanentnie związane są z ryzykiem wystąpienia sytuacji nieprzewidzianych w umowie, dlatego tak istotne jest zapewnienie w tym kontekście optymalnej ich elastyczności, czemu może służyć taka instytucja prawna jak chociażby klauzula *rebus sic stantibus*, zapewniająca stronom umowy adaptację do zmieniających się warunków otoczenia (społecznych, gospodarczych, politycznych). Elastyczność kontraktu niweluje powstające bariery i ułatwia wykonanie przedmiotu świadczenia, przez co obniża koszty *ex post*. Zapewnienie wspomnianej elastyczności związane jest jednak z koniecznością poniesienia relatywnie wysokich kosztów *ex ante* na etapie przygotowania umowy. Zob. O.E. Williamson, *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu: firmy, rynki i relacje kontraktowe*, Warszawa 1998, s. 43 n.; P. Aghion, *Incomplete contracts and theory of the firm: what have we learned over the past 25 years?*, „Journal of Economic Perspectives” 2011, nr 2, s. 181 n.; R. Tanajewska, *Klauzula rebus sic stantibus w prawie zamówień publicznych a problematyka stosowania kar umownych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38, s. 119 n.

kontraktu może w wyniku takich działań uzyskać większą korzyść indywidualną, która bywa określana mianem premii za oportunizm¹⁷.

Postawy oportunistyczne w procesach dokonywania zamówień publicznych mogą pojawić się na dwóch etapach¹⁸. Na etapie przygotowywania umowy postawy oportunistyczne przyjmują postać negatywnej selekcji (*adverse selection*). Negatywna selekcja to sytuacja, gdy jedna ze stron umowy jest lepiej poinformowana niż druga. Strona lepiej poinformowana korzysta z przywileju, określanego mianem ukrytej informacji (*hidden information*) i jednocześnie ma motywację, aby tę przewagę informacyjną zachować przed zawarciem umowy¹⁹. W teorii agencji jest założenie, że stroną lepiej poinformowaną jest zazwyczaj agent, podczas gdy pryncypał nie ma ograniczonych możliwości weryfikacji kompetencji, wiedzy czy też zasobów, którymi dysponuje agent. Ograniczone możliwości weryfikacji szeroko rozumianego potencjału agenta tworzą istotną barierę sprawnej realizacji kontraktu i generują wysokie koszty transakcyjne *ex ante*, związane z koniecznością: 1. weryfikacji potencjalnego wykonawcy zamówienia publicznego, w tym między innymi gromadzenie i przetwarzanie dokumentów, potwierdzających spełnienie stosownych warunków, określonych przez instytucję zamawiającego, gromadzenie i przetwarzanie stosownych wyjaśnień (na przykład wyjaśnień, co do złożonej oferty); 2. rozpoznania jego intencji zawarcia umowy; 3. pozyskaniem wiedzy o technicznych, ekonomiczno-finansowych, organizacyjnych aspektach realizacji przedmiotu zamówienia²⁰. Na etapie realizacji umowy może ujawnić się efekt pokusy nadużycia (*moral hazard*). Efekt pokusy nadużycia dotyczy sytuacji,

¹⁷ Zob. P. Machnikowski, *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010, s. 98 n.

¹⁸ Zob. A. Chrisidu-Budnik, J. Przedańska, *The agency theory approach to the public procurement system*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2017, nr 1, s. 154 n.

¹⁹ Zob. V. Rai, D.H. Kim, *Principal-agent problem: A cognitive map approach*, „Electronic Commerce Research and Applications” 2002, nr 2, s. 174 n.

²⁰ W przypadku przedsięwzięć realizowanych w formule PPP ustawa o partnerstwie publiczno-prywatnym (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1445 ze zm.) stwarza podstawę prawną (art. 55 ust. 1 pkt 8) do zastosowania instytucji dialogu konkurencyjnego. Ponadto tryb dialogu konkurencyjnego został przewidziany w ustawie Prawo zamówień publicznych; tryb ten został wprowadzony do udzielania szczególnie skomplikowanych zamówień, gdy zachodzą okoliczności wymienione w art. 55. Zgodnie z postanowieniami ustawy o PPP tryb dialogu konkurencyjnego może znaleźć zastosowanie, gdy zamówienie nie może zostać udzielone, bez wcześniejszego przeprowadzenia negocjacji, z uwagi na szczególne okoliczności dotyczące jego charakteru, stopnia złożoności lub uwarunkowań finansowych, prawnych lub z uwagi na ryzyko związane z realizacją przedmiotu zamówienia. Ramy artykułu nie pozwalają na podjęcie problematyki dialogu konkurencyjnego z punktu widzenia celów, jakie wyznaczono w artykule; istotne jest podkreślenie, że przywołana instytucja pozwala zredukować ryzyko przez ułatwienie i zmotywowanie podmiotu publicznego i prywatnego jako przyszłych kontrahentów do wymiany informacji. W tym kontekście warto odwołać się do wyroku Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 23 lutego 2018 roku (sygn. akt. KIO 241/18), w którym stwierdzono, że dialog konkurencyjny jest postępowaniem odkrywczym, ukierunkowanym na zdobycie przez zamawiającego wiedzy na temat rozwiązań dostępnych na rynku i wybór najlepszego z nich.

