

Dr Anna Górczyńska
Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji
Uniwersytet Łódzki

Anna Górczyńska Wspieranie innowacyjności małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych

Wprowadzenie

Pojęcie innowacyjności jest obecnie szeroko stosowane, a nawet w pewnych sytuacjach nadużywane dla uzasadnienia konieczności modernizacji gospodarki Unii Europejskiej. Procesy globalizacyjne oraz kryzys gospodarczy bezpośrednio wpłynęły na konieczność opracowania politycznej i ekonomicznej strategii rozwoju Unii Europejskiej¹, która będzie uwzględniała nie tylko konkurencyjność, ale także nowoczesny i innowacyjny rozwój, uwzględniający dynamiczny postęp technologiczny. Jednocześnie Strategia Europa 2020 podkreśla znaczenie małych i średnich przedsiębiorstw dla wzrostu gospodarczego, przeciwdziałania skutkom kryzysu oraz wzrostu innowacyjności państw członkowskich UE.

Literatura przedmiotu² oraz Komisja Europejska³ podaje różne definicje innowacyjności i wyróżnia jej podstawowe cztery typy:

1. innowacyjność produktu oznaczająca stworzenie lub ulepszenie dobra lub usługi,
2. innowacyjność procesu oznaczająca stworzenie lub ulepszenie metody produkcji lub dostawy,
3. innowacyjność strategii marketingowej polegająca na stworzeniu nowych metod marketingowych,
4. innowacyjność organizacyjna polegająca na wprowadzeniu nowej organizacji miejsca pracy, nowej praktyki biznesowej lub nowych relacji z partnerami zewnętrznymi.

¹ Komunikat Komisji z 3 marca 2010 r. Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu, KOM (2010) 2020.

² W literaturze prawniczej oraz ekonomicznej występuje szereg publikacji dotyczących innowacyjności m.in. A. Akiike, Can Firms Simultaneously Pursue Technology Innovation and Design Innovation, *Annals of Business Administrative science* 2014, Nr 3, s. 169-181; E. Stawasz, Innowacje a konkurencyjność małych przedsiębiorstw, *Zeszyty Naukowe, Organizacja i Zarządzanie*, wyd. Politechniki Łódzkiej 2013 r., s. 17-28; E. Stawasz, Innovation capacity of enterprises – selected issues, *Acta Universitatis Lodzensis Folia Oeconomica* (227) 2013, s. 107-127; E. Stawasz, Rozwój badań nad innowacyjnością i konkurencyjnością małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, *Acta Universitatis Lodzensis, Folia Oeconomica* (234) 2010, s. 123-136; red. T. Kraśnicka, T. Ingram, *Innowacyjność przedsiębiorstw: koncepcje, uwarunkowania i pomiar*, wyd. UE, Katowice 2014, red. A. Wilmańska, *Innowacyjność 2010, Raport PARP 2010*; T. Szymanek, *Innowacyjność w przedsiębiorstwie*, Warszawa 2013; J. Duraj, M. Papiernik-Wojdera, *przedsiębiorczość i innowacyjność*, Difin 2010.

³ www.europa.eu/enterprise/innovation.

Istotne znaczenie sektora MŚP dla rozwoju gospodarczego wszystkich państw członkowskich UE uzasadnia debatę dotyczącą dopuszczalności wspierania tego sektora poprzez system zamówień publicznych. Z punktu widzenia analizy regulacji prawnych zamówienia publiczne regulowane są zarówno w prawie UE⁴, jak również w prawie krajowym wszystkich państw członkowskich. Zakres stosowania prawa UE lub prawa krajowego jest zależny od przekroczenia tzw. progów określonych w rozporządzeniach UE⁵.

Zamówienia publiczne mają w swoim założeniu służyć przede wszystkim realizacji celów ekonomicznych, a więc uzyskaniu dobra lub usługi o jak najlepszej jakości za jak najkorzystniejszą cenę. Z drugiej jednak strony obserwowane są praktyki i idące w ślad za nimi regulacje prawne, które dopuszczają uwzględnienie pozaekonomicznych aspektów w wydatkowaniu środków publicznych przez system zamówień publicznych. Do takich aspektów należą np. preferencje na rzecz ochrony środowiska (tzw. zielone zamówienia publiczne), wpieranie polityki społecznej (np. wsparcie dla niepełnosprawnych), jak również wsparcie dla małych i średnich przedsiębiorstw. Tendencje te są szczególnie dobrze widoczne w tzw. pakiecie legislacyjnym nowych dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych, przyjętych wiosną 2014 r.⁶

Wsparcie dla MŚP w zamówieniach publicznych uzasadniane jest nie tylko ich znaczącą rolą dla gospodarki UE, ale także zdolnością do innowacyjności, elastycznością, prostą strukturą organizacyjną i zdolnością do szybkiej reakcji na potrzeby rynkowe. Ponadto

⁴ Obecnie w prawie UE nadal obowiązują: Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s.114) zwana dyrektywą klasyczną; Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.03.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień publicznych przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.04.2004 r., s.114) zwana dyrektywą sektorową; Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 11.12.2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/12/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007 r., s.31) zwana dyrektywą odwoławczą.

⁵ Progi, powyżej których zastosowanie znajdują uregulowania prawa europejskiego są następujące zgodnie z Rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1336/2013 z 13.12.2013 r. zmieniającym dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE w odniesieniu do progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 14.12.2013 r., s. 17) i wynoszą: dla robót budowlanych: 5 186 000 Euro, dla dostaw i usług a) w jednostkach samorządu terytorialnego (w uproszczeniu): 134 000 Euro b) w administracji rządowej (w uproszczeniu): 207 000 Euro c) w sektorze użyteczności publicznej: 414 000 Euro. Dla zamówień o wartości poniżej powyższych progów stosuje się prawo krajowe – w Polsce ustawę z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2013 r., poz. 984, 1047, 1473 oraz z 2014 r. poz. 423, 768, 811, 915, 1146 i 1232).

⁶ Na tzw. nowy pakiet legislacyjny z 2014 r. składają się: Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/WE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94/65) zwana dyrektywą klasyczną; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94/243) zwana dyrektywą sektorową; Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/WE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania koncesji (Dz. Urz. UE L 94/1).

aktywność MŚP jako wykonawców zamówień publicznych jest również korzystna dla samych przedsiębiorstw, prowadząc do wzrostu ich przychodów i pobudzając innowacyjne rozwiązania⁷. Jednocześnie w opracowaniach zleczanych m.in. na zamówienie Komisji Europejskiej, europejskich raportach branżowych oraz raportach polskich można wyróżnić szereg barier w dostępie MŚP do rynku zamówień publicznych⁸:

- zakres zamówienia jest zbyt duży dla możliwości i potencjału ekonomicznego przedsiębiorstwa,
- niedostateczne źródła informacji o możliwych do realizacji zamówieniach,
- nadmierne wymagania odnoszące się do zdolności finansowej wykonawcy zarówno na etapie ubiegania się o zamówienie, jak również jego realizacji,
- niewystarczający czas na przygotowanie dokumentacji przetargowej,
- dodatkowe wymagania dotyczące np. posiadania odpowiednich certyfikatów,
- wysoki koszt uzyskania certyfikatów, wadium oraz zabezpieczenia należytego wykonania zobowiązania,
- opóźnienia w płatnościach,
- podwykonawstwo zamiast wykonawstwa,
- dyskryminacyjne kryteria kwalifikacji wykonawców,
- niejasne i nieprecyzyjne kryteria oceny ofert.

Należy także podkreślić, iż obok prawnych rozwiązań wspierających udział MŚP w zamówieniach publicznych konieczne byłoby rozpowszechnienie dobrych praktyk zwiększania udziału małych i średnich przedsiębiorstw w konkretnych procedurach regionalnych i krajowych.

Celem niniejszego rozdziału jest zatem analiza prawnych instrumentów systemu zamówień publicznych na rzecz wspierania małych i średnich przedsiębiorstw oraz podjęcie

⁷ S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, Sweet and Maxwell 2005, rozdział 19; N. Hatzis, *The legality of SME development policies under EC procurement law* [w:] S. Arrowsmith, P. Kunzlik, *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law*, Cambridge 2009, s. 346; J. Arnould, *Secondary Policies in Public Procurement: The Innovations of the New Directives*, PPLR 2004, Nr 13, s. 187; G. O'Brien, *Public Procurement and Small and Medium Sized Enterprises*, PPLR 1993, Nr 2, s. 82; A. Erridge, *Involvement of SMEs in Public Procurement*, PPLR 1998, Nr 7, s. 37; M. Burgi *Small and Medium Sized Enterprises and Procurement Law – European Legal Framework and German Experiences*, PPLR 2007, Nr 16, s. 284.

⁸ *Evaluation of SMEs access to public procurement markets in the EU*, DG Enterprise and Industry, Final report, Bruksela, 2010 r.; *European Code of best practices facilitating access by SMEs to public procurement contracts*, Bruksela 2008, SEC (2008) 2193; wcześniejsze raporty: *Evaluation of the SMEs access to public procurement markets in the EU*, DG Enterprise and Industry, Bruksela 2007; *The access of SMEs to public procurement contracts*, DG Enterprise and Industry, Bruksela 2004; w Polsce najważniejsze znaczenie posiada raport pt *Nowe podejście do zamówień publicznych: zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój*, raport przyjęty przez Radę Ministrów w dniu 8 kwietnia 2008 r.

próby odpowiedzi na pytanie czy wsparcie dla sektora MŚP może przyczynić się do wzrostu innowacyjności.

Swobody Wspólnego Rynku a zamówienia publiczne

Podstawowymi zasadami zamówień publicznych są zasady niedyskryminacji i równego traktowania wszystkich uczestników postępowania. Zasady te, wywiedzione z Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁹ są również wymienione w preambule oraz treści dyrektyw dotyczących zamówień publicznych¹⁰.

Zasada równego traktowania oznacza, że wszystkie przedsiębiorstwa mają być traktowane w równy sposób i niezgodne z prawem są wszelkie formy bezpośredniej lub pośredniej dyskryminacji¹¹. Orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości UE zawiera wiele form dyskryminacji w zamówieniach publicznych odnoszących się np. do przynależności państwowej przedsiębiorcy¹².

Wyłączenia od obowiązku stosowania podstawowych swobód są enumeratywnie wymienione w Traktacie i dotyczą np. ochrony interesu publicznego, bezpieczeństwa czy zdrowia publicznego. Traktatowe uregulowania prawne nie wprowadzają żadnych preferencji w traktowaniu małych i średnich przedsiębiorstw. Podstawowe swobody Wspólnego Rynku odnoszą się do polityki przemysłowej UE, a zatem także do uregulowań dotyczących przedsiębiorców. W kontekście zamówień publicznych istotną rolę odrywa więc określenie roli państwa w krajowej gospodarce państwa członkowskiego i dokonanie rozróżnienia roli państwa jako nabywcy oraz roli państwa jako ustawodawcy. Jako nabywca państwo ma na celu dokonanie jak najkorzystniejszego zakupu towarów i usług, natomiast jako ustawodawca państwo wielokrotnie dąży do instrumentalizacji zamówień publicznych i realizacji poprzez wydatkowanie środków publicznych różnorodnych krajowych celów strategicznych np. polityki w zakresie ochrony środowiska. Stąd nadal pozostaje otwarte pytanie w jakim stopniu w obliczu istniejących regulacji prawa unijnego, państwa członkowskie mogą realizować

⁹ Art 18, Traktat o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz.Urz UE C 115.

¹⁰ Art. 2 dyrektywy 2004/18/EC and Art. 10 dyrektywy 2004/17/EC.

¹¹ P. Craig, G. Burca, EC Law. Text, Cases and Materials, Oxford 2010; S. Arrowsmith, The Law of Public and Utilities Procurement, Sweet and Maxwell 2005, s. 462; R. Nielsen, S. Treumer, The New Public Procurement Directives, Copenhagen 2005, s. 59; J. Galster, C. Mik, Podstawy europejskiego prawa wspólnotowego. Zarys wykładu, 1996, s.187; A. Cieśliński, Wspólnotowe prawo gospodarcze, CH Beck 2010; A. Sottysińska, Europejskie prawo zamówień publicznych, Zakamycze 2006, s. 107.

¹² C-260/04 Commission v. Italy [2007] ECR I-7083, par. 23; C-470/99 Universale Bau [2002] ECR I-11617, par. 91; połączone sprawy C-21/03 and C-34/03 [2005] Fabricom ECR I-1559, par. 27; C-264/99 Commission v. Italy [2000] I-4417; C-243/89 Commission v. Denmark [1999]; C-513/99 Concordia Bus Finland ECR [2002] I-7213; C-458/03 Parking Brixen [2005] ECR I-8612; C-410/04 ANAV [2006] ECR I-3303.

dodatkowe cele np. wspieranie małych i średnich przedsiębiorstw w realizacji systemu zamówień publicznych.¹³

Kolejny interesujący problem badawczy pojawia się w odniesieniu do wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w kontekście pomocy publicznej. Pomoc publiczna jest co do zasady zakazana, gdyż grozi zakłóceniem konkurencyjności na Rynku Wewnętrznym, a dopuszczalne wyjątki są szczegółowo określone odrębnymi regulacjami prawnymi. Z tego powodu np. włoskie regionalne preferencje, rezerwujące 30 procent zamówień publicznych dla przedsiębiorstw zarejestrowanych w południowych regionach Włoch (tzw. Mezzogiorno), zostały zakwalifikowane przez Trybunał Sprawiedliwości jako niezgodne z prawem preferencje regionalne i niedozwolona pomoc publiczną¹⁴.

Koncepcja wolnej i nieograniczonej konkurencji jest w zamówieniach publicznych konkretyzowana poprzez zasadę wyboru najlepszej oferty za najkorzystniejszą cenę. Jest to tzw. zasada best value for money. Instytucje zamawiające są więc zobowiązane do uwzględniania przede wszystkim aspektów ekonomicznych w procesie udzielania zamówień publicznych. W praktyce jednak państwa członkowskie wielokrotnie wykorzystywały system zamówień publicznych dla realizacji swojej krajowej polityki protekcyjnej. Wskutek licznych postępowań przed Trybunałem Sprawiedliwości preferencje krajowe zostawały znoszone jako niezgodne z prawem unijnym.¹⁵ Jednakże niektóre pozaekonomiczne aspekty jak np. ochrona środowiska czy preferencje dla osób niepełnosprawnych zostały w ostatnich latach wprost zawarte w prawnych regulacjach zamówień publicznych. Uwzględnianie tych dodatkowych kryteriów jest przejawem zmiany wcześniejszego podejścia do zamówień publicznych, które dopuszczało realizację jedynie założeń ekonomicznych. W efekcie ogólnoeuropejskiej debaty do nowych dyrektyw z 2014 r. wprowadzono już bezpośrednio zarówno w preambule, jak i w treści dyrektyw, nie tylko dopuszczalność stosowania preferencji środowiskowych, ale także społecznych oraz preferencji związanych ze specjalnym traktowaniem małych i średnich przedsiębiorstw. W tym kontekście pojawia się jednakże kolejne pytanie o efektywność nowego systemu zamówień publicznych, który w ujęciu nowego podejścia będzie mógł służyć np. zwalczaniu

¹³ S. Arrowsmith, Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical overview w: S. Arrowsmith, Kunzlik (red.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, s. 147–248.

¹⁴ C-21/88 Du Pont de Nemours [1999] ECR I-889; S. Arrowsmith, Application of the EC Treaty and directives to horizontal policies: a critical overview w: S. Arrowsmith, Kunzlik (red.), Social and Environmental Policies in EC Procurement Law, Cambridge 2009, s. 152–156.

¹⁵ A. Górczyńska, Zasady wspólnotowego prawa zamówień publicznych w: M. Królikowska-Olczak (red) Prawo europejskie w systemie polskiej gospodarki, Difin 2005; C-275/98 (Unitron Scandinavia) ECR [1999] I-8291, par. 31-32; C-45/87 ECR [1988] I-4929, par. 26; C-3/88 (Re Data Processing) ECR [1989] p. 4035; C-16/98 ECR [2000], p. 111; C-225/98 [2000] p. 83.

bezrobocia czy redukcji fluktuacji rynkowych. W odniesieniu do wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych należy zauważyć, że już w obecnym stanie prawnym dostępne są środki służące temu celowi, natomiast po implementacji nowych dyrektyw metody te zostaną uporządkowane i zawarte bezpośrednio w obowiązujących uregulowaniach prawnych.

