

AGNIESZKA CHRISIDU-BUDNIK

ORCID: 0000-0001-7775-241X

Uniwersytet Wrocławski
agnieszka.chrisidu-budnik@uwr.edu.pl

Egzogeniczne i endogeniczne źródła asymetrii informacji na rynku zamówień publicznych

Abstrakt: Egzogeniczne i endogeniczne źródła asymetrii informacji są istotnym problemem rynku zamówień publicznych. Czynniki zewnętrzne wywołujące asymetrię informacji skutkują wzrostem ryzyka transakcji, a zarazem kosztów transakcyjnych. Czynniki wewnętrzne (behawioralne) związane są z dwoma ważnymi zjawiskami: negatywnej selekcji i pokusą nadużycia.

Słowa kluczowe: asymetria informacji, negatywna selekcja, pokusa nadużycia, koszty transakcyjne.

Wstęp

Wpływ na zachowanie uczestników rynku zamówień publicznych, przede wszystkim zamawiającego i wykonawcy, oraz jakość funkcjonowania tego rynku ma asymetria informacji. Asymetrię informacji w systemie zamówień publicznych generują dwa źródła: egzogeniczne i endogeniczne. Asymetria informacji będąca rezultatem przyczyn egzogenicznych zachodzących w otoczeniu rynku zamówień publicznych powoduje wystąpienie niepewności i powiązanego z nią ryzyka, czyli zajścia w fazie wykonywania zamówienia publicznego zakłóceń wpływających na ukształtowanie się konkretnej postaci świadczenia. Z kolei asymetria informacji będąca wynikiem przyczyn endogenicznych związanych z zachowaniami zamawiającego i wykonawcy wiąże się z wystąpieniem niepewności i ryzyