

**Agnieszka Chrisidu-Budnik, Justyna Przedńska**

Uniwersytet Wrocławski

e-mails: agnieszka.chrisidu-budnik@uwr.edu.pl; justyna.przedanska@uwr.edu.pl

---

## RELACJA AGENCJI W SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

---

### AGENCY RELATIONSHIP IN THE PUBLIC PROCUREMENT SYSTEM

---

DOI: 10.15611/pn.2017.497.14

JEL Classification: D81, D82

**Streszczenie:** Problematyka zamówień publicznych jako przedmiot badań naukowych, a także praktyka gospodarcza coraz bardziej stają się otwarte na podejście interdyscyplinarności – włączając dorobek innych nauk do analizy funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Owa interdyscyplinarność odbywa się między innymi za pośrednictwem nauk ekonomii. W ramach tak rozumianego pogranicza nauk ekonomicznych i nauk administracyjnych wykształcił się nurt analizy funkcjonowania systemu zamówień publicznych przez pryzmat teorii agencji. W artykule podjęto próbę aplikacji podstawowych założeń teorii agencji do systemu zamówień publicznych.

**Słowa kluczowe:** asymetria informacji, system zamówień publicznych, teoria agencji, mocodawca (*principal*), pełnomocnik (*agent*).

**Summary:** This paper integrates elements from the theory of agency and the practice of public procurement system in Poland. We define the concept of agency relationship, show its connection to the adverse selection and moral hazard issue, investigate the nature of the agency generated by the existence of hidden information and hidden action.

**Keywords:** asymmetric information, public procurement system, theory of agency, principal, agent.

## 1. Wstęp

System zamówień publicznych wywiera istotny wpływ na funkcjonowanie różnych obszarów gospodarki. Dlatego też w literaturze przedmiotu coraz częściej można dostrzec koncentrację na prakseologicznych uwarunkowaniach funkcjonowania systemu zamówień publicznych, począwszy od podstawowego zagadnienia racjonalnego, tzn. ekonomicznego gospodarowania środkami publicznymi, poprzez mechanizmy

skutecznego wydatkowania środków publicznych oraz zapewnienie wykonawcom równego dostępu do rynku zamówień publicznych, dbanie o przejrzystość i skuteczność procedur, aż po kreowanie innowacyjnego systemu zamówień publicznych, np. poprzez implementację metodyk i technik zarządzania projektami w procesach realizacji zamówień publicznych.

Doniosłość systemu zamówień publicznych, a także rosnąca złożoność jego funkcjonowania znajduje również swój wyraz w poszerzaniu perspektywy badawczej systemu zamówień publicznych, która staje się otwarta na podejście interdyscyplinarności – włącza dorobek innych dyscyplin naukowych do analizy funkcjonowania systemu zamówień publicznych. Jednym z jego przejawów jest wykształcenie się nurtu analizy funkcjonowania systemu zamówień publicznych przez pryzmat teorii agencji<sup>1</sup>. Podjęta przez autorów wspomnianego nurtu integracja osiągnięć poszczególnych dyscyplin – takich jak prawo, ekonomia, nauki o organizacji i zarządzaniu – nie polega na uwzględnianiu wszystkich badań lub hipotez, które bezpośrednio lub pośrednio dotyczą procesów poznawczych. Jak się wydaje, selekcja wyprzedzająca integrację i kontynuację ma zazwyczaj ukierunkowany charakter, eliminuje się wstępnie pewne dane zgromadzone przez wyjściowe dyscypliny naukowe, jak również pewne ich interpretacje.

Trudno byłoby w ramach jednego artykułu omówić obecny stan dyskusji naukowej na temat aplikacji teorii agencji do systemu zamówień publicznych, dlatego ograniczamy się do przedstawienia własnej propozycji aplikacji teorii agencji do systemu zamówień publicznych.

## 2. Założenia teorii agencji

W literaturze przedmiotu przyjmuje się, że relacja agencji jest „jednym z najstarszych i najpowszechniej skodyfikowanych sposobów interakcji społecznej”<sup>2</sup>. U podstaw teorii agencji leży założenie występowania asymetrii informacji pomiędzy dwoma stronami relacji w określonej sytuacji decyzyjnej, gdy jedna ze stron, określana jako pełnomocnik (*agent*), działa w imieniu lub reprezentuje drugą stronę, określaną jako mocodawca (*principal*). Analiza teorii agencji pozwala dostrzec względność i zmienność podmiotu poznania. Podmiotem uczestniczącym w relacji agencji (*prin-*

---

<sup>1</sup> Zob. Ch.R. Yukins, *A versatile prism: assessing procurement law through the principal – agent model*, *Public Contract Law Journal* 40 (1), 2010, s. 63-86; K. Kauppi, E.M. van Raaij, *Opportunism and honest incompetence – seeking explanations for noncompliance in public procurement*, *Journal of Public Administration Research and Theory* 25 (3), 2015, s. 953-979; C.P. McCue, E. Prier, D. Swanson, *Five dilemmas in public procurement*, *Journal of Public Procurement* 15 (2), 2015, s. 177-207; S. Khoman, *Asymmetric information: a case study in potential public procurement pitfalls*, [w:] K.V. Thai (ed.), *Global Public Procurement Theories and Practice*, Springer International Publishing, Cham, 2017, s. 249-267.

<sup>2</sup> S. Ross, *The economic theory of agency: the principal's problem*, *American Economic Review* 62 (2), 1973, s. 134.

*cipal-agent*) może być pojedynczy człowiek, całe grupy ludzi, przedsiębiorstwo czy administracja publiczna. Każda ze stron relacji może dysponować odmienną (bardziej precyzyjną, pełniejszą) informacją dotyczącą przedmiotu relacji.