Uregulowania soft law w odniesieniu do małych i średnich przedsiębiorstw

Rola i znaczenie małych i średnich przedsiębiorstw dla systemu zamówień publicznych nie jest uregulowana w odrębnym akcie prawa unijnego. Komisja Europejska opublikowała jedynie przewodniki dotyczące promowania MŚP, w których podkreślono znaczenie ich lepszego dostępu do zamówień publicznych¹⁶. W 2008 r. Komisja Europejska przyjęła tzw. Small Business Act for Europe, który jest przejawem woli politycznej do podkreślenia kluczowej roli MŚP dla gospodarki UE¹⁷. Celem Small Business Act jest zwiększanie promocji przedsiębiorczości oraz rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw poprzez eliminację barier ograniczających ich rozwój. W listopadzie 2011 r. Komisja zaprezentowała nowe podejście do MŚP w dokumencie będącym aktualizacją Small Business Act, który podsumował dotychczas realizowane inicjatywy i przedstawił propozycje przyszłych rozwiązań prawnych np. w zakresie faktur elektronicznych czy płatności w terminie 30 dni zobowiązań dla MŚP. Proponowano również redukcję przeszkód administracyjnych dla przedsiębiorstw oraz wspieranie ich wspólnego ubiegania się o udzielenie zamówienia.

W 2008 r. został przyjęty „Europejski Kodeks najlepszych praktyk ułatwiających dostęp MŚP do zamówień publicznych”. Celem tego dokumentu jest stworzenie wsparcia dla instytucji zamawiających w celu rozwoju strategii i programów ułatwiających udział w przetargach MŚP. Istotną rolę odgrywa także Komunikat Komisji z 2011 r. pt “The Single Market Act: Twelve levers to boost growth and confidence”, który podkreśla znaczenie MŚP dla budowy wspólnego rynku¹⁸.

¹⁶ Council Resolution on the action programme for SMEs, OJ 1986, C 287/1; European Commission, Draft Resolution of the Council concerning the action programme for SMEs, COM (86) 445 final; European Commission, “Promoting SMEs Participation in Public Procurement in the Community”, COM (90) 166 final, s. 2; Council Decision 2000/819/EC on a multiannual programme for enterprise and entrepreneurship and in particular for small and medium-sized enterprises, OJ 2000, L 333/84

¹⁷ Communication from the Commission to the Council, the European Parliament, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions “Think Small First”: A Small Business Act for Europe, Brussels, 25.06.2008, COM (2008) 394 final.

¹⁸ Communication of the Commission from 13 April 2011 “The Single Market Act: Twelve levers to boost growth and confidence,” COM (2011) 206 final.

W 2011 r. przyjęto propozycje nowych dyrektyw Unii Europejskiej dotyczących zamówień publicznych, które ostatecznie zostały przyjęte w lutym 2014 r.¹⁹, a ich czas na wdrożenie do krajowych porządków prawnych upływa w kwietniu 2016 r. Nowe dyrektywy wpisują się w Strategię Europa 2020²⁰, która zawiera jednoznaczne konstatacje, iż zamówienia publiczne pełnią kluczową rolę w UE nie tylko jako forma wydatkowania środków publicznych, ale również jako instrument wspierania innowacyjnej gospodarki i ochrony środowiska. Nowy pakiet legislacyjny ma zatem służyć ograniczeniu barier finansowych i administracyjnych w dostępie do systemu zamówień publicznych, uproszczeniu i uelastycznieniu procedur przetargowych, elektronizacji zamówień, a także wspieraniu innowacyjności również poprzez zwiększenie dostępu do zamówień dla małych i średnich przedsiębiorstw. Krytyczna analiza nowych aktów prawnych rodzi co prawda wątpliwości co do szansy na pełną realizację nowych założeń, niemniej jednak po raz pierwszy w systemie zamówień publicznych wprost odniesiono się do dopuszczalnych prawem form wspierania MŚP.

Analiza wybranych regulacji prawnych wspierających małe i średnie przedsiębiorstwa w ubieganiu się o udzielenie zamówienia publicznego

W obecnie obowiązującym stanie prawnym nie ma możliwości wprowadzenia wprost preferencji dla MŚP, jednakże dostępne są różnorodne formy aktywności organizatora postępowania w sprawie udzielenia zamówienia, które de facto będą wprowadzeniem rozwiązań sprzyjających zwiększeniu udziału MŚP w procedurze przetargowej. Stąd wprowadzenie rzeczywistej przejrzystości w postępowaniu, ograniczenie wymagań finansowych oraz systemu szkoleń dla pracowników zamawiających może już teraz w istotny sposób zwiększyć udział MŚP w zamówieniach publicznych.

Podział zamówienia na części

Już teraz obecnie aktualne dyrektywy UE z 2004 r. dopuszczają dzielenie zamówienia na części²¹. Jest to rozwiązanie z pewnością bezpośrednio sprzyjające zwiększeniu atrakcyjności zamówień dla MŚP bez ograniczenia konkurencyjności postępowań. Jednakże zamawiający nie mogą dzielić zamówienia na części w celu ograniczenia lub wyłączenia stosowania przepisów dotyczących zamówień publicznych. Dyrektywa z 2014 roku również

¹⁹ Dyrektywy przywołane w przypisie nr 5.

²⁰ "Europe 2020 strategy for smart, sustainable and inclusive growth", COM (2010) 2020.

