

Wstęp

Mikroprzedsiębiorcy¹, mali i średni przedsiębiorcy (MMŚP) są uczestnikami postępowania o zamówienia publiczne, ale mimo obowiązywania wielu przepisów, zapewniających im traktowanie takie jak innym podmiotom-wykonawcom, spotykają się z licznymi ograniczeniami (barierami) na rynku zamówień publicznych. W związku z tym przedmiotowe opracowanie w znacznej mierze koncentruje się właśnie na różnych ograniczeniach MMŚP w kontekście pozyskiwania zamówień publicznych. Zagadnienie analizowane jest przez pryzmat stosowanych procedur udzielania zamówień, które często są wykorzystywane m.in. do zawierania innych umów. Dlatego też w niniejszej monografii, skupiając uwagę na barierach w sektorze zamówień publicznych, objęto przedmiotem rozważań nie tylko podmioty z sektora MMŚP działające w oparciu o regulacje ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych², lecz także te, które uczestniczą w procedurach związanych z realizacją przedsięwzięć w ramach partnerstwa publiczno-prywatnego oraz umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi. Dlatego należy podkreślić, że niezależnie od podejmowanych procedur wspólną płaszczyzną działania MMŚP będzie tzw. rynek zamówień publicznych, stanowiący część – wyodrębnionego w ramach systemu prawa – systemu zamówień publicznych.

Rynek zamówień publicznych jest istotną częścią gospodarki, a aktywność przedsiębiorcy na tym rynku to nie tylko kwestia prestiżowa – to przede wszystkim szansa na stabilność finansową wykonawców, realizujących kontrakty publiczne, a także możliwość rozwoju społeczno-gospodarczego kraju. Wprawdzie od kilku lat zauważalny jest systematyczny wzrost kwot wydatkowanych przy zastosowaniu procedur uregulowanych w PrZamPubl, to maleje liczba składanych ofert w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego. Niezależnie od tego zauważalny jest utrudniony dostęp do udziału w przedmiotowych postępowaniach podmiotów mających status mikro-, ma-

¹ Dalej w tekście jako mikro-.

² T.j. Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.

łych i średnich przedsiębiorców. Zdaje się to dostrzegać zarówno prawodawca krajowy i unijny, jak i organy administracji publicznej.

Ponadto działania MMŚP na rynku zamówień publicznych spotykały się w przeszłości (i spotykają się nadal) z licznymi ograniczeniami, wynikającymi nie tylko z rozwiązań prawnych, lecz także zachowań innych podmiotów, w tym głównie zamawiających, działających na przedmiotowym rynku. Sytuacja ta niewątpliwie wpłynęła na zmianę wielu rozwiązań w PrZamPubl, które – jak wynika z uzasadnienia do projektu tego aktu – miało wprowadzać rozwiązania zapewniające wsparcie MMŚP w warunkach konkurencji, przy zachowaniu podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych.

Warunkiem niezbędnym dla omówienia ograniczeń, z którymi mierzą się MMŚP w ramach zamówień publicznych, jest stworzenie na potrzeby niniejszego opracowania autorskiej siatki pojęciowej, a zatem wyjaśnienie podstawowych pojęć, w szczególności rynku zamówień publicznych i ograniczeń (barrier) wykonawców, oraz poczynienie na ich tle uwag odnoszących się do wskazanej terminologii.

Pojęcie rynku zamówień publicznych zostało użyte w monografii w celu nakreślenia granic obszaru, na którym występują różne ograniczania w ubieganiu się MMŚP o zamówienie, wynikające bądź z norm prawa, bądź ze stanu faktycznego, w tym działań lub zaniechań uczestników przedmiotowego rynku.

Na gruncie prawa polskiego określenie rynek zamówień publicznych nie jest terminem normatywnym, niemniej jest on powszechnie stosowany w literaturze przedmiotu w kontekście relacji pomiędzy sektorem publicznym a prywatnym. Wskazuje on m.in. na prowadzone procedury, zgodnie z przepisami PrZamPubl, których celem jest wybór wykonawcy jako realizatora kontraktu na dostawy, usługi lub roboty budowane, a także uczestników rynku, w tym wykonawców, zajmowaną przez nich pozycję prawną i ich status.

W niniejszej pracy i na jej użytek zdefiniowane zostało pojęcie rynku zamówień publicznych, przy czym dokonano tego poprzez odwołanie się do różnych kryteriów klasyfikacji poszczególnych elementów rynku, przyjęto również, że nie jest ono pojęciem jednorodnym, a jego określenie możliwe jest przy wskazaniu czynników, które każdorazowo pozwolą wyodrębnić obszar konkretnego rynku zamówień publicznych.

Jednocześnie należy zauważyć, że pojęcie rynku zamówień publicznych jest często utożsamiane – przez organy publiczne, ale także przez doktrynę, a nawet publicystów – z terminem system zamówień publicznych, który również nie został określony normatywnie i jest używany w różnym znaczeniu i wielu kontekstach. Ponieważ system zamówień publicznych obejmuje nie

tylko umowy: o udzielenie zamówienia publicznego, koncesji na roboty budowlane lub usługi, lecz także partnerstwa publiczno-prywatnego, właściwe jest wskazywanie na rynek zamówień publicznych w kontekście całego systemu zamówień publicznych, przy czym wymienionych pojęć nie należy traktować jako synonimów, co konsekwentnie zostanie przyjęte w poszczególnych rozdziałach niniejszej monografii.

Słowem ulokowanym zarówno w tytule niniejszego opracowania, jak i używanym w związku z określaniem sytuacji prawnej i faktycznej podmiotów będących MMŚP oraz w związku z udzielaniem zamówień publicznych są „ograniczenia”. Określenie to odnoszone jest do MMŚP, przy czym obszarem formułowania ograniczeń są przepisy prawa oraz działania organów administracji publicznej, a także aktywność zamawiających.

Owe ograniczenia są czynnikami o charakterze obiektywnym lub subiektywnym, które zmniejszają lub wręcz uniemożliwiają wykonawcom w sposób faktyczny lub pozorny możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, ewentualnie realizację projektu w roli partnera prywatnego, czy też ubieganie się o zawarcie umowy koncesji.

Należy wskazać na trzy podstawowe kwestie związane z używaniem powyższego terminu. Po pierwsze, pojęcie ograniczenia będzie używane zamiennie z terminem „bariery”, z którymi spotykają się MMŚP w ubieganiu się o zamówienie publiczne. Za przyjęciem takiego rozwiązania przemawia okoliczność, że w języku zarówno dokumentów (unijnych, krajowych), organów władzy i administracji, jak i publicystyki używa się tego określenia, wskazując na szereg utrudnień, jakie napotyka wykonawca z sektora MMŚP w ubieganiu się o zamówienie. Po drugie, podkreślenia wymaga, iż w szczególności określenie „bariery” ma charakter potoczny. Termin ten nie znajduje odzwierciedlenia w normach prawnych, choć w ujęciu potocznym kojarzony jest z wyłączeniem udziału MMŚP z rynku zamówień publicznych. Po trzecie, nie zawsze ograniczenie (bariera) będzie czynnikiem bezwzględnie uniemożliwiającym udział wykonawcy w konkretnym postępowaniu, gdyż w kontekście każdego konkretnego przedsiębiorcy i zamówienia bariera może być zaledwie utrudnieniem albo przeszkodą możliwą do pokonania (lub nie). Ponadto może też być jedynie ograniczeniem, które będzie zniesione, np. poprzez wspólne ubieganie się o udzielenie zamówienia czy skorzystanie z potencjału podmiotów trzecich (w przypadku przedsięwzięć realizowanych w ramach PPP pewną alternatywą mogą być również projekty hybrydowe).

W kontekście powyższego racjonalne jest przyjęcie i zaakceptowanie możliwości równoległego i równoważnego posługiwania się w ramach niniejszego

opracowania terminami: ograniczenia, bariery, przeszkody, a także utrudnienia. W rezultacie terminy te będą używane w niniejszej monografii jako synonimy.

W ramach niniejszego opracowania niezbędne wydaje się zauważenie, że rozwój rynku zamówień publicznych, a także wzrost konkurencyjności na tym rynku, możliwy jest dzięki zwiększeniu zainteresowania ubieganiem się o pozyskanie zamówienia mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Konkurencyjność na rynku zamówień publicznych to nie tylko większa efektywność wydatkowania środków publicznych, lecz także innowacyjność rozwiązań oferowanych przez sektor publiczny. Mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy mogą zaoferować unikalne rozwiązania w niskiej cenie, a poprzez kreowanie innowacyjnych rozwiązań mogą wpływać na wzrost jakości usług publicznych.

Niewątpliwie przedsiębiorcy z sektora MMŚP w procesie pozyskiwania zamówienia publicznego muszą mierzyć się z trudnościami o różnym charakterze i kształcie. Można stwierdzić, że wiele z barier jest efektem działań samych zamawiających i ma charakter podmiotowo-przedmiotowy, bowiem od samych zamawiających zależy, w jaki sposób przepisy Prawa zamówień publicznych będą stosowane, i jaki kształt przyjmie tworzona przez nich specyfikacja warunków zamówienia. Mogą z niej wynikać preferencje dla określonych wykonawców, a jednocześnie dyskryminacja innych, choć powinna ona zapewniać równe szanse każdemu potencjalnie zainteresowanemu pozyskaniem zamówienia publicznego. To od decyzji zamawiającego zależy, w jaki sposób zostaną określone m.in.: warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert czy ustanowiona zostanie zaliczka na poczet realizacji zamówienia bądź uwzględniony zostanie podział zamówienia na mniejsze części. Kluczowe znaczenie dla zainteresowanych udziałem w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego mają również postanowienia umowne, za których treść odpowiada zamawiający, kształtując warunki realizacji zamówienia w sposób mniej lub bardziej akceptowalny dla MMŚP.

Pomimo że MMŚP zdecydowanie dominują wśród aktywnie działających na polskim rynku przedsiębiorców, ich udział jako wykonawców zamówień publicznych jest nieproporcjonalny w stosunku do poziomu zaangażowania pozostałych przedsiębiorców w realizację zamówień. Dlatego też należy podkreślić specyfikę MMŚP jako wykonawców, gdyż ich status, zależny często od takich czynników jak: ograniczone zasoby kadrowe, finansowe czy logistyczne, powoduje ograniczenie realizacji zasad udzielania zamówień publicznych, tj. m.in. zasady równego traktowania, która koreluje z podstawową

zasadą funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej, jaką jest wolna konkurencja. Wolna konkurencja na rynku zamówień publicznych oznacza brak ograniczeń i możliwość ubiegania się o kontrakty publiczne wszystkich potencjalnie zainteresowanych podmiotów (wykonawców), niezależnie od ich formy czy też struktury.

Trzeba również zaznaczyć, że w kontekście rynku zamówień publicznych ważny jest sposób postrzegania przez społeczeństwo zjawisk zachodzących na rynku zamówień. Powszechne przekonanie dotyczące formalizmu i złożoności obowiązujących procedur w połączeniu z brakiem rzetelnej wiedzy nt. funkcjonowania rynku zamówień, a także kreowany w mediach wizerunek skorumpowanych zamówień publicznych w znacznym stopniu wpływają na decyzję przedsiębiorców o aktywnym udziale na tym rynku. Czynniki te można zakwalifikować jako subiektywne okoliczności, które mogą wpływać na zainteresowanie MMŚP rynkiem zamówień publicznych.

Zasadniczym celem badań prowadzonych w ramach niniejszego opracowania jest zidentyfikowanie barier, które ograniczają a nawet wykluczają możliwość ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego przedsiębiorcom klasyfikowanym jako MMŚP. To właśnie im najtrudniej spełnić te wymagania związane z pozyskaniem zamówienia publicznego. Oznacza to często konieczność sprostania licznym wymaganiom organizacyjno-prawnym, proceduralnym, również finansowym, ekonomicznym, a nawet społecznym, które wynikają z obowiązujących przepisów Prawa zamówień publicznych.

Celem niniejszego opracowania będzie także wykazanie, że zwiększenie udziału MMŚP może w znaczący sposób przyczynić się do atrakcyjności realizowanego zamówienia i jego opłacalności. Do czynników sprzyjających realizacji tego celu należy m.in. prosta struktura organizacyjna, a tym samym zdolność reagowania na zmieniające się potrzeby rynku, samodzielność ekonomiczna i prawna właściciela, możliwość podejmowania szybkich decyzji, a także koncentracja wszystkich zasobów na jednym konkretnym działaniu. Często też lokalny charakter działalności prowadzonej przez mikro-, małych i średnich przedsiębiorców ma bezpośredni związek z doskonałą znajomością sytuacji rynkowej, co w praktyce oznacza bardziej świadome decyzje o realizacji nowych przedsięwzięć³.

³ Zob. Raport z wyników badania. Ocena gotowości polskich przedsiębiorstw do realizacji zadań publicznych dla Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, Warszawa 2018, parp.gov.pl (dostęp: 22.6.2020 r.).

Mikroprzedsiębiorcy, mali i średni przedsiębiorcy są w stanie zaoferować unikalne rozwiązania w niskiej cenie, a poprzez kreowanie innowacyjnych rozwiązań mogą wpływać na wzrost jakości usług publicznych.

Kolejnym z celów pracy jest wykazanie, że zaangażowanie MMŚP w realizację kontraktów publicznych przyczynia się do rozwoju gospodarki, bowiem zamówienia publiczne niosą ze sobą przewidywalne źródło wynagrodzenia, a w efekcie możliwość racjonalnego planowania źródeł przychodów, inwestowania w nowe technologie, sprzęt oraz rozwijania zatrudnienia, a tym samym zapewniają znaczący wpływ środków majątkowych zarówno dla samych przedsiębiorców, jak i dla budżetu państwa. Jednocześnie, co trzeba wyraźnie podkreślić, wielu wykonawców ze względu na specyfikę prowadzonej działalności gospodarczej, realizując kontrakty publiczne, dysponuje głównie własnym doświadczeniem na rynku, co często – ze względu na słabszą pozycję ekonomiczną – stawia w trudnym położeniu podmioty z sektora MMŚP.

Ponadto w niniejszej pracy zmierzać się będzie do wykazania, że działania korupcyjne silnie oddziałują na osłabienie pozycji MMŚP na rynku zamówień publicznych. Sfera zamówień publicznych to ciągle obszar występowania wysokiego ryzyka zachowań korupcyjnych. Niezależnie od zmieniających się regulacji prawnych oraz sytuacji społeczno-politycznej, zarówno administracja państwowa, jak i samorządowa, urzędnicy administracji dopuszczają się (dysponując środkami publicznymi i podejmując decyzje inwestycyjne i zakupowe) działań, które osłabiają system zamówień publicznych poprzez znaczące zmniejszanie stopnia jego legalności. Niewątpliwie zjawisko to może powodować brak zaufania wykonawców do zamawiających, co w efekcie pośrednio może również przyczynić się do ograniczenia udziału MMŚP w realizacji kontraktów publicznych.

Rolą zamówień publicznych jest nie tylko realizacja polityki zakupowej państwa oraz zaspokajania potrzeb społecznych, lecz także zapewnienie realizacji określonych celów, dlatego obowiązkiem ustawodawcy jest otwarcie rynku zamówień dla wszystkich potencjalnych wykonawców. Szerszy dostęp do rynku zamówień publicznych dla mikro-, małych i średnich przedsiębiorców przekłada się na wzrost zatrudnienia oraz aktywizację osób zagrożonych wykluczeniem społecznym. Zwiększenie zaangażowania przedsiębiorców tego sektora w rynek zamówień publicznych zapewnia również realizację efektywności ekonomicznej (*value for money*) dostaw, usług i robót budowlanych, a tym samym optymalizację zadań wykonywanych przez podmioty publiczne. Wobec powyższego niezrozumiałe i niedopuszczalne jest tworzenie barier dla udziału MMŚP w sferze ubiegania się o zamówienia publiczne, gdyż podmioty

tego sektora w sposób najpełniejszy są w stanie optymalnie realizować założenia polityki zakupowej. Wykazanie prawdziwości powyższego twierdzenia jest także celem niniejszego opracowania.

W niniejszej pracy celowe będzie nadto wskazanie rozwiązań, które mogą zwiększyć udział MMŚP na rynku zamówień publicznych. Realizację tego założenia zapewnić może analiza rozwiązań normatywnych przyjętych w wybranych państwach i poczynienie ustaleń odnośnie do możliwości wprowadzenia pewnych rozwiązań do krajowych regulacji.

W związku z zaprezentowanymi i sprecyzowanymi celami niniejszej pracy należy podjąć próbę wskazania na podstawowy, wymagający rozstrzygnięcia, główny problem badawczy. Sprowadza się on do stwierdzenia, iż pomimo prowadzonej polityki wsparcia dla MMŚP w obszarze obowiązującego prawa, oraz w związku z działaniami podejmowanymi przez zamawiających, a także działaniami organów administracji publicznej występują liczne ograniczenia w zakresie udzielania zamówień publicznych odnoszące się do MMŚP.

Argumentacja potwierdzająca prawdziwość powyższego stwierdzenia (tezy) powinna być wyprowadzona z kilku obszarów badawczych, w tym w szczególności z ustalenia statusu i pozycji prawnej MMŚP na rynku zamówień publicznych oraz określenia praw i obowiązków tych przedsiębiorców na gruncie *sensu largo* prawa zamówień publicznych. Nawiązaniem do powyższej tezy jest także poczynienie ustaleń odnośnie do praw podmiotowych MMŚP, charakterystyki ich faktycznego i postulowanego udziału w zamówieniach publicznych, a także zakresienia sfer różnego rodzaju ograniczeń, którym poddawani są przedsiębiorcy z sektora MMŚP.

Rozważania odnoszące się do ograniczeń, którym podlegają MMŚP, nie mogą bez wątpienia pomijać czynników finansowych i ekonomicznych, które w procesie udzielania zamówień publicznych wiążą się z przygotowaniem oferty, zawarciem umowy, ewentualnymi kosztami korzystania ze środków ochrony prawnej, zatrudnieniem dodatkowego personelu, egzekwowaniem postanowień zawartej umowy czy też rozliczeniami i pośrednictwem finansowym. W przypadku przedsięwzięć realizowanych w formule PPP, partner prywatny powinien w ramach zawartej umowy o partnerstwie ponosić wydatki związane z realizacją przedsięwzięcia, a zatem posiadać niezbędne zabezpieczenie finansowe lub zdolność kredytową.