Teoria agencji otworzyła nowe perspektywy badawcze, uwidaczniając względność i zmienność przedmiotu poznania. Przedmiotem poznania są relacje przyjmujące zazwyczaj postać sformalizowanych kontraktów w różnych sferach gospodarki, np. na rynku ubezpieczeń, w procesach nadzoru właścicielskiego, w procesach zarządzania zasobami ludzkimi w organizacji, w procesach tworzenia aliansów strategicznych, w partnerstwie publiczno-prywatnym, w kontraktowaniu usług i zadań publicznych. Relacja agencji występuje za każdym razem, gdy jedna ze stron musi polegać na działaniach drugiej. Relacja agencji stanowi kontrakt, w ramach którego pryncypał angażuje inną osobę (agenta) do realizacji określonych przedsięwzięć w jego imieniu, delegując uprawnienia do podejmowania decyzji<sup>3</sup>.

W ramach teorii agencji przyjmowane są trzy kolejne założenia: (a) sprawność działań pryncypała zależy od działań i decyzji agenta; (b) decyzje podejmowane są przez strony relacji w warunkach niepewności i ryzyka<sup>4</sup>; (c) mocodawca i agent mają w pewnym stopniu sprzeczne cele<sup>5</sup>. Pluralizm założeń, stanowiący centralną część składową teorii agencji, prowadzi do koncentracji uwagi na problematyce monitorowania działalności jednej ze stron relacji. W klasycznym nurcie teorii agencji przyjmuje się, że przewagą informacyjną dysponuje agent działający w imieniu mocodawcy. Przewaga informacyjna i założenie o istnieniu konfliktu interesów pomiędzy mocodawcą a agentem może generować zachowania oportunistyczne po stronie agenta. Termin „oportunizm” ma dokładnie takie znaczenie, jakie nadał mu Olivier E. Williamson, który przez oportunizm rozumiał dążenie do realizacji własnego interesu. Według Williamsona w pojęciu tym mieszczą się także jego bardziej rażące formy, jak kłamstwo, kradzież czy oszustwo. Zazwyczaj oportunizm oparty jest na bardziej subtelnych formach, polegających na działaniu i zaniechaniu działania, podejmowanych: *ex ante* – jeszcze przed zawarciem kontraktu, *in tractu* – w trakcie realizacji postanowień kontraktu, jak również *ex post* – po zakończeniu kontraktu<sup>6</sup>.

Z ekonomicznego punktu widzenia relacja agencji jest problemem *stricte* optymalizacyjnym polegającym na właściwym doborze rozwiązań prawnych i organizacyjnych, które ograniczałyby asymetrię informacji i/lub skłaniałyby pełnomocnika do działań zgodnych z oczekiwaniami mocodawcy. Problem optymalizacji w literaturze przedmiotu rozpatrywany jest w kontekście założenia o istnieniu wspomnianej asymetrii informacji oraz konfliktu interesów pomiędzy mocodawcą a pełnomoc-

<sup>3</sup> M.C. Jensen, W.H. Meckling, *Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure*, Journal of Financial Economics 3 (4), 1976, s. 305-360.

<sup>4</sup> K.M. Eisenhardt, *Agency theory: an assessment and review*, Academy of Management Review 14 (1), 1989, s. 57-74.

<sup>5</sup> H. Daly, *Conflicts of interest in agency theory: a theoretical overview*, Global Journal of Human-Social Science: E-Economics 15 (1), 2015, s. 17-22.

<sup>6</sup> O.E. Williamson, *The Economic Institution of Capitalism*, The Free Press, New York 1985, s. 47.

nikiem – każda ze stron w pewnym stopniu dąży do realizacji własnego, indywidualnego celu<sup>7</sup>. Jeśli bowiem agent miałby odmienną funkcję celu, ale nie dysponowałby przewagą informacyjną, to wówczas pryncypał mógłby stworzyć kontrakt kompletny – obejmujący roszczenia w nieprzewidywalnych warunkach. Kontrakt kompletny stanowi konstrukcję utopijną, która mieści się w kategorii *first-best outcome*, czyli takiego rezultatu współpracy pryncypała i agenta, który byłby możliwy do osiągnięcia tylko w nierealnym świecie pełnej i/lub symetrycznej informacji. Celem optymalizacji jest takie ukształtowanie relacji agencji, aby uzyskać *second-best outcome*, czyli rezultat możliwie bliski *first-best outcome*<sup>8</sup>. Problem optymalizacji koncentruje się także na poszukiwaniu sposobów minimalizacji kosztów agencyjnych, które są tym większe, im bardziej rozbieżne są interesy, cele oraz wartości pryncypała i agenta. Wyodrębnia się trzy kategorie kosztów agencji:

- 1) koszty ponoszone przez pryncypała w celu kontrolowania agenta;
- 2) koszty ponoszone przez agenta w celu zbudowania własnej wiarygodności i wzbudzenia zaufania pryncypała;
- 3) koszty alternatywne, oznaczające utratę sprawności przez pryncypała z powodu rozbieżności celów stron i trudności w kontrolowaniu działań agenta.

Przyjęcie powyższej optyki zjawiska oportunistycznego uzasadnia koncentrację na trzech aspektach asymetrii informacji. Pierwszy, negatywna selekcja (*adverse selection*), występuje przed zawarciem kontraktu i odnosi się do działań podejmowanych przez agenta, których celem jest skłonienie mocodawcy do zawarcia z nim kontraktu. Negatywna selekcja obejmuje zjawisko ukrytej informacji (*hidden information*) – agent posiada wiedzę o zmiennych środowiska niedostępną dla pryncypała. Zmienne opisujące środowisko mogą mieć przy tym charakter losowy, niezależny od działań agenta. Agent, dysponując przewagą informacyjną, może ponadto twierdzić, że dysponuje *know-how* i zasobami niezbędnymi do wykonania kontraktu, a mocodawca nie dysponuje instrumentami pozwalającymi zweryfikować wiarygodność agenta<sup>9</sup>. Zjawisko ukrytej informacji generuje sytuację, w której pryncypał może obserwować działania, ale nie jest w stanie zidentyfikować i zweryfikować czynników zewnętrznych wpływających na wybór działań przez agenta<sup>10</sup>.

Drugi, pokusa nadużycia (*moral hazard*), pojawia się w trakcie realizacji kontraktu i dotyczy działań podejmowanych przez agenta, które są trudno monitoro-

---

<sup>7</sup> J.-J. Laffont, D. Martimort, *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, Princeton 2002, s. 20.

<sup>8</sup> J.W. Pratt, R.J. Zeckhauser, *Principal and agents: the structure of business*, Harvard Business School Press, Boston 1985, s. 3; P.W. Schmitz, *On the interplay of hidden action and hidden information in simple bilateral trading problems*, *Journal of Economic Theory* 1103 (2), 2002, s. 444-460.

<sup>9</sup> C. Nyman, F. Nilsson, B. Rapp, *Accountability in local government: a principal-agent perspective*, *Journal of Human Resource Costing and Accounting* 9 (2), 2005, s. 123-137.

<sup>10</sup> J. Miroński, *Relacja agencji w teorii przedsiębiorstwa*, *Gospodarka Narodowa* 164 (4), 2005, s. 3; A. Paliński, *Kosztowna weryfikacja jako element relacji bank-kredytobiorca*, *Bank i Kredyt* 40 (3), 2009, s. 94.

wane przez mocodawcę<sup>11</sup>. Pokusa nadużycia obejmuje zjawisko ukrytego działania (*hidden action*) – agent podejmuje działania, które ze względu na koszty uzyskania informacji nie mogą być obserwowane przez pryncypała. Dlatego pryncypał nie jest w stanie zidentyfikować związku pomiędzy wysiłkiem agenta a osiąganym przez niego wynikiem. Zjawisko ukrytego działania generuje sytuację, w której pryncypał nie widzi działań agenta, lecz jedynie ich wynik<sup>12</sup>.

Trzeci, nieweryfikowalność (*nonverifiability*), może wystąpić na etapie zawierania transakcji, jej realizacji oraz po jej zakończeniu. Występuje wówczas, gdy pryncypał dysponuje informacją o niewłaściwych działaniach agenta, ale nie jest w stanie jej uwiarygodnić i w tym sensie udowodnić. Jest ona zatem nieprzydatna lub mówiąc inaczej, niedostępna dla interesariuszy (*stakeholders*), sądów czy opinii publicznej<sup>13</sup>.

### 3. Kontraktualizacja. Ograniczenia teorii agencji

W funkcjonowaniu sektora publicznego dostrzegana jest rosnąca rola kontraktów jako form działania tego sektora. Tego rodzaju forma realizacji zadań i usług publicznych uległa intensyfikacji w Europie i Stanach Zjednoczonych pod wpływem reform instytucjonalnych zapoczątkowanych przez prezydenta USA Ronalda Reagana i premier Wielkiej Brytanii Margaret Thatcher. Wspomniane reformy doprowadziły do wykształcenia się dyscypliny oraz zbioru praktyk, które uważa się za paradygmat nowego zarządzania publicznego (*New Public Management* – NPM), czyli pewną jedność wyjściowych założeń i metod dyscypliny, jedność determinującą jej twierdzenia i hipotezy. Paradygmat NPM jest zjawiskiem szczególnym i imponującym. Uwagę zwraca zwłaszcza dynamika rozwoju badań podejmowanych w ramach różnych szczegółowych dyscyplin naukowych (ekonomia, prawo, nauka administracji, nauki o zarządzaniu, politologia, socjologia), w ramach których identyfikuje się zalety i ograniczenia NPM jako praktyki działania sektora publicznego<sup>14</sup>. Niezależnie od dyskusji toczonych pomiędzy przedstawicielami różnych dyscyplin naukowych, wspólnym mianownikiem wszystkich starszych i nowszych propozycji teoretycznych jest skupienie uwagi na problematyce kontraktualizacji (*contracting out*) zadań i usług publicznych. Obecnie proces kontraktualizacji zadań między zle-

---

<sup>11</sup> T.L. Brown, M. Potoski, D.M. Slyke van, *Managing public service contracts: aligning values, institutions, and markets*, *Public Administration Review* 66 (3), 2006, s. 323-332.

<sup>12</sup> J. Miroński, *op. cit.*, A. Paliński, *op. cit.*

<sup>13</sup> J.-J. Laffont, D. Martimort, *op. cit.*, s. 3.

<sup>14</sup> V.R. Johnston, P. Seidenstat, *Contracting out government services: privatization at the millennium*, *International Journal of Public Administration* 30 (3), 2007, s. 231-247; G. Hodge, *Competitive tendering and contracting out: rhetoric or reality?*, *Public Productivity and Management Review* 22 (4), 1999, s. 455-469; G.A. Boyne, *Bureaucratic theory meets reality: public choice and service contracting in U.S. local government*, *Public Administration and Review* (58) 6, 1998, s. 474-484.

cającym podmiotem publicznym a przyjmującym zadanie podmiotem prywatnym przyjmuje postać transakcji, którą można analizować z perspektywy teorii agencji.

Analiza instytucji zamówień publicznych z perspektywy teorii agencji implikuje konieczność zwrócenia uwagi na jej ograniczenia. Najpełniejszej krytycznej oceny dokonali Nilakant i Rao<sup>15</sup>. Pewne ograniczenia walorów aplikacyjnych teorii agencji wynikają ze specyfiki systemu zamówień publicznych jako jednej z form kontraktualizacji. Nie ulega wątpliwości, że na rynku zamówień publicznych występuje asymetria informacji, która może prowadzić do:

- 1) wzrostów kosztów agencji;
- 2) problemów w realizacji przedmiotu zamówienia;
- 3) unieważnienia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego.