²¹ Art. 9(5) dyrektywy 2004/18/EC oraz art. 17(6) (a) dyrektywy 2004/17/EC.

podkreśla znaczenie podziału zamówienia na części wprowadzając odmienne od dotychczasowego podejście do tej kwestii, a mianowicie zamawiający musi uzasadnić sytuację, w której nie dokona takiego podziału. Oznacza to, iż nowa dyrektywa klasyczna z 2014 r.²² wprowadza zasadę dzielenia zamówienia na części, a odstępstwa od niej mają być szczegółowo uzasadniane. Celem wspomnianej regulacji jest właśnie zwiększenie udziału MŚP w zamówieniach publicznych.

Prawo zamówień publicznych reguluje możliwość dzielenia zamówienia na części w art. 32. Wartość zamówienia jest jednak liczona nie dla każdej z części, ale jako całość wszystkich elementów składowych. Oznacza to, iż nie jest dopuszczalne dzielenie zamówienia na części w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy lub stosowania prawa Unii Europejskiej w związku z przekroczeniem tzw. progów unijnych.

Upowszechnienie dzielenia zamówień na części należy co do zasady ocenić pozytywnie, jednakże kwestia ta powinna być regulowana zawsze szczegółowo w opisie przedmiotu zamówienia, tak aby również proporcjonalne do części zamówienia były wymagania dotyczące kwalifikacji wykonawców do udziału w postępowaniu (szczególnie finansowe) oraz wysokość wadium.

Podwykonawstwo

Małe i średnie przedsiębiorstwa często uczestniczą w postępowaniach przetargowych jako podwykonawcy, nawet gdy z ekonomicznego punktu widzenia byłoby dla ich korzystniejsze samodzielne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Jednakże w zamówieniach o dużej wartości MŚP nie są w stanie spełnić wymogów kryteriów kwalifikacji do udziału w postępowaniu z przyczyn np. finansowych lub organizacyjnych. W takich sytuacjach udział w zamówieniu w charakterze podwykonawcy wydaje się być korzystnym rozwiązaniem zapewniającym co prawda mniejszy zysk, ale umożliwiającym realizację zlecenia publicznego.

Regulacje zawarte w nowej dyrektywie 2014/24/EU stanowią, iż państwa członkowskie UE mogą umożliwić podwykonawcom wnoszenie roszczenia o płatność z tytułu realizacji zamówienia publicznego bezpośrednio u zamawiającego. Takie rozwiązanie prawne, uregulowane już obecnie od niedawna w prawie polskim, znacznie wzmacnia pozycję podwykonawcy i stanowi istotną zachętę dla MŚP.

²² Dyrektywa 2014/24/EU, Preambuła (30).

Ostatnia nowelizacja polskiego Prawa zamówień publicznych²³ stanowi w art. 26 ust. 2b, iż wykonawca może polegać na wiedzy i doświadczeniu, potencjale technicznym, osobach zdolnych do wykonania zamówienia, zdolnościach finansowych lub ekonomicznych innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi stosunków. Wykonawca w takiej sytuacji jest zobowiązany udowodnić zamawiającemu, że będzie dysponował tymi zasobami w trakcie realizacji zamówienia. W szczególności główny wykonawca będzie musiał przedstawić pisemne zobowiązanie podwykonawcy do oddania mu do dyspozycji na potrzeby zamówienia jego zasobów (np. pracowników, sprzętu). Ponadto podwykonawca udostępniający swoje zasoby ma odpowiadać solidarnie z wykonawcą za szkodę zamawiającego powstałą wskutek braku udostępnienia tych zasobów (chyba, że nie jest ono zawinione). Ukazana nowelizacja ma więc na celu zdyscyplinowanie podwykonawcy do rzeczywistej realizacji zamówienia wraz z głównym wykonawcą oraz eliminować patologie, w których w jednym postępowaniu wszyscy oferenci mieli korzystać z zasobów tego samego podwykonawcy lub sytuacje, gdy podwykonawca uchylał się od współpracy opóźniając tym samym realizację zamówienia głównego. W poprzednim stanie prawnym popularne były niestety sytuacje manipulowania podwykonawstwem w celu uzyskania zamówienia i wyeliminowania konkurencji.

Nie można jednak przeceniać roli podwykonawstwa dla zwiększenia efektywności zamówień i udziału MŚP. Podwykonawstwo nie musi zawsze oznaczać wysokiej jakości realizacji zamówienia, ogranicza zyski przedsiębiorstwa zaangażowanego w takim charakterze i wcale nie zapobiega manipulacjom i znikom przetargowym. Nie może być więc traktowane jako antidotum na problemy z realizacją zamówień publicznych. Szczególnie widoczne problemy z podwykonawstwem można zaobserwować w sektorze budowlanym w Polsce. Zaangażowanie środków pochodzących z funduszy unijnych dodatkowo wprowadzało restrykcyjne uregulowania organizacyjne oraz terminowe w zakresie realizacji prac budowlanych i nie zapobiegło fali upadłości przedsiębiorstw podwykonawczych. Jedną z ich przyczyn było ocenianie ofert jedynie w oparciu o kryterium najniższej ceny i walka cenowa przedsiębiorstw branżowych. Rozwiązania ustawowe wprowadzające możliwość dochodzenia roszczeń finansowych bezpośrednio od Generalnej Dyrekcji Dróg i Autostrad rodziło w praktyce szereg problemów związanych z przeprowadzeniem dowodu

²³ Ustawa z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2014 poz. 1232) - weszła w życie 19 października 2014 r.

statusu podwykonawcy oraz przyjęciem wadliwego aktu prawnego, który w swojej pierwotnej wersji był de facto sprzeczny z zasadą zakazu udzielania selektywnej pomocy publicznej²⁴.

