

Ewaryst Kowalczyk

Uniwersytet Zielonogórski

E.Kowalczyk@wpa.uz.zgora.pl

ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9927-0574>

Paweł Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*, Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa, Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”, Toruń 2019, ss. 407

<http://dx.doi.org/10.12775/SIT.2019.031>

Nakładem Wydawnictwa „Dom Organizatora” w Toruniu ukazała się publikacja pt. *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*. Autorem książki jest dr Paweł Nowicki, pracownik naukowy Katedry Prawa Europejskiego Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Mikołaja Kopernika w Toruniu. Praca stanowi monografię habilitacyjną.

Rozważania autora otwiera przywołane na pierwszych kartach książki pytanie sformułowane przez prof. Stevena L. Schoonera z George Washington University Law School w Waszyngtonie: „Co Twój rząd ma nadzieje osiągnąć poprzez swoje prawo zamówień?”. Na jego tle dr Nowicki zarysowuje swoje zamierzenie badawcze jako

próbę zidentyfikowania celów prawa zamówień publicznych. Zgodnie z deklaracją autor chciałby zrealizować swoje zadanie w drodze wielopłaszczyznowej analizy materiału źródłowego, uwzględniającego zarówno normy prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej, jak i regulacje krajowe. Przy czym fundamentem dociekań czyni hipotezę o złożonym charakterze celów zamówień publicznych, nie tylko obejmujących funkcje nabywcze, ale przede wszystkim służących realizacji określonych wartości. Intencję tę należy uznać za godną realizacji. W istocie bowiem to właśnie na aksjomatach – zgodnie z tytułem pracy – a nie wyłącznie na celach zamówień publicznych autor koncentruje swoją uwagę.

Zamysł badawczy dr Nowickiego wpisuje się w szerszy nurt badań dotyczących aksjologii prawa. Nurt, którego doniosłości nie sposób przecenić. Prawotwórstwo bowiem w swej naturze to proces nie tylko stanowienia norm, ale również aprobowania określonych wartości¹.

Jednocześnie w obszarze badań dotyczących zamówień publicznych można zaobserwować dotkliwy brak pogłębionych i kompleksowych refleksji aksjologicznych. Nieliczne wypowiedzi przedstawicieli nauki – choć niezwykle cenne – mają charakter wycinkowy lub towarzyszący innym zagadnieniom². Dotychczas problematyka aksjomatów pojawiała się najczęściej jako część opracowań dotyczących poszczególnych zagadnień zamówień publicznych, w tym związanych z zasadą uczciwej konkurencji, przejrzystości czy aspektów społecznych lub ekologicznych. Nie dość wspomnieć, że refleksje nad fundamentalnymi ocenami wartościującymi w zamówieniach pu-

¹ M. Kordela, *Wstęp metodologiczny do wykładni aksjologicznej*, w: *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014, s. 37.

² Np. P. Nowicki, *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497; H. Nowicki, *Cele systemu zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497; R. Szostak, *Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, w: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powalowski, Warszawa 2015; T. Kocowski, *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, w: *Zamówienia publiczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, wyd. 2 rozszerzone, Gdańsk-Warszawa 2012.

blicznych nie należą też do bardzo częstych na gruncie europejskiej czy anglosaskiej myśli naukowej³. Stąd próbę wielowymiarowego uchwycenia w polskiej nauce problemu wartości zamówień należy potraktować jako bardzo cenną.

Dla właściwego odczytania celu pracy niebagatelne znaczenie ma podtytuł książki: *Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*. Czytelnik ma zatem prawo spodziewać się, że horyzont rozważań autora wyznaczać będą dwa skrajne punkty, pierwszy, związany z tradycyjnie przypisywaną zamówieniom publicznym rolę, tj. nabywaniem określonych dóbr czy usług w sposób odpowiadający wymaganiom efektywności, oraz drugi, dostrzegający w zamówieniach instrument realizacji celów ulokowanych poza samym udzielaniem zamówień, a w tym szeroko rozumianych celów społecznych. Oczekiwanie to autor zaspokaja już we wstępie pracy, przypominając o niezwykle interesującym, jednocześnie ważkim napięciu, jakie wywołuje istnienie tych dwóch aspektów zamówień publicznych. Oczywiście jest bowiem, że zarówno z perspektywy teoretycznej, jak i w powszechnym odbiorze efektywność – rozumiana jako osiąganie jak najlepszych efektów związanych z realizacją danego zamówienia w stosunku do jego ceny lub kosztów – i realizacja niektórych celów społecznych – jak chociażby ekologiczne czy socjalne – stanowią wobec siebie wartości konkurujące, a nawet pozostające w konflikcie.

Autor wyjawia swoją intuicję, zgodnie z którą rozbrat tych wartości „jest w istocie bezprzedmiotowy, a instytucje zamawiające mogą dokonywać efektywnych ekonomicznie zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi, jednocześnie promując wartości związane z szeroko pojmowaną ochroną środowiska, walką z wykluczeniem społecznym oraz stymulowaniem gospodarki poprzez wspieranie innowacyjnych rozwiązań” (s. 3). Nowicki wyraża przy tym przypuszczenie, że kluczem do rozstrzygnięcia takiego napięcia

³ Np. S. Arrowsmith, *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, w: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, New York 2009; C. McCrudden, *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford 2007.

jest zmiana paradygmatu zasady efektywności w zamówieniach publicznych.

Refleksje nad zarysowanym zagadnieniem dr Nowicki podejmuje w kolejnych, logicznie powiązanych rozdziałach.

W rozdziale pierwszym, mającym charakter wprowadzający, autor koncentruje uwagę czytelnika na samym pojęciu wartości w prawie zamówień publicznych. Przeprowadzone w tym miejscu pracy analizy potwierdzają zasadność oczekiwania, że współczesne prawo zamówień publicznych – pomimo *prima facie* utylitarnego charakteru – może mieć zakodowane w sobie wartości wyższe, w tym etyczne. Interpretując stanowisko autora, można stwierdzić, że w jego opinii prawodawca w zamówieniach publicznych ukazuje się nie tylko jako racjonalny normodawca, ale przede wszystkim jako racjonalny aksjolog.

W celu poszukiwania i opisu poszczególnych wartości zamówień publicznych dr Nowicki wytycza dwie ścieżki rozważań, wynikające z odrębnych źródeł normatywnych. W pierwszej odsłonie dokonuje identyfikacji wartości zawartych w prawie pierwotnym Unii Europejskiej, a mających określone odniesienie do zamówień publicznych. W drugiej koncentruje się na problemie konkretyzacji wartości prawa zamówień publicznych w prawie wtórnym Unii Europejskiej.

W ramach rozważań dotyczących wartości zawartych w prawie Unii Europejskiej autor słusznie zauważa, że prawo pierwotne nie zawiera wprawdzie norm prawnych odnoszących się wprost do zamówień publicznych, ale stanowi podbudowę pod aksjologię prawa zamówień publicznych. Związek ten przebiega w miejscu, gdzie prawo pierwotne – służąc ochronie rynku wewnętrznego – strzeże wartości dotyczących konkurencji w Unii Europejskiej, a w konsekwencji zapewnia przestrzeganie sprawiedliwości, godności oraz racjonalności proceduralnej. Natomiast analiza prawa wtórnego Unii Europejskiej pozwoliła autorowi zidentyfikować katalog fundamentalnych wartości właściwych zamówieniom publicznym, do których zalicza *legal compliance*, uczciwą konkurencję, zrównoważony rozwój i efektywność ekonomiczną. Kolejne części monografii poświęcone są tym dostrzeżonym przez autora wartościom.

Próbie sformułowania katalogu elementarnych wartości zamówień publicznych należy uznać za udaną i bardzo cenną. Rysuje

ona przed czytelnikami, a w tym teoretykami i praktykami zamówień publicznych, bardzo interesującą perspektywę spraw ważnych w zamówieniach publicznych. Wydaje się jednocześnie, że cennym uzupełnieniem rozważań źródłowych byłoby odniesienie do Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej. Problem ewentualnego zakorzenienia zamówień publicznych w wartościach konstytucyjnych nie został dotychczas dostatecznie pogłębiony.

Za szczególnie ważne należy uznać rozważania dr. Nowickiego dotyczące aksjomatu związanego tzw. *legal compliance* w zamówieniach publicznych. Zastosowanie przez autora angielskojęzycznej formuły należy zapewne tłumaczyć tym, że pojęcie *legal compliance* ma nieco odmienne znaczenie w porównaniu ze zwrotem „zgodność z prawem” czy nawet „legalność”. O zgodności z prawem czy legalności orzeka się zazwyczaj w celu stwierdzenia, że określone postępowanie nie stanowi naruszenia normy prawnej. Tymczasem *legal compliance* w większym stopniu odnosi się do kwestii wypełnienia wymagań prawa i związane jest w pewną dyspozycją, sprawnością czy powinnością określonego podmiotu dotyczącą realizacji celów zawartych w zasadach, normach programowych i regułach danego systemu, a nawet związanych z nim standardach. W tym ujęciu pojęcie *legal compliance* bliższe jest takim określeniom jak „praworządność” czy „prawość”. W konkluzji rozważań o *legal compliance* dr. Nowicki stwierdza zatem, że zgodność z prawem wymusza również przyjęcie odpowiedniej wewnętrznej polityki zarządzania procesem udzielenia zamówień publicznych przez poszczególnych zamawiających. Oznacza w to konsekwencji jeszcze większe otwarcie na afirmowane w prawie zamówień publicznych wartości rekonstruowane z całego systemu zamówień publicznych.

Szczególne miejsce w pracy poświęcone zostało triadzie fundamentalnych wartości we współczesnych zamówieniach publicznych: uczciwej konkurencji, efektywności ekonomicznej oraz zrównoważonemu rozwojowi. Dwie pierwsze można zaliczyć do tradycyjnych wartości zamówień publicznych; ostatnia stanowi pewne *novum*.

Doktor Nowicki przypomina, że obowiązek zapewnienia uczciwej konkurencji jest celem dyrektyw zamówieniowych od początku ich istnienia. Jednocześnie dostrzega, że natura problematyki uczciwej konkurencji jest złożona, pozostaje ona bowiem z ścisłym związkiem

z obowiązkami zamawiających dotyczącymi przestrzegania zasad równego traktowania oraz przejrzystości. Autor podziela w tym miejscu wyartykułowany przede wszystkim na gruncie orzecznictwa czy unijnej praktyki pogląd, że zasady równego traktowania, niedyskryminacji oraz przejrzystości odgrywają w istocie służebną rolę wobec zasady uczciwej konkurencji. Stanowisko to z trudem jednak znajduje potwierdzenie na gruncie polskiego prawa zamówień publicznych. Zdaje się, że polski prawodawca zasadę uczciwej konkurencji i równego traktowania uznaje za równoważne i współtowarzyszące, czemu daje wyraz chociażby w formule o obowiązku prowadzenia przez zamawiających postępowań o zamówienie publiczne „w sposób zapewniający zachowanie uczciwej konkurencji i równe traktowania wykonawców”⁴. Rozstrzygnięcie tego zagadnienia wzbogaciłoby rozważania zawarte w pracy.

W kolejnym rozdziale Nowicki wprowadza na scenę wartości utożsamiane z problematyką zrównoważonego rozwoju. Pojęcie to w wymiarze międzynarodowym, w tym europejskim (ang. *sustainable development*), odnosi się do określonych koncepcji i zamierzeń społeczno-gospodarczych⁵. Natomiast w polskiej Konstytucji zostało ujęte jako zasada postępowania, z której wynika konieczność znajdowania przez władze publiczne rozwiązań prawnych czy organizacyjnych sprzyjających rozwojowi ekonomicznemu, ale jednocześnie umożliwiających ochronę środowiska naturalnego (art. 5 Konstytucji RP). Nowicki nie wzbrania się jednak, by promowanie zrównoważonego rozwoju traktować jako wartość *sui generis* w prawie zamówień publicznych, mieszczącą aspekty społeczne, środowiskowe i innowacyjne. We wnioskach stwierdza, że „promowanie zrównoważonego rozwoju jako wartości prawa zamówień publicznych wydaje się mocno uzasadnione” (s. 273). I dodaje, że „kluczem do zrozumienia idei zrównoważonych zamówień publicznych wydaje się być znalezienie odpowiedniej równowagi pomiędzy kwestiami gospodarczymi, społecznymi i środowiskowymi a efektywnością prawa zamówień publicznych” (s. 274).

⁴ Art. 7 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, Dz.U. z 2019 r., poz. 1843.

⁵ R. Rosicki, *Międzynarodowe i europejskie koncepcje zrównoważonego rozwoju*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny” 2010, nr 4, s. 45 i n.

W ostatnim rozdziale dr Nowicki powraca do kwestii efektywności ekonomicznej w zamówieniach publicznych. Z rozważań podejmowanych w tej części opracowania wyłania się propozycja rozumienia efektywności ekonomicznej jako dyrektywy prakseologicznej odwołującej się nie tylko do aspektów finansowych, ale także do wartości ogólnych, które wymagają urzeczywistnienia poprzez udzielanie zamówień publicznych. Stanowisko to zakłada jednocześnie konieczność szerszego niż proponowane w tradycyjnych ujęciach definiowania formuły *best value for money*. Zdaniem autora pochodząca wprawdzie z sektora prywatnego zasada, zakładająca powinność osiągnięcia najlepszego efektu najniższym nakładem kosztów⁶, powinna uwzględniać na płaszczyźnie zamówień publicznych również wartości (*values*) nieutilitarne. Podążając tropem wytyczonym przez Nowickiego, można dojść do konkluzji, że określenie „ekonomiczna” w przypadku efektywności w zamówieniach publicznych traci swój kosztowy czy wręcz merkantylny wymiar. Być może nawet warto byłoby przyjąć, że jedną z fundamentalnych wartości zamówień publicznych jest efektywność (bez przymiotnika „ekonomiczna”) rozumiana jako uzyskiwanie najlepszych efektów w zamówieniach, w tym efektów gospodarczych, społecznych czy środowiskowych, w stosunku do poniesionych nakładów.