Jednym z założeń opracowania jest ukazanie problematyki ograniczeń MMŚP na rynku zamówień na różnych płaszczyznach, w tym społecznej i kulturowej, ponieważ badany problem dotyka nie tylko prawa, lecz także innych

obszarów. Osadzenie badanego zagadnienia w tych sferach pozwoli na dogłębną analizę ograniczeń, z którymi spotykają się przedsiębiorcy na polskim rynku zamówień publicznych.

Praca zbudowana jest z 6 rozdziałów tematycznych.

Pierwszy z nich ma charakter wprowadzający do prezentowanej tematyki i koncentruje się na ukazaniu sektora mikro-, małych i średnich przedsiębiorców funkcjonujących w systemie zamówień publicznych. Przedstawiono ten sektor przedsiębiorców z uwzględnieniem zmian normatywnych w okresie funkcjonowania przepisów regulujących przedmiotową tematykę oraz ich wpływu na wykonawców kontraktów publicznych. W rozdziale podjęto również próbę zdefiniowania rynku zamówień publicznych, uwzględniając wielopłaszczyznowy charakter tego rynku, a także odrębność pojęcia rynku zamówień publicznych od pojęcia systemu zamówień publicznych.

W drugim rozdziale pracy przedstawiono pozycję prawną przedsiębiorców ubiegających się o udzielenie zamówienia publicznego, uwzględniając najczęstsze formy aktywności MMŚP na rynku zamówień publicznych, tj. występowanie w charakterze podwykonawców, a także we współpracy z innym podmiotem lub podmiotami. Zaakcentowano również status przedsiębiorców realizujący przedsięwzięcia w formule PPP oraz koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Rozdział trzeci pracy prezentuje zagadnienie podmiotowego prawa wykonawców do ubiegania się o udzielenie zamówienia publicznego, co jest szczególnie istotne dla prowadzonych badań, stanowi bowiem uzasadnienie dla podnoszonego postulatu zwiększenia udziału tego sektora w rynku zamówień publicznych. Ze względu na ramy pracy rozważania koncentrują się w przeważającym stopniu na ocenie sytuacji MMŚP, występujących jako wykonawcy, ale też podwykonawcy czy członkowie konsorcjum, przyjmując, że analogiczne uprawnienia przysługują również ubiegającym się o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi i PPP. Analizie poddane zostaną społeczno-gospodarcze funkcje zamówień publicznych, a także zagadnienie zamówień w kontekście pomocy publicznej, ponieważ procedury zamówień publicznych pozycjonują sytuację konkretnego wykonawcy jako realizującego kontrakt publiczny. Przedmiotem badań w ramach rozdziału będą również rozwiązania przyjęte w wybranych krajach unijnych, a także Stanach Zjednoczonych, jako przykłady rozwiązań spoza obszaru UE, które mają bogate i odmienne regulacje, w tym instytucje i instrumenty w zakresie zamówień publicznych. Większość państw członkowskich przyjęła programy wspierające MMŚP na rynku zamówień publicznych, czyli na przykład przeznaczanie czę-

ści zamówień dla tego sektora wykonawców lub zapewnianie im przewagi cenowej podczas przydzielania kontraktów. Przeprowadzone wnioskowanie w zakresie rozwiązań ułatwiających dostęp MMŚP do rynku zamówień publicznych pozwoli na sformułowanie odpowiednich w tym zakresie wniosków *de lege ferenda*.

Konsekwencją przeprowadzonych badań jest rozdział czwarty pracy, w którym wskazano bariery mające bezpośredni wpływ na aktywny udział MMŚP na rynku zamówień publicznych. Analizie poddano ograniczenia o charakterze podmiotowo-przedmiotowym, uwzględniając jako kryterium zidentyfikowania barier elementy będące w decyzji zamawiających, jak warunki udziału w postępowaniu, kryteria oceny ofert, postanowienia umów o udzielenie zamówienia czy też opis przedmiotu zamówienia. Zakładając, że przyczyną niskiego udziału MMŚP w realizacji kontraktów publicznych są wymagania proceduralne, to większe zaangażowanie przedsiębiorców we wspólny rynek zamówień publicznych jest możliwe jedynie wówczas, gdy zamawiający będą korzystali ze wszystkich ustawowych instrumentów zapewniających elastyczność procedowania. Z założenia uelastycznienie i uproszczenie procedur ubiegania się o udzielenie zamówienia może nie tylko zwiększyć udział MMŚP na rynku zamówień, lecz także równocześnie stymulować rozwój tego sektora przez napływ kapitału. W pracy poddane analizie zostały regulacje normatywne ze sfery zamówień publicznych, w odpowiedzi na pytanie, czy zapewniają realną podstawę do właściwej i efektywnej partycypacji MMŚP w ich realizacji, oraz czy standardy postępowania w zakresie zamówień publicznych są odpowiedzią na realne zapotrzebowanie rynkowe zgłaszane przez ten sektor wykonawców.