Elementem charakterystycznym dla systemu zamówień publicznych jest obustronna asymetria informacji. Stroną dotkniętą asymetrią informacji może być zarówno pryncypał (zamawiający), jak i agent (wykonawca). Zamawiający posiada wiedzę, jakiej usługi potrzebuje, natomiast nie zawsze dysponuje wiedzą, w jaki sposób pozyskać usługę na rynku, aby uczynić zamówienie skutecznym. Chodzi tu zwłaszcza o brak wiedzy, w jaki sposób wyartykułować oczekiwania i potrzeby w specyfikacji istotnych warunków zamówienia (SIWZ). Niezależnie od tego, jak będzie rozkładać się asymetria informacji pomiędzy stronami transakcji, negatywne konsekwencje asymetrii informacji w równym stopniu mogą dotknąć zamawiającego oraz wykonawcę.

Na przykład analiza mechanizmu przetargów na dostarczenie usług żywieniowych prowadzi do wniosku, że pracownicy zamawiającego nie dysponują specjalistyczną wiedzą (dietetyka), przygotowując SIWZ. Wykonawcy decydujący się na udział w przetargu, zatrudniając dietetyka lub korzystając z jego doradztwa w oparciu o umowę outsourcingu, mogą zaoferować jadłospis optymalny z punktu widzenia jakości żywienia (negatywna selekcja). Wygranie przetargu przez określonego wykonawcę nie oznacza jednak automatycznego dotrzymania warunków umowy, może on zmodyfikować zawartość jadłospisu, twierdząc, że cena określonych produktów wzrosła lub produkty stały się trudno dostępne (pokusa nadużycia). Jeżeli w specyfikacji zawarto wymóg przygotowywania posiłków na terenie placówki, wykonawcy biorący udział w przetargu nie mają *ex ante* możliwości przeglądu i weryfikacji stanu pomieszczeń. Zamawiający ma możliwość zataić wiedzę o faktycznym stanie urządzeń lub pomieszczenia, a po podpisaniu umowy „przerzucić” na wykonawcę koszty związane z naprawą urządzeń lub remontem lokalu (pokusa nadużycia).

Zamówienia publiczne są nie tylko instrumentem prawnym, ale także ekonomicznym. Już na samym początku uruchomienia procesu o udzielenie zamówienia publicznego decyzje podejmowane przez zamawiającego determinują zachowania wykonawców i efekty realizacji zamówienia. Analiza mechanizmów, na których

---

<sup>15</sup> V. Nilakant, H. Rao, *Agency theory and uncertainty in organization. An evaluation*, *Organization Studies* 15 (5), 1994, s. 649-672.

oparte są relacje podmiotów w systemie zamówień publicznych, pozwala uchwycić pewną szczególną ich cechę. W klasycznym nurcie teorii agencji obecne jest założenie, że to pryncypał jest zobligowany do polegania na działaniach zamawiającego. Z punktu widzenia skuteczności zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma to, że często właśnie wykonawca (agent) jest zmuszony polegać na działaniach zamawiającego, tzn. na jego staranności i przygotowaniu merytorycznym. Znaczenie jakości i przejrzystości działań podejmowanych przez zamawiającego na etapie przygotowywania zamówienia dostrzegł ustawodawca, wprowadzając regulacje prawne dotyczące sposobu przygotowywania opisu przedmiotu zamówienia oraz rozwiązania organizacyjnoprawne mające zniwelować asymetrię informacji. I tu ujawnia się wspomniana wyżej optymalizacyjna funkcja prawa, która polega na zmniejszeniu asymetrii informacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. Optymalizacyjną funkcję prawa na etapie przygotowywania zamówienia publicznego należy rozpatrywać na dwóch płaszczyznach.

Po pierwsze, optymalizacja może być rozpatrywana na płaszczyźnie działań podejmowanych przez zamawiającego, gdzie istotne jest sformułowanie jego oczekiwań w sposób całościowy, transparentny i obiektywny dla każdego z potencjalnych wykonawców. Jeżeli zamawiający dojdzie do wniosku, że jego wiedza jest niewystarczająca do sporządzenia rzetelnego opisu przedmiotu zamówienia, może skorzystać z pomocy biegłych lub np. przed wszczęciem postępowania o udzielenie zamówienia może przeprowadzić dialog techniczny, uznając, iż to wykonawca dysponuje przewagą informacyjną dotyczącą przedmiotu zamówienia, a tym samym pozyskać praktyczne informacje dotyczące możliwości i warunków realizacji przedmiotu zamówienia.

Po drugie, optymalizacja może być rozpatrywana na płaszczyźnie działań podejmowanych przez wykonawcę w sytuacji, gdy stwierdza, że nie dysponuje dostateczną wiedzą odnośnie do treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Z powyższej możliwości korzystają przede wszystkim wykonawcy posiadający doświadczenie i znajomość rynku zamówień publicznych, którzy potrafią antycypować ewentualne ryzyko i tym samym problemy wynikające z mało precyzyjnych zapisów dokumentacji przetargowej, np. czas realizacji zamówienia. Jeżeli wykonawca dojdzie do wniosku, że informacje zawarte w dokumentacji przetargowej są niewystarczające, wykorzystując swoje kompetencje merytoryczne i zakładając przewagę informacyjną zamawiającego w zakresie jego oczekiwań i potrzeb, może użyć instrumentu optymalizacyjnego, jakim jest zadawanie pytań.