Zamówienia ramowe

Zgodnie z dyrektywami UE²⁵ zamawiający może zawrzeć umowę ramową w kilkoma podmiotami. Można więc również i tę regulację traktować jako formę wsparcia dla MŚP. Sytuacja ta ma miejsce w szczególności, gdy zamówienie jest nie tylko objęte umową ramową, ale także dopuszcza się jego dzielenie na części.

W prawie polskim zamówienia ramowe, regulowane w art. 99 Prawa zamówień publicznych, umożliwiają zawarcie umowy ramowej po przeprowadzeniu przetargu nieograniczonego, ograniczonego lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia. Umowę ramową zawiera się na okres do 4 lat z jednym lub wieloma wykonawcami. Jej głównym celem jest określenie zasad i warunków, a w szczególności cen zakupu towarów lub usług, które będą udzielane przez określony w umowie okres czasu. W ten sposób zamówienia w ramach umowy ramowej udzielane są na zasadach uproszczonych. Małe i średnie przedsiębiorstwa mogą jednak z drugiej strony odczuwać negatywne konsekwencje umowy ramowej zawartej np. przez lokalny szpital, gdyż gdy nie uczestniczą w takiej umowie, to przez dłuższy okres czasu nie mają dostępu do zamówień w ramach danej jednostki zamawiającej.

Funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia

Jednym ze sposobów opisu przedmiotu zamówienia jest charakterystyka jego funkcjonalności.²⁶ Dyrektywy dopuszczają nie tylko szczegółowy opis technicznych specyfikacji i standardów przedmiotu zamówienia, ale także taki jego opis, który będzie dokonany w kontekście jego przeznaczenia. Stąd stosując funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia zamawiający może pozyskać od oferentów znacznie bardziej innowacyjne rozwiązania aniżeli te, które są powszechnie dostępne na rynku. Funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia może więc niewątpliwie promować innowacyjne małe i średnie przedsiębiorstwa, w szczególności z branży IT.

²⁴ Dz.U. z 2012, poz. 891.

²⁵ Art. 32 dyrektywy 2004/18/EC oraz art. 14 i 40 (3)(i) dyrektywy 2004/17/EC.

²⁶ Art. 53(1) dyrektywy 2004/18/EC oraz art. 55(1) dyrektywy 2004/17/EC.

Drugą możliwość wspierania innowacyjności to dopuszczalność rozwiązań wariantowych. Zamawiający powinien określić minimalne wspólne wymagania dla rozwiązań wariantowych oraz formę ich przedstawienia.

W prawie polskim również istnieje możliwość dokonania funkcjonalnego opisu przedmiotu zamówienia. Jest to metoda niewątpliwie ułatwiająca pozyskanie towarów lub usług spełniających oczekiwania organizatora postępowania, wspierająca innowacyjność, a zarazem dostępna dla sektora MŚP, który często charakteryzuje się elastycznymi rozwiązaniami dostosowanymi do oczekiwań zamawiającego.

Konsorcja przedsiębiorstw

Zarówno w prawie europejskim²⁷, jak i w prawie polskim²⁸ przedsiębiorcy mogą wspólnie ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego. Muszą jednak ustanowić pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania ich i zawarcia umowy. Szczegółowa regulacja konsorcjum pozostawiona jest krajowym uregulowaniom. Mogą one przybierać różne formy prawne. Zamawiający może jednak wprowadzać pewne specyficzne warunki udziału konsorcjów w danym postępowaniu i np. sugerować określoną formę prawną działalności prowadzonej w celu realizacji umowy wykonawczej. Nowa dyrektywa 2014/24/EU dodatkowo podnosi, że warunki uczestnictwa w postępowaniu o udzielenie zamówienia dla przedsiębiorstw działających w grupie, muszą być proporcjonalne i uzasadnione przyczynami obiektywnymi²⁹. W powyższym kontekście konsorcja mogą być również ustanawiane przez MŚP i w ten sposób połączenie potencjałów kilku podmiotów gospodarczych może umożliwić wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia. Należy jednakże pamiętać, iż konsorcjantów wiąże odpowiedzialność solidarna za zobowiązania konsorcjum, stąd MŚP powinny przywiązywać bardzo dużą wagę również do szczegółowej regulacji cywilnoprawnych stosunków pomiędzy konsorcjantami.

Elektroniczne zamówienia publiczne

Celem elektronicznych zamówień publicznych jest promowanie tanich, szybkich i przejrzystych metod udzielania zamówień publicznych³⁰. Europejska Agenda Cyfrowa - kluczowy dokument strategiczny określający wsparcie dla rozwoju technologii informacyjno-

²⁷ Art. 4 (2) dyrektywy 2004/18/EC.

²⁸ Art. 23 ustawy z dnia 29 stycznia 2004 Prawo zamówień publicznych.

²⁹ Dyrektywa 2014/24/EU, Premabula oraz art. 16 i art. 71.

³⁰ Art. 1(7), (13), Art. 33, Art. 42(1), (4), (5), Art. 54 dyrektywy 2004/18/EC; Art. 1(5), (6), (12), Art. 15, Art. 48(1), (4), (5), Art. 54 oraz Art. 56 dyrektywy 2004/17/EC.

komunikacyjnych - również wskazuje znaczenie dalszego rozwoju zamówień publicznych udzielanych w drodze elektronicznej³¹. Inne strategiczne dokumenty już od dawna postulowały zwiększenie udziału e-zamówień w ogólnej liczbie przeprowadzanych postępowań³². W celu popularyzacji e-zamówień postulowane są np. następujące rozwiązania: publikacja wszystkich ogłoszeń o zamówieniach na stronie zamawiającego (niezależnie od ich wartości), stworzenie krajowej strony www poświęconej postępowaniom, opracowanie specjalistycznych ogólnodostępnych wyszukiwarek zamówień³³.