Przedmiotem rozważań objęto także zagadnienie wartości zamówienia publicznego (wielkości), które niewątpliwie jest istotnym elementem decydującym o możliwości realizacji kontraktu przez MMŚP. Poruszono również kwestię zamówień *in-house*, które mają wpływ na stan konkurencji na rynku zamówień publicznych.

Odpowiednio w rozdziale piątym pracy przeanalizowano ograniczenia o charakterze finansowym związane z realizacją zamówień publicznych, a odnoszące się do: wadium, zabezpieczenia należytego wykonania umowy, środków ochrony prawnej i zaliczki. Przedstawiono również problematykę finansowania przedsięwzięć w formule partnerstwa publiczno-prywatnego. Jakkolwiek potrzeba zabezpieczenia oferty czy też umowy jest zrozumiała, to jednak w aspekcie obciążenia finansowego może stanowić dla MMŚP problematyczne zagadnienie. Długie terminy płatności lub zaległości z wypłatą należnego wy-

konawcy wynagrodzenia również stanowią czynnik zniechęcający wykonawców do ubiegania się o kontrakty publiczne. Na decyzję wykonawców o rezygnacji z ubiegania się o udzielenie konkretnego zamówienia wpływa również ograniczona możliwość skorzystania ze środków ochrony prawnej z uwagi na koszt wpisu od odwołania czy opłaty skargowej.

Ostatni szósty rozdział pracy poświęcony został m.in. ukazaniu kontekstu historycznego prowadzonych badań w przedmiocie udziału MMŚP na rynku zamówień publicznych. Ponadto jako kolejna kategoria przeszkód ograniczających udział MMŚP na rynku zamówień publicznych została wskazana ta o charakterze społeczno-kulturowym. Sektor zamówień publicznych to rynek, na którym działają zarówno organy władzy publicznej, jak i podmioty działalności gospodarczej sektora prywatnego, a pewien stopień zaufania jest elementem niezbędnym we współpracy stron. Ograniczone zaufanie przedsiębiorców do zamawiających sektora publicznego przekłada się na zainteresowanie rynkiem kontraktów publicznych jako aktywności pod postacią działalności gospodarczej. Nieprawidłowości spowodowane niewystarczającym poziomem wiedzy pracowników sektora publicznego, odpowiedzialnych za przygotowanie specyfikacji warunków zamówienia, mogą stanowić istotne ograniczenie dla potencjalnych wykonawców zainteresowanych ubieganiem się o pozyskanie zamówienia. Przedmiotem analizy w ramach rozdziału jest także kwestia kompetencji zamawiających, bowiem brak wystarczającej wiedzy i kwalifikacji pracowników zamawiającego może wpływać na ograniczenie kręgu potencjalnych wykonawców. Ze względu na to podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, w jakim stopniu profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych może wpłynąć na udział MMŚP w tym rynku. Bariery i utrudnienia dla sektora MMŚP zainteresowanego rynkiem zamówień publicznych wynikają bardzo często z braku umiejętnego stosowania przepisów przez zamawiających. Kwestia ta jest przedmiotem prowadzonych badań w ramach rozdziału. Omówiono również zjawisko korupcji w kontekście kontraktów publicznych i jego wpływ na decyzję MMŚP o ubieganiu się o zamówienia.

W pracy wykorzystana została metoda formalno-dogmatyczna jako podstawowa metoda badawcza, polegająca na ustalaniu treści obowiązujących norm prawnych za pomocą dyrektyw wykładni językowej, systemowej oraz funkcjonalnej. W opracowaniu sięgnięto także do metody historycznej dla zbadania procesów ewolucji sektora MMŚP zarówno od strony koncepcyjnej, jak i faktycznej.

Niezależnie od formalno-dogmatycznej płaszczyzny rozważań w opracowaniu wykorzystano krajowe oraz unijne orzecznictwo w celu przedstawienia

praktycznych aspektów omawianych zagadnień. Interdyscyplinarny charakter systemu zamówień publicznych, w którym wyróżnić trzeba zarówno aspekty prawne, jak i rynkowe, przełożył się na zakres prowadzonych badań w możliwie najszerszym aspekcie społeczno-gospodarczym.

Niniejsze badania pozwolą na prześledzenie i analizę zagadnienia nie tylko w odniesieniu do zamówień publicznych, będących zasadniczym przedmiotem badań, lecz także ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym oraz ustawy o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Uwagi przedstawione w niniejszej rozprawie wyrażone zostały na tle stanu prawnego obowiązującego w marcu 2022 r.

Rozdział I. Mikroprzedsiębiorcy, mały i średni przedsiębiorcy na rynku zamówień publicznych

Uwagi wprowadzające

Polski rynek zdominowany jest przez podmioty zaliczane do sektora mikro-, małych i średnich przedsiębiorców¹, a ich aktywny udział w realizacji kontraktów publicznych ma znaczny wpływ na rozwój społeczno-gospodarczy państwa, ponieważ największa pula środków pieniężnych przeznaczonych na rozwój gospodarki dostępna jest właśnie w sektorze zamówień publicznych.

Na uwagę zasługuje ścisła zależność pomiędzy rozwojem sektora MMŚP a rozwojem lokalnym i regionalnym podmiotów występujących w sferze gospodarki, co m.in. zwiększa konkurencyjność i stymuluje rozwój gospodarczy kraju². Również lokalny charakter małych i średnich przedsiębiorców oraz ich indywidualne podejście do zaspokajania potrzeb klientów rzutują na dobrą orientację funkcjonowania rynku, co w praktyce oznacza aktywny i świadomy udział MMŚP w podejmowaniu decyzji o realizacji nowych przedsięwzięć gospodarczych.

W celu wykazania ograniczeń stosowanych wobec sektora MMŚP w niniejszym rozdziale scharakteryzowana zostanie pozycja prawna przedsiębiorcy w prawie polskim, cechy wyróżniające podmioty zaliczane do sektora mikro-, małych i średnich przedsiębiorców w związku z podejmowaniem i prowadzeniem działalności gospodarczej.

¹ Sektor mikro, małych i średnich przedsiębiorców stanowi przeważającą większość przedsiębiorstw w Polsce – 99,8%. Wśród nich najliczniejszą grupą (97,0%; 2,1 mln) są mikroprzedsiębiorstwa. Zob. J. Łapiński, w: A. Skowrońska, A. Tarnawa (red.), Raport o stanie sektora małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce, Warszawa 2021, s. 12.

² M. Huczek, Wspieranie rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw w Polsce przez Unię Europejską na przykładzie Małopolski, Zeszyty Naukowe Wyższej Szkoły Humanitas 2008, z. 2, s. 9–29.

Potrzeba uwzględnienia specyficznej sytuacji, wynikającej z ograniczonych zasobów kadrowych, finansowych czy logistycznych MMŚP, stanowi realizację jednej z podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych, tj. m.in. zasady równego traktowania, która koreluje z podstawową zasadą funkcjonowania gospodarki wolnorynkowej jaką jest wolna konkurencja. Wolna konkurencja na rynku zamówień publicznych oznacza bowiem brak ograniczeń i możliwość ubiegania się o kontrakty publiczne wszystkich potencjalnie zainteresowanych podmiotów (wykonawców), niezależnie od ich formy czy też struktury.

Analiza danych wynikających z raportów opracowanych przez różne instytucje³ pozwala zauważyć systematyczny spadek udziału przedsiębiorców w ubieganiu się o kontrakty publiczne⁴. Jak wynika z raportu⁵ opublikowanego w 2019 r. przez UZP mimo stworzenia wielu instrumentów, które miały mobilizować wykonawców, ich zainteresowanie zamówieniami publicznymi, mierzone liczbą składanych ofert, od kilku lat utrzymuje się na niskim poziomie⁶. Niewątpliwie więc relatywnie małe zainteresowanie sektora MMŚP rynkiem

³ Jak wynika z danych Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości i porównania danych dotyczących udziału MMŚP w polskim rynku zamówień z lat 2008–2010: wśród wykonawców realizujących zamówienia publiczne było 42% przedsiębiorstw mikro, 37% podmiotów małych, 17% – średnich i 4% – dużych. Z danych z roku 2013 r. wynika, że ilość aktywnych MMŚP na polskim rynku zamówień systematycznie spadała. Zob. A. Kowalewska, J. Szut, Nowe podejście do zamówień publicznych. Raport z badań 2013, Warszawa 2013, s. 40. Badania prowadzone przez PARP pokazują, że w 2013 r. aktywność MMŚP utrzymywała się na poziomie 14% wszystkich przedsiębiorców i była to wartość o 4 punkty procentowe niższa niż w roku poprzednim. W przypadku zamówień o wartości poniżej progów UE, średnia liczba ofert w roku 2013 składanych podczas jednego postępowania była na tym samym poziomie co w roku 2012 i wyniosła 2,96. Zob. szerzej: Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU, GHK & Technopolis, Brussels 2007, s. 47; Raport Evaluation of SME's Access to Public Procurement Markets in the EU, DG Enterprise and Industry, Final report, Bruksela, 2010 r., s. 47; J. Kornecki, Udział mikroprzedsiębiorstw w rynku zamówień publicznych, ZNUSz Ekonomiczne Problemy Usług 2009, Nr 44, s. 303–313; H. Nowicki, P. Nowicki, Zamówienia publiczne w wybranych państwach Unii Europejskiej, Warszawa 2011, s. 14.