Rozważania Pawła Nowickiego podejmowane na kartach książki w znaczącym stopniu odnoszą się do problematyki instrumentalizacji prawa. Zjawisko to – zazwyczaj oceniane negatywnie⁷ – utożsamiane jest z wykorzystywaniem legislacji dla realizacji określonych celów społeczno-gospodarczych kosztem autonomicznych wartości prawa. Na tle tego stanowisko Nowickiego jawi się jako porozumiewawcze. To, co w zarzucie instrumentalizacji prawa zamówień publicznych wskazywane jest jako wartości obce (niem. *Vergabefremde Aspekte*), dla autora *Aksjologii* stanowi o naturze zamówień publicznych. Nowicki stwierdza przy tym jasno, że zamawiający nie tylko kształtują „społecznie pożądane i akceptowalne zachowania

⁶ Ch. McCrudden, *Buying Social*, s. 11.

⁷ Przykładem neutralnego zastosowania pojęcia „instrumentalizacji” na gruncie zamówień publicznych mogą być rozważania M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 14.

wykonawców, lecz przyczyniają się do rozwoju społeczno-gospodarczego” (s. 273).

Cennym uzupełnieniem opracowania byłyby analiza prawnych form realizacji wartości wpisanych w prawo zamówień publicznych. Należy bowiem przypuszczać, że część z nich może znaleźć swoje urzeczywistnienie w ramach organizacji postępowań o udzielenie zamówień publicznych przez poszczególnych zamawiających (np. *legal compliance*); inne z kolei mogą znaleźć swój wyraz w tzw. polityce zakupowej państwa czy planach zamówień publicznych (jak np. cele dotyczące zrównoważonego rozwoju).

Należy wreszcie zwrócić uwagę na styl językowy pracy. Autor we właściwy sobie sposób wyklada pogłębione problemy aksjologii prawa, zachowując jednocześnie czytelność przekazu. Okazuje się, że rozprawa naukowa nie musi być dziełem hermetycznym i ekskluzywnym. Wszak znajomość materii przejawia się w umiejętności jej klarownego przedstawienia. Z opracowaniem dr. Nowickiego należy zatem wiązać nadzieje na pogłębienie korespondencji myśli między polską dogmatyką prawa zamówień publicznych a praktyką jego stosowania.

Wysiłek autora *Aksjologii* zasługuje na uznanie. Czytelnik kończy lekturę książki z poczuciem, że zarysowane w jej wstępie kwestie zostały skrupulatnie przeanalizowane. Nowicki przedstawił pogłębioną odpowiedź na pytanie, jakim doniosłym aksjologicznie celom służy prawo zamówień publicznych. Przy tym otworzył nowe pola poszukiwań badawczych. Wśród nich można wskazać kwestie dotyczące relacji pomiędzy poszczególnymi wartościami prawa zamówień publicznych w ich dogmatycznym ujęciu, a także znaczenie dla tego zagadnienia zasady proporcjonalności. Należałoby również rekomendować podejmowanie na fundamencie przedstawionych przez dr. Nowickiego rozważań dalszych wysiłków naukowych, w tym odwołujących się do metod badawczych bliższych metodologii socjologii prawa. Dziedzina aksjologii prawniczej to obszar, w którym twierdzenia formułowane na kanwie teorii zjawisk prawnych nie zawsze okazują się zbieżne z wartościami faktycznie podzielanymi przez uczestników życia społeczno-gospodarczego, a w przypadku zamówień publicznych przedstawicieli instytucji zamawiających.

Lektura monografii Nowickiego napawa optymizmem. Okazuje się bowiem, że refleksja aksjologiczna w dogmatyce prawa zamówień publicznych jest przedmiotem żywego zainteresowania jej przedstawicieli, a błyskotliwy sposób jej wykładu przez autora *Aksjologii* pozwala wyczekiwać kontynuatorów tych rozważań.

STRESZCZENIE

Paweł Nowicki, *Aksjologia prawa zamówień publicznych. Pomiędzy efektywnością ekonomiczną a instrumentalizacją*,
Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa,
Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”,
Toruń 2019, ss. 407

Monografia *Aksjologia prawa zamówień publicznych* autorstwa dr. Pawła Nowickiego jest przykładem publikacji wpisującej się w ogólny nurt badań dotyczących aksjologii prawa. Na gruncie zamówień publicznych problematyka wartości nie była jednak dotychczas intensywnie podejmowana. Pojawiała się najczęściej jako część opracowań dotyczących odrębnie analizowanych zagadnień zamówień publicznych, w tym związanych z zasadą uczciwej konkurencji, zasadą przejrzystości czy aspektami społecznymi lub ekologicznymi. Autor opisuje swoje zamierzenie badawcze jako próbę zidentyfikowania celów prawa zamówień publicznych w ogólności. Zgodnie z deklaracją zrealizował zadanie w drodze analizy materiału źródłowego, uwzględniającego zarówno normy prawa zamówień publicznych Unii Europejskiej, jak i regulacje krajowe. Konkluzja badań dr. Nowickiego wskazuje na złożony charakter celów zamówień publicznych, nie tylko obejmujących funkcje nabywcze, ale także służących realizacji określonych wartości, np. uczciwej konkurencji, zrównoważonego rozwoju czy tzw. *legal compliance*. Autor *Aksjologii* zaprezentował tym samym pogląd, że prawo zamówień publicznych realizuje z natury wiele, niewykluczających się wzajemnie, choć służących odmiennym wartościom, celów.

Słowa kluczowe: aksjologia; zamówienia publiczne; *legal compliance*; uczciwa konkurencja; zrównoważony rozwój; efektywność ekonomiczna; instrumentalizacja prawa

SUMMARY

Paweł Nowicki, *Axiology of public procurement law. Between economic efficiency and instrumentalization*,
Towarzystwo Naukowe Organizacji i Kierownictwa,
Stowarzyszenie Wyższej Użyteczności „Dom Organizatora”,
Toruń 2019, pp. 407

The monograph *Axiology of public procurement law* by dr Paweł Nowicki is an example of a publication that is part of the general current research on the axiology of law. However, the issue of values in public procurement in general has not been intensively considered in Poland until now. It appeared most often as part of studies on separately analyzed issues of public procurement, including those related to the principle of fair competition, the principle of transparency and social or environmental aspects of public procurement. The author describes his research intentions as an attempt to identify the objectives of public procurement law in general. In accordance with his declaration, the author accomplished his task by analyzing source material, taking into account both EU public procurement law standards and national regulations. The conclusion of Dr. Nowicki's research indicates the complex nature of public procurement objectives, including not only purchasing functions, but also serving the implementation of specific values, including, e.g. fairness in competition, sustainable development or legal compliance. The author of *Axiology* thus presented the view that public procurement law *ex natura* implements many, not mutually exclusive, although serving different value goals.

Keywords: axiology; public procurement; legal compliance; fair competition; sustainable development; economic efficiency; instrumentalization of law

BIBLIOGRAFIA

- Arrowsmith S., *A taxonomy of horizontal policies in public procurement*, w: *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, New York 2009.
- Kocowski T., *Zorganizowanie uczestników procesu zamówień publicznych a efektywność wykorzystania środków publicznych*, w: *Zamówienia pu-*

- bliczne jako instrument sprawnego wykorzystania środków unijnych*, red. E. Adamowicz, J. Sadowy, wyd. 2. rozszerzone, Gdańsk-Warszawa 2012.
- Kordela M., *Wstęp metodologiczny do wykładni aksjologicznej*, w: *Wielowymiarowość prawa*, red. J. Czapska, M. Dudek, M. Stępień, Toruń 2014.
- McCrudden C., *Buying Social Justice. Equality, Government Procurement & Legal Change*, Oxford 2007.
- Nowicki H., *Cele systemu zamówień publicznych*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
- Nowicki P., *Zamówienia publiczne jako instrument kształtowania gospodarki przez państwo*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Ekonomicznego we Wrocławiu” 2017, nr 497.
- Rosicki R., *Międzynarodowe i europejskie koncepcje zrównoważonego rozwoju*, „Przegląd Naukowo-Metodyczny” 2010, nr 4.
- Szostak R., *Zamówienia publiczne instrumentem stymulacji rozwoju gospodarczego*, w: *Prawne instrumenty oddziaływania na gospodarkę*, red. A. Powałowski, Warszawa 2015.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.