gdy zamawiający nie jest w stanie w pełni kontrolować działań podejmowanych przez wykonawcę w trakcie wykonywania postanowień umowy. Wykonawca w tym wypadku może skorzystać z przywileju określanego mianem ukrytego działania (*hidden action*). Trudności związane z weryfikacją działań wykonawcy są wprost proporcjonalne do stopnia złożoności zamówienia publicznego, co z kolei generuje wysokie koszty transakcyjne *in tractu*, związane z koniecznością monitorowania działań wykonawcy i koszty transakcyjne *ex post*, związane z koniecznością eliminacji wadliwych skutków realizacji kontraktu.

Wnioski

Asymetria informacji związana jest z istnieniem kosztów transakcyjnych, których minimalizacja usprawnia dokonywanie transakcji na rynku zamówień publicznych. Prawo, zwłaszcza na etapie przedkontraktowym, tworzy procedury umożliwiające zamawiającemu i wykonawcy obopólną wymianę informacji, których użycie stwarza podstawy do minimalizacji tych kosztów na etapie realizacji postanowień umowy. Prawo stwarza możliwość transferu informacji, które ustawodawca uznał za istotne do podjęcia decyzji o zawarciu umowy lub których dysponowanie tylko przez jedną stronę (wykonawca) zwiększa ryzyko podejmowania działań oportunistycznych. Zastosowanie optyki relacji agencji do specyfiki funkcjonowania rynku zamówień publicznych uzasadnia konstatację, że wystąpienie negatywnej selekcji na etapie poprzedzającym zawarcie umowy implikuje istnienie relatywnie wysokich kosztów transakcyjnych *ex ante*, które w przeważającej mierze ponosi zamawiający. Świadoma decyzja zamawiającego o konieczności poniesienia kosztów transakcyjnych *ex ante* może prowadzić do redukcji tych kosztów na etapie wykonywania umowy, jak i po jej zakończeniu.

Bibliografia

- Aghion P., *Incomplete contracts and theory of the firm: what have we learned over the past 25 years?*, „Journal of Economic Perspectives” 2011, nr 2.
- Chrisidu-Budnik A., *Public purchasing and agency theory*, [w:] *Global Encyclopedia of Public Administration, Public Policy, and Governance*, red. A. Farazmand, Cham 2020.
- Chrisidu-Budnik A., Przedańska J., *The agency theory approach to the public procurement system*, „Wrocław Review of Law, Administration and Economics” 2017, nr 1.
- Coase R.H., *The nature of the firm*, „Economica” 1937, nr 6.
- Coase R.H., *The problem of social cost*, „Journal of Law and Economics” 1960, nr 3.
- Eisenhardt K., *Agency theory: An assessment and review*, „The Academy of Management Review” 1989, nr 1.
- Hill Ch.W.L., Jones T.M., *Stakeholder — agency theory*, „Journal of Management Studies” 1992, nr 21.

Zob. też Ch.R. Yukins, *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*, „GWU Legal Studies Research Paper” 2017, nr 2017–75.

- Jensen M.C., Meckling W.H., *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, „Journal of Financial Economics” 1976, nr 4.
- Klein P.G., *Transaction costs economics and the new institutional economics*, [w:] *The Elgar companion to transaction costs economics*, red. G. Klein, M. Sykuta, Cheltenham 2010.
- Łolik M., *Współczesne prawo kontraktów — wybrane zagadnienia*, Warszawa 2014.
- Machnikowski P., *Prawne instrumenty ochrony zaufania przy zawieraniu umowy*, Wrocław 2010.
- Medema S.G., Zerbe R.O., *The Coase Theorem*, [w:] *Encyclopedia of Law and Economics*, t. 1, red. B. Bouckaert, G. De Geest, Cheltenham 1999.
- Rai V., Kim D.H., *Principal-agent problem: A cognitive map approach*, „Electronic Commerce Research and Applications” 2002, nr 2.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
- Tanajewska R., *Klauzula rebus sic stantibus w prawie zamówień publicznych a problematyka stosowania kar umownych*, „Studia Prawnoustrojowe” 2017, nr 38.
- Williamson O.E., *Ekonomiczne instytucje kapitalizmu: firmy, rynki i relacje kontraktowe*, Warszawa 1998.
- Yukins Ch.R., *A versatile prism: Assessing procurement law through the principal-agent model*, „Public Contract Law Journal” 2010, nr 1.
- Yukins Ch.R., *The U.S. Federal Procurement System: An Introduction*, „GWU Legal Studies Research Paper” 2017, nr 2017–75.
- Zaborowski M., *Cel i funkcje zamówień publicznych*, „Optimum. Economic Studies” 2019, nr 3.