Świadomość zarządzania informacją, czyli ogólnie mówiąc – uwzględniania przez zamawiających pytań, uwag i zastrzeżeń zgłaszanych przez wykonawców, może decydować o sprawności realizacji zamówienia publicznego. Przykładowo, zamawiający przeprowadził przetarg na zakup i dostawę leku Y. Lek w liczbie 10 000 jednostek miał być dostarczany przez przyszłego wykonawcę przez okres 12 miesięcy. Konkretyzacja terminu dostaw i wielkości poszczególnych partii leku została dokonana przez zamawiającego w stosownym formularzu. Postępowanie

o udzielenie zamówienia publicznego składało się z pięciu etapów: (1) zamawiający ogłosił postępowanie przetargowe, udostępnił stosowne dokumenty, w tym SIWZ i wzór umowy; (2) wykonawcy zgłaszali pytania, zamawiający na nie odpowiadał; (3) wykonawcy złożyli oferty; (4) zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej oraz (5) podpisano umowę z wyłonionym wykonawcą. Przez określony w zamówieniu czas wykonawca wywiązywał się z realizacji postanowień umowy. Po upływie 12 miesięcy okazało się, że zamawiający wykorzystał tylko 65% określonych w umowie jednostek leku, jednak wykonawca domagał się wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej 100% realizacji dostaw. Zamawiający odmówił pokrycia kosztu 35% dostaw, które *de facto* nie zostały zrealizowane, powołując się na zapis w umowie, zgodnie z którym przy wystąpieniu określonych okoliczności zamawiający ma prawo zmniejszyć zamówienie do 20%. Zamawiający argumentował, że przy wystąpieniu opisanych w umowie okolicznościach ma on prawo zredukować całkowity wolumen dostaw do 20%, czyli do 2000 jednostek leku. Określenie 20% według zamawiającego odnosi się do wielkości zamówienia. Wykonawca twierdził, że przy wystąpieniu opisanych w umowie okolicznościach zamawiający ma prawo zmniejszyć wolumen dostaw do 20%, czyli do 8000 jednostek. Określenie 20% według wykonawcy odnosi się do wielkości dokonywanego zmniejszenia. Ponadto wykonawca zarzucał zamawiającemu, że nie został poinformowany o wystąpieniu okoliczności mających wpływ na wielkość dostaw, podnosił również, że przez 12 miesięcy był w stanie dostarczać dostawy w pełnej wysokości i dlatego domaga się wypłaty w całości przewidzianego w umowie wynagrodzenia. Niekonkluzywność zarysowanego sporu – w płaszczyźnie praktycznej – uniemożliwiła zawarcie ugody, a tym samym sprawę skierowano do sądu, który w wyroku przyznał rację wykonawcy, zamawiający z kolei nie zdecydował się wnieść od niego odwołania. W płaszczyźnie teoretycznej zarysowanie sporu stwarza możliwość artikulacji przynajmniej problemów w obszarze zarządzania informacją w procesie zamówień publicznych:

1) problem międzyorganizacyjny – w literaturze przedmiotu powszechny jest pogląd, że asymetria informacji występuje pomiędzy zamawiającym i wykonawcą, przy czym dominuje stanowisko, iż to (agent) wykonawca dysponuje przewagą informacyjną. Elementem istotnym w systemie zamówień publicznych jest fakt, że to zamawiający (pryncypał) często dysponuje przewagą informacyjną (zamawiający dysponował wiedzą o wystąpieniu okoliczności, które doprowadziły do spadku wolumenu zamówienia, ale nie poinformował o tym zdarzeniu wykonawcy);

2) problem wewnątrzorganizacyjny – wynika z braku zainicjowania i uruchomienia skutecznych kanałów komunikacji w strukturze organizacyjnej zamawiającego; podmioty odpowiedzialne za przeprowadzenie przetargu nie poinformowały jednostkę odpowiedzialną za utrzymanie odpowiednich jednostek leku w placówce zamawiającego o tym, że spadek zapotrzebowania powinien uruchomić procedurę poinformowania wykonawcy o zaistniałych zmianach.

Należy dodać, że przedstawione powyżej płaszczyzny analizy dotyczące optymalizującej funkcji prawa wpisują się w nurt badań, w którym teoria agencji jest



rozpatrywana w perspektywie teorii władzy w dowolnej strukturze organizacyjnej<sup>16</sup>. Władza – w ujęciu relacyjnym – jest interpretowana jako możliwość wywierania wpływu. Uwzględnienie władzy eksperta wykonawcy, która pozwala mu wywierać wpływ na działania zamawiającego i jednocześnie możliwości skorzystania z instytucji zadawania pytań przez zamawiającego, pozwala dostrzec, że wykonawca może modyfikować zachowania zamawiającego. Tym samym teoria władzy umożliwia analizę relacji agencji w obszarze zamówień publicznych w perspektywie dynamicznej wzajemności, gdzie działania podejmowane przez zamawiającego i wykonawcę mogą ulegać wzajemnej modyfikacji pod wpływem impulsów pochodzących od każdej ze stron transakcji. Uruchomienie owej dynamicznej wzajemności pozwala zarazem obniżyć wymienione wyżej trzy rodzaje kosztów agencji. Jednocześnie należy zaznaczyć, że analiza praktyki funkcjonowania polskiego systemu zamówień publicznych prowadzi do wniosku, iż zamawiający i wykonawcy często w sposób celowy nie wykorzystują wspomnianych fakultatywnych instrumentów prawnych, które pozwalają zniwelować asymetrię informacji pomiędzy nimi. Zdarzają się przypadki, że wykonawcy, zdając sobie sprawę z niskiej precyzji zapisów dokumentacji przetargowej, świadomie nie korzystają z prawa do zadawania pytań, aby występujące wątpliwości zinterpretować na swoją korzyść. Oznacza to, że niektórzy wykonawcy są skłonni do podejmowania ryzyka, kiedy szacują, że potencjalne zyski mogą przewyższyć potencjalne straty. Zamawiający, na którym ciąży obowiązek precyzyjnego opisu przedmiotu zamówienia, może świadomie nie podejmować wysiłków, aby spełnić obowiązek dochowania tak rozumianej staranności, tym samym udzielając potencjalnym wykonawcom sposobności do wzmocnienia negatywnej selekcji oraz wykorzystania pokusy nadużycia; tę ostatnią można analizować w kontekście „posiadania” lub „braku posiadania” stosownej wiedzy dla realizacji przedmiotu zamówienia.

Możliwość zastępowania jednoznaczności i precyzji przez wielość interpretacji, w obszarze optymalizującej funkcji prawa, w oczywisty sposób ogranicza, a często eliminuje skuteczność realizacji procesu zamówienia publicznego zarówno na etapie postępowania przetargowego, jak i realizacji zamówienia. Perspektywa, jaką przyjmują zamawiający i wykonawcy w stosunku do asymetrii informacji w procesie zamówień publicznych, może rodzić dwojakiego rodzaju skutki.

Po pierwsze, pozytywne, kiedy obydwie strony są świadome możliwości wystąpienia asymetrii informacji i skłonne do podjęcia działań mających na celu ich eliminację. Asymetria informacji jest traktowana jako niejednoznaczność informacji, która stwarza możliwość odmiennej interpretacji tego samego przekazu. Instrumentem służącym do eliminowania takich sytuacji jest np. wspomniane zadawanie pytań. Oznacza to złożenie wniosku o wyjaśnienie treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia skutkującym obowiązkiem zamawiającego udzielenia odpowiedzi w ustalonych terminach czasowych. Zarówno pytania, jak i odpowiedzi, które są

<sup>16</sup> J.W. Pratt, R.J. Zeckhauser, *op. cit.*

publikowane przez zamawiającego, stwarzają równy dostęp do informacji podmiotom ubiegającym się o zamówienie, zmniejszając asymetrię pomiędzy samymi wykonawcami, jak również wykonawcą a zamawiającym.

Po drugie, negatywny, kiedy zamawiający i wykonawcy mimo świadomości wystąpienia asymetrii informacji nie podejmują działań mających na celu jej eliminację. Traktują niejednoznaczność przekazu jako możliwość maksymalizacji użyteczności własnych celów. Dochodzi tu do utrwalenia zasady, aby kupić jak najtaniej, a nie do urzeczywistnienia zasady uzyskania optymalnej ceny w konkretnych uwarunkowaniach realizacji usługi. Dlatego nie dążą do wykorzystania instrumentów prawa, np. dialogu konkurencyjnego czy trybu negocjacji z ogłoszeniem, które pozwalają zniwelować asymetrię informacji.

#### **4. Ukryta informacja. Ukryte działania**

Uwzględnienie specyfiki systemu zamówień publicznych uzasadnia zwrócenie uwagi na jej aspekt podmiotowy. Większość literatury przedmiotu koncentruje się na interakcji jeden na jednego (jeden pryncypał, jeden agent). W praktyce zamówień publicznych sytuacja „jeden na jeden” występuje stosunkowo rzadko, w przeważającej mierze mamy do czynienia z rozbudowanymi relacjami, tzn. jeden pryncypał-zamawiający i wielu potencjalnych agentów-wykonawców. W przetargu uczestniczy kilku wykonawców, którzy próbują wpłynąć na decyzje podejmowane przez zamawiającego. Z punktu widzenia efektywności systemu zamówień publicznych kluczowe znaczenie ma to, że wielość wykonawców może potęgować zjawisko asymetrii informacji i osłabiać bodźce, które powinny wpływać na decyzje zamawiającego.

Ma temu przeciwdziałać m.in. zasada uczciwej konkurencji, która jest jedną z podstawowych zasad obowiązujących w polskim prawie zamówień publicznych. Zgodnie z jej treścią zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji oraz równe traktowanie wykonawców. Zapewnienie przestrzegania tej zasady należy zatem do zamawiającego. Ochrona konkurencji ma na celu osiągnięcie wspomnianej optymalizacji transakcji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a także zoptymalizowanie alokacji zasobów, zagwarantowanie efektywności kontraktu i ochronę interesów zamawiającego. W literaturze przedmiotu zwraca się uwagę, że zapewnienie właściwego poziomu konkurencyjności i transparentności systemu zamówień publicznych prowadzi do: (a) redukcji kosztów agencji oraz (b) zwiększenia prawdopodobieństwa wyboru agenta o największym potencjale. Jednak system zamówień publicznych ma wyraźnie ukierunkowany charakter, eliminuje się wstępnie zarówno wiedzę zgromadzoną przez inne dyscypliny naukowe, jak i pewne ich interpretacje. Chodzi tu zwłaszcza o zjawisko więzi, postaw nieformalnych, które pozostają poza kontrolą zamawiającego i generują efekt ukrytej informacji.

Nasilenie zjawiska negatywnej selekcji w polskim systemie zamówień publicznych do 2014 r. było potęgowane przez tzw. cenowe kryteria wyboru oferty. Wyko-

nawcy oferujący najbardziej konkurencyjną cenę i tym samym najbardziej skłonni do ponoszenia wysokiego ryzyka wygrywali przetarg. Ponadto zaoferowanie przez wykonawcę najniższej ceny nie oznacza, że jest on w stanie zagwarantować wysoką jakość wykonania przedmiotu zamówienia w ustalonym terminie. Wykonawcy, których cechowała ostrożność w ekspozycji na ryzyko, tzn. chcący zabezpieczyć wykonanie zadania w ustalonym terminie i na satysfakcjonującym poziomie, oferowali wyższe ceny i przegrywali przetargi. Ustawodawca, dostrzegając powyższy problem, wzmocnił pozacenowe kryteria oceny ofert. Zamawiający, udzielając zamówienia publicznego, został zobligowany do zwrócenia większej uwagi na jakość zamawianych towarów, usług czy robót budowlanych.

Poniżej przedstawiono przykład zjawiska ukrytej informacji i ukrytego działania w konkretnym procesie o udzielenie zamówienia publicznego. Jednostka sektora finansów publicznych organizowała przetarg na zakup mebli do zabytkowego obiektu, którym zarządza. Pięciokrotnie zastosowano tryb przetargu nieograniczonego. W każdym przetargu, zgodnie z nowelizacją w prawie zamówień publicznych, obok cenowego kryterium wyboru ofert zastosowano kryterium w postaci udzielanej przez wykonawcę gwarancji na meble, ponadto w ostatnim przetargu przyjęto jeszcze jedno dodatkowe kryterium – termin realizacji zamówienia. Przebieg całego procesu o udzielenie zamówienia zawarto w tabeli 1.

W analizowanym przykładzie pomimo zastosowanych mechanizmów, takich jak wadium, wymóg złożenia stosownych oświadczeń/zaświadczeń przez wykonawców, pozacenowych kryteriów oceny ofert, które powinny zniwelować problem asymetrii informacji, zamawiający nie był w stanie zidentyfikować ukrytych informacji i ukrytych działań wykonawców. Uzasadnione stało się pytanie, czy w powyższym przypadku nie doszło do zawarcia umowy cenowej pomiędzy wykonawcami. Analizując złożone oferty, zamawiający mógł jedynie dostrzec, że wykonawcy T i M prowadzą taką samą działalność gospodarczą zarejestrowaną w dwóch różnych miastach w Polsce. W każdym przetargu, w którym brał udział wykonawca M, towarzyszył mu wykonawca T. Oferty składane były oddzielnie, przy czym oferty składane przez wykonawcę M wpływały w każdym przypadku później niż oferty wykonawcy T. Wykonawca T w przetargach numer 3 i 5 został wyłoniony jako najlepszy oferent, jednakże nie przystąpił do podpisania umowy, co skutkowało utratą przez niego wadium. W przetargu nr 5 udzielono zamówienia oferentowi M, a w wyniku przetargu nr 3 zamawiający był zmuszony do uruchomienia kolejnego postępowania. W wyniku przetargu nr 4, w którym wykonawca A nie złożył w wyznaczonym terminie wyjaśnień dotyczących rażąco niskiej ceny, wyłoniono wykonawcę M. W przetargach nr 1 i 2 oferta wykonawcy T była „odpowiednio” gorsza od oferty wykonawcy M. Wydaje się, że wykonawca T był „figurantem”, który godzi się na stratę wpłaconego wadium, byleby M został wyłoniony jako wykonawca zamówienia.

Symulacja udzielonego zamówienia w trybie przetargu nieograniczonego uzasadnia konstatację, że zamawiający, mimo przestrzegania zasad uczciwej konkurencji, wykorzystania mechanizmów mających zwiększyć transparentność i obiekty-

Tabela 1. Proces realizacji zamówienia publicznego

PRZETARG NIEOGRANICZONY NR 1					
Wykonawca	Cena	Gwarancja	Termin realizacji	Kryteria oceny	Razem punktacja
T	10 018,35	24 mies. (6,67)	–	Cena (C) – 90%	63,46
M	6322,20	36 mies. (10)	–	Gwarancja (G) – 10% Cena = (C najniższa/C badana)*90 Gwarancja = (G badana/G najdłuższa)*10 Całkowita l. punktów = C + G	100,00
PRZETARG NIEOGRANICZONY NR 2					
Wykonawca	Cena	Gwarancja	Termin realizacji	Kryteria oceny	Razem punktacja
T	24 600,00	48 mies. (8)	–	jw.	93,50
M	23 370,00	60 mies. (20)	–		100,00
PRZETARG NIEOGRANICZONY NR 3					
Wykonawca	Cena	Gwarancja	Termin realizacji	Kryteria oceny	Razem punktacja
T	23 141,22	48 mies. (10)	–	jw.	100,00
PRZETARG NIEOGRANICZONY NR 4					
Wykonawca	Cena	Gwarancja	Termin realizacji	Kryteria oceny	Razem punktacja
T	46 236,68	24 mies. (8)	–	Cena (C) – 80%	54,18
M	52 484,10	60 mies. (20)	–	Gwarancja (G) – 20% Cena = (C najniższa/C badana)*80	60,68
A	26 691,00	60 mies. (20)	–	Gwarancja = (G badana/G najdłuższa)*20 Całkowita l. punktów = C + G	100,00

PRZETARG NIEOGRANICZONY NR 5					
Wykonawca	Cena	Gwarancja Waga: 0 – 24 mies. 10 – 25–36 mies. 20 – 37–48 mies.	Termin realizacji Waga: 0 – do 16.12. 10 – do 09.12. 20 – do 30.11	Kryteria oceny	Razem punktacja
T	21 979,49	37 mies. (20)	30.11. (20)	Cena (C) – 60% Gwarancja (G) – 20% Termin realizacji (T) – 20% Cena = (C najniższa/C badana)*60 Gwarancja = 0 lub 10 lub 20 Termin realizacji = 0 lub 10 lub 20 Całkowita l. punktów = C + G + T	94,45
M	22 841,10	48 mies. (20)	30.11. (20)		92,40
B	19 948,14	48 mies. (20)	09.12. (10)		90,00

Źródło: opracowanie własne.

wizm wyboru konkretnego wykonawcy, nie był w stanie zredukować wspomnianych kosztów agencji, przede wszystkim kosztów alternatywnych. W wyniku przetargu nr 5 zamówienie publiczne jest realizowane przez wykonawcę M, który zaoferował najwyższą cenę. Na taki wynik postępowania przetargowego wpływ miało zachowanie wykonawcy T, który odstąpił od podpisania umowy, tym samym zmuszając zamawiającego do przygotowania i przeprowadzenia kolejnego przetargu. Z tego punktu widzenia nieweryfikowalność – jako element asymetrii informacji – w systemie zamówień publicznych jest potęgowana przez szczególną sytuację, gdzie o udzielenie zamówienia stara się kilku potencjalnych wykonawców, pomiędzy którymi występują relacje nieformalne mogące wypaczać wyniki postępowania przetargowego, jak również wpływać na jakość realizacji zamówienia.