W ramach nowego pakietu legislacyjnego również promowane są liczne rozwiązania mające na celu upowszechnienie e-zamówień, a w szczególności poprzez zwiększanie liczby postępowań prowadzonych w pełni on-line oraz wprowadzenie nowych instrumentów jak np. system e-Certis, który jest elektronicznym repozytorium certyfikatów i innych dokumentów wymaganych od wykonawców przez zamawiających³⁴. Rozważane jest również stworzenie jednej wspólnej dla całej Unii Europejskiej elektronicznej platformy udzielania zamówień publicznych.³⁵

W prawie polskim uregulowania prawne dotyczące elektronicznych zamówień publicznych regulują zasady licytacji elektronicznej, aukcji elektronicznej oraz dynamicznego systemu zakupów wydają się być wystarczające, ale nie są rozpowszechnione. Nie są jednak popularne w Polsce i nie został stworzony system zachęt do ich dalszego upowszechniania³⁶. Doświadczenia zamawiających w organizacji elektronicznych postępowań wskazują na znaczne oszczędności (np. przy zakupie materiałów biurowych na poziomie 15-20%), ograniczenie ryzyka błędów i zwiększenie przejrzystości postępowań. Upowszechnienie e-zamówień może więc także popularyzować postępowania przetargowe wśród MŚP.

Oferta najkorzystniejsza ekonomicznie jako podstawowe kryterium oceny ofert

Zachętą dla przedsiębiorców do udziału w postępowaniu jest również takie określenie kryteriów oceny ofert, które nie odnosi się jedynie do najniższej ceny. W Polsce przez długi

³¹Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Digital Agenda for Europe, COM (2010) 245.

³² The European Commission, Action Plan for the implementation of the legal framework for electronic public procurement, SEC (2004) 1639.

³³„The Code of the Best Practices...”, s. 11.

³⁴ Dyrektywa 2014/24/EU, Preambuła (33).

³⁵ Alvarez Jose Maria, Labra Jose Emilio, Cifuentes Francisco, Alor-Hernandez Giner, D Sanchez Cuauchtemoc, Luna Jaime Alberto Guzman, Towards a Pan-European E-procurement Platform to Aggregate, Publish and Search Public Procurement Notices Powered by Linked Open Data: The MOLDEAS Approach”, International Journal of Software Engineering and Software Engineering 2012, vol. 22, issue 3, s. 365–383.

³⁶ A. Górczyńska, Elektroniczne zamówienia publiczne w: red. P. Nowak, Innowacje 2011. Nowoczesna Administracja Województwa Łódzkiego, Łódź 2011.

okres czasu można było wręcz mówić o patologii najniższej ceny, gdyż w przeważającej większości postępowań było głównym kryterium oceny oferty. Dyrektywy UE oraz prawo polskie zawsze dawało jednak zamawiającemu wybór: kryterium oceny ofert mogła być albo sama najniższa cena albo oferta najkorzystniejsza ekonomicznie rozumiana jako cena oraz dodatkowe wybrane przez zamawiającego kryteria ocenne.

Zgodnie z kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie zamawiający może w ocenie ofert uwzględnić obok ceny również np. aspekty środowiskowe i społeczne, serwis posprzedażowy, parametry techniczne, funkcjonalność, termin wykonania, koszty eksploatacji, jak również innowacyjność. Po raz pierwszy w prawie polskim wśród kryteriów oceny ofert innowacyjność pojawia się dopiero w wyniku ostatniej nowelizacji z 2014 r., jednakże jest to sygnał podkreślenia znaczenia aspektów innowacyjnych w zamówieniach publicznych. Ponadto nowelizacja określiła, iż kryterium ceny stosowane ma być jedynie, gdy przedmiot zamówienia jest powszechnie dostępny oraz ma ustalone standardy jakościowe, a dodatkowo w załączniku do protokołu postępowania zamawiający wykaże, w jaki sposób zostały uwzględnione w opisie przedmiotu zamówienia koszty poniesione w całym okresie korzystania z przedmiotu zamówienia³⁷.

Nowe dyrektywy z 2014 r. formułują również zupełnie nową zasadę zobowiązującą zamawiającego do uwzględniania w ramach oceny ofert kalkulacji kosztów cyklu życia produktu, usługi i roboty budowlanej. Cykl życia produktu odnosi się do wszystkich etapów życia produktu, które powinny zostać skalkulowane w oparciu o wspólną metodologię. Na razie nie została jednak przyjęta wspólna europejska metodologia kalkulacji kosztów cyklu życia produktu, co stwarza wiele niejasności odnoszących się do stosowania takich metodologii i wzajemnej uznawalności metodologii stosowanej przez oferenta i zamawiającego. Niepewność prawna może więc rodzić liczne wątpliwości co do formy i zakresu stosowanych rozwiązań, a przez to skrajnie ograniczać dostęp MŚP do rynków zamówień publicznych.

Podsumowanie

Zwiększenie udziału sektora MŚP w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych, będzie niewątpliwie skutkować zwiększeniem ich udziału w realizacji umów wykonawczych. W ten sposób pobudzany będzie nie tylko rozwój przedsiębiorstw i łagodzone konsekwencje kryzysu gospodarczego, ale również nastąpi wzrost

³⁷ Art. 91 ust. 2a w brzmieniu ustawy z dnia 29 sierpnia 2014 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. 2014 poz. 1232)

innowacyjności zarówno tych przedsiębiorstw, jak również wzrost innowacyjności towarów, dostaw i usług oferowanych przez administrację publiczną. Zatem wsparcie dla małych i średnich przedsiębiorstw w zamówieniach publicznych może przyczynić się do wzrostu innowacyjności gospodarczej UE.