⁴ W 2018 roku udział MMŚP w polskim rynku zamówień wynosił zaledwie ok. 20%. Więcej o małych i średnich firmach w przetargach publicznych: pap.pl/aktualnosci/news%2C1272591%2Cemilewicz-wiecej-malych-i-srednich-firm-w-przetargach-publicznych.html (dostęp: 7.6.2019 r.).

⁵ Zob. Raport z badania dotyczącego niskiej konkurencyjności w zamówieniach publicznych, uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0020/42077/Raport-z-badania-dotyczacego-niskiej-konkurencyjnosci-w-zamowieniach-publicznych.pdf (dostęp: 4.9.2020 r.).

⁶ Średnia liczba ofert składanych w postępowaniach o udzielenie zamówienia w ostatnich latach nie przekracza 3, chociaż w 2020 r. wyniosła 2,78, co w porównaniu do lat ubiegłych oznacza jedynie niewielki wzrost.

umów publicznych negatywnie wpływa na zamiar zawierania takich umów, w tym także na jakość i cenę oferowanych produktów i usług.

Problematyczna pozostaje również kwestia, czy istotnie na rynku zamówień publicznych udział MMŚP jest ograniczony, czy też może przedsiębiorcy wykorzystują swoją pozycję, lobbując na rzecz większych przywilejów (będzie to przedmiotem analizy w kolejnych rozdziałach pracy).

Przedstawione zagadnienia wymagają również zakreslenia granic działań podejmowanych przez MMŚP w sektorze zamówień publicznych. Podjęta więc zostanie próba dookreślenia pojęcia tzw. rynku zamówień publicznych w ramach systemu zamówień publicznych, gdyż brak jest jednolitej definicji ustawowej tego pojęcia. Problematyka ta jest o tyle istotna, że doktryna posługuje się tym pojęciem w różnych kontekstach, a przedmiot monografii dotyczy wyłącznie działań powodujących ograniczenia MMŚP w określonym „obszarze” zamówień publicznych, które to zamówienia można bardzo różnie i szeroko ujmować.

1. Przedsiębiorcy w prawie polskim

Przemiany systemowe w Polsce po 1989 r. umożliwiły rozwój przedsiębiorczości, szczególnie w sektorze mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Przełom XX i XXI w. w Polsce to czas wzmożonej aktywności początkujących przedsiębiorców, którzy dzięki kreatywnym i nowatorskim rozwiązaniom podważyli dominację wielkich koncernów w istotnych sektorach gospodarki⁷. Wejście w życie ustawy z 23.12.1988 r. o działalności gospodarczej (tzw. ustawy Wilczka)⁸ umożliwiło Polakom podejmowanie aktywności gospodarczej⁹.

⁷ J. Cieślak, *Przedsiębiorczość, polityka, rozwój*, Warszawa 2014, s. 139.

⁸ Dz.U. Nr 41, poz. 324.

⁹ Zob.: A. Żmijewska, *Ustawowe przesłanki prowadzenia działalności gospodarczej w Polsce*, *Postępy Techniki Przetwórstwa Spożywczego* 2016, Nr 1, s. 144; A. Postuła, J. Majczyk, M. Darecki (red.), *Przedsiębiorczość: Jednostka, Organizacja, Kontekst*, Warszawa 2015, s. 7; T. Luczka (red.), *Małe i średnie przedsiębiorstwa. Szkice o współczesnej przedsiębiorczości*, Poznań 2007, s. 30. Liczba zarejestrowanych po 1989 roku przedsiębiorstw dynamicznie rosła, przy czym mikro, mali i średni przedsiębiorcy dominowali w tej grupie z przewagą mikroprzedsiębiorców. W początkowym okresie transformacji po roku 1989 przeważały przedsiębiorstwa zajmujące się handlem, koniec lat 90. XX w. to już przewaga przedsiębiorstw usługowych – na podstawie danych statystycznych opublikowanych w *Rocznikach Statystycznych Rzeczypospolitej* wydawanych przez GUS 1990–2007.