## 5. Podsumowanie

Teoria agencji pozostaje atrakcyjnym poznawczo narzędziem badawczym. W niniejszym artykule jedynie zasygnalizowano wybrane aspekty asymetrii informacji w systemie zamówień publicznych. Uwzględnienie specyfiki otoczenia instytucjonalnego, a także nowych mechanizmów wprowadzanych w systemie zamówień publicznych uzasadnia przypuszczenie, że będzie on rozwijał się bardziej dynamicznie. W 2016 r. w Polsce dostosowano system zamówień publicznych do wymogów unijnych dyrektyw<sup>17</sup>. Wprowadzona została nowelizacja ustawy – Prawo zamówień publicznych<sup>18</sup>, która ma bezpośrednio przyczynić się do zniwelowania niektórych negatywnych aspektów systemu zamówień publicznych, a pośrednio stwarza również możliwość osłabiania asymetrii informacji pomiędzy zamawiającym a wykonawcą. W uzasadnieniu projektowanych zmian wskazywano przede wszystkim na zdecydowane ograniczenie nadmiernego stosowania kryterium ceny jako jedynego kryterium oceny ofert oraz rozwiązanie problemu braku podstawy prawnej wyboru oferty na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z wykorzystaniem rachunków kosztów cyklu życia (obejmującego koszty związane z: nabyciem, użytkowaniem, wycofaniem z eksploatacji, kosztem ekologicznym związanym z cyklem życia produktu, usługi lub roboty budowlanej). Ponadto zmianie ulega konieczność stosowania sztywnych przesłanek stosowania trybów negocjacyjnych poprzedzonych ogłoszeniem o zamówieniu, tj. negocjacji z ogłoszeniem i dialogu konkurencyjnego, które zapewniają możliwość wyboru rozwiązań lepiej wpisują-

<sup>17</sup> Nowelizacja wprowadza do polskiego porządku prawnego przepisy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 2014 r., s. 65, ze zm.) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94 z 2014 r., s. 243, ze zm.).

<sup>18</sup> Ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020).

cych się w społeczne oczekiwania, bardziej ekonomicznych i innowacyjnych, dostosowanych do potrzeb zamawiającego i użytkowników przedmiotu zamówienia.

W świetle wprowadzonych przepisów interesującego pola do badań w tej dziedzinie – zwłaszcza mając możliwość za jakiś czas dokonania oceny ich funkcjonowania – dostarcza przyznanie zamawiającym szerszych uprawnień w stosunku do kontroli podmiotów deklarujących korzystanie z potencjału osób trzecich przy realizacji zamówienia (zamawiający będzie mógł żądać od wykonawcy, aby podmiot udostępniający potencjał w jak najszerszym zakresie brał udział w wykonawstwie zamówienia). Można zatem żywić nadzieję, że wprowadzone regulacje przyczynią się do zmniejszania zakresu działań powodujących systemowe występowanie asymetrii informacji między zamawiającym (mocodawcą) a realizującym zamówienie (agentem).

## Literatura

- Boyne G.A., 1998, *Bureaucratic theory meets reality: public choice and service contracting in U.S. local government*, Public Administration Review 58 (6), s. 474-484.
- Brown T.L., Potoski M., van Slyke D.M., 2006, *Managing public service contracts: aligning values, institutions, and markets*, Public Administration Review 66 (3), s. 323-331.
- Daly H., 2015, *Conflicts of interest in agency theory: a theoretical overview*, Global Journal of Human-Social Science: E Economics 15 (1).
- Eisenhardt K.M., 1989, *Agency theory: an assessment and review*, Academy of Management Review 14 (1), s. 57-74.
- Hodge G., 1999, *Competitive tendering and contracting out: rhetoric or reality?*, Public Productivity and Management Review 22 (4), s. 455-469.
- Jensen M.C., Meckling W.H., 1976, *Theory of the firm: managerial behavior, agency cost and ownership structure*, Journal of Financial Economics 3 (4), s. 305-360.
- Johnston V.R., Seidenstat P., 2007, *Contracting out government services: privatization at the millennium*, International Journal of Public Administration 30 (3), s. 231-247.
- Kauppi K., Raaij E.M., 2015, *Opportunism and honest incompetence – seeking explanations for non-compliance in public procurement*, Journal of Public Administration Research and Theory 25 (3), s. 953-979.
- Khoman S., 2017, *Asymmetric information: a case study in potential public procurement pitfalls*, [w:] K.V. Thai (red.), *Global Public Procurement Theories and Practice*, Springer International Publishing, Cham, s. 249-267.
- Laffont J.-J., Martimort D., 2002, *The Theory of Incentives. The Principal-Agent Model*, Princeton University Press, Princeton.
- McCue C.P., Prier E. Swanson D., 2015, *Five dilemmas in public procurement*, Journal of Public Procurement 15 (2), s. 177-207.
- Miroński J., 2005, *Relacja agencji w teorii przedsiębiorstwa*, Gospodarka Narodowa 164 (4), s. 1-16.
- Nilakant V., Rao H., 1994, *Agency theory and uncertainty in organization. An evaluation*, Organization Studies 15 (5), s. 649-672.
- Nyman C., Nilsson F., Rapp B., 2005, *Accountability in local government: a principal-agent perspective*, Journal of Human Resource Costing and Accounting 9 (2), s. 123-137.
- Paliński A., 2009, *Kosztowna weryfikacja jako element relacji bank-kredytobiorca*, Bank i Kredyt 40 (3), s. 93-118.

- Pratt J.W., Zeckhauser R.J., 1985, *Principal and agents: The structure of business*, Harvard Business School Press, Boston.
- Ross S., 1973, *The economic theory of agency: the principal's problem*, *American Economic Review* 62 (2), s. 134-139.
- Yukins Ch.R., 2010, *A versatile prism: assessing procurement law through the principal – agent model*, *Public Contract Law Journal* 40 (1), s. 63-86.
- Schmitz P.W., 2002, *On the interplay of hidden action and hidden information in simple bilateral trading problems*, *Journal of Economic Theory* 1103 (2), s. 44-460.
- Williamson O.E., 1985, *The Economic Institution of Capitalism*, The Free Press, New York.