Zasygnalizowane w niniejszym opracowaniu rozwiązania prawne nie stoją w sprzeczności z aktualnymi regułami konkurencyjności i przejrzystości postępowania, nie są również przejawem niedozwolonej pomocy państwa. Nowe tendencje włączania pozaekonomicznych aspektów do systemu zamówień czyli np. aspektów środowiskowych czy społecznych, umożliwia również promowanie innowacyjności oraz wspierania małych i średnich przedsiębiorstw.

Celowi wspierania innowacyjności służą również tzw. zamówienia przedkomercyjne czyli zakup usług badawczo-rozwojowych przez sektor publiczny. Zamówienia przedkomercyjne są realizowane w sytuacji, gdy nie ma możliwości rozwiązania określonej potrzeby zamawiającego za pomocą produktów dostępnych na rynku. Podstawowym założeniem zamówień przedkomercyjnych jest podział ryzyka pomiędzy zamawiającego i dostawcę, który ponosi część kosztów prac badawczych w zamian za utrzymanie praw do rezultatów swoich badań. Do każdej fazy zamówień przedkomercyjnych zapraszanych jest jednocześnie kilku przedsiębiorców, którzy niezależnie od siebie pracują nad rozwiązaniem problemu zamawiającego. Następnie następuje faza procedury udzielenia zamówienia publicznego na realizację rozwiązania, które najpełniej zaspokoi oczekiwania podmiotu publicznego.³⁸

Wspieranie innowacyjności w MŚP w zamówieniach publicznych może także spotkać się z krytyką, gdyż uważa się, iż innowacyjność mogą oferować przede wszystkim międzynarodowe korporacje działające w wysoko zaawansowanych technologicznie sektorach. Należy jednakże podkreślić, że to właśnie głównie MŚP są najbardziej aktywne w sektorze biotechnologii, IT, elektronice, ochronie środowiska, usługach consultingowych, usługach prawniczych oraz tzw. przemysłach kreatywnych, które łączą biznes ze sztuką i kulturą.

Podsumowując powyższe rozważania należy również uwzględnić różnorodne aspekty naruszeń prawa w systemie udzielania zamówień publicznych. Do najczęstszych form naruszeń należą obok korupcji i przyjmowania korzyści majątkowych także zmywy przetargowe. Są to niezgodne z prawem porozumienia pomiędzy zamawiającym a wykonawcą lub wykonawcami lub pomiędzy samymi wykonawcami, służące manipulacji

³⁸ S.Sawin, W. Beresko, *Innowacyjne i przedkomercyjne zamówienia publiczne*, Warszawa 2012, s. 10 i n.

wynikiem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Pomimo generalnie pozytywnej roli podwykonawstwa umożliwiającego udział w realizacji zadań publicznych różnym podmiotom gospodarczym, należy także podnieść, że podwykonawstwo może być wykorzystywane do realizacji zamówień przetargowych i przyczynia się do obniżenia jakości przedmiotu zamówienia, która jest niższa niż deklarowana przez głównego wykonawcę. Z tego powodu państwa członkowskie starają się eliminować powyższe ryzyka poprzez np. zakaz podwykonawstwa w przypadku innowacyjnych zamówień wymagających wysokiego poziomu kwalifikacji i wiedzy technicznej wykonawcy, wprowadzenie obowiązku osobistej realizacji zamówienia w związku z ochroną własności intelektualnej oraz obligatoryjność dołączania list podwykonawców zobowiązanych do solidarnej realizacji zamówienia.

Reasumując, pomimo przyjęcia w 2014 r. tzw. nowego pakietu legislacyjnego system zamówień publicznych nadal jest i będzie mało efektywny. System ten jest skomplikowany, rozbudowany i pomimo co do zasady pozytywnej roli orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości – nie spełnia funkcji przejrzystego i efektywnego systemu ochrony interesu publicznego. Z tego powodu wymaga on dalszych zmian uwzględniających realia praktyki życia gospodarczego oraz postęp technologiczny w zakresie dostaw i usług zamawianych przez administrację publiczną. Zamiast restrykcyjnych biurokratycznych uregulowań proceduralnych, system zamówień publicznych powinien być zorientowany na funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia oraz wybór ofert najkorzystniejszych ekonomicznie z uwzględnieniem wspólnej, ogólnoeuropejskiej metodologii kalkulacji kosztów cyklu życia produktu.

Streszczenie:

Celem rozdziału jest analiza prawnych instrumentów systemu zamówień publicznych na rzecz wspierania małych i średnich przedsiębiorstw. Autorka rozważa również czy wsparcie dla sektora MŚP może przyczynić się do wzrostu innowacyjności. Rozdział ukazuje dopuszczalne formy wspierania małych i średnich przedsiębiorstw w kontekście zasad Wspólnego Rynku. W szczególności korzystne dla wzrostu zaangażowania MŚP w realizację zamówień publicznych może być dzielenie zamówień na części, podwykonawstwo, umowy ramowe, funkcjonalny opis przedmiotu zamówienia, konsorcja przedsiębiorstw, elektroniczne zamówienia publiczne oraz ocena ofert poprzez kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Wsparcie udzielane sektorowi MŚP może zatem przyczynić się do wzrostu

innowacyjności zarówno przedsiębiorstw, jak również towarów i usług zamawianych przez podmioty publiczne.

Słowa kluczowe:

MŚP, zamówienia publiczne, zasady Wspólnego Rynku, podział zamówienia na części, podwykonawstwo, kryteria oceny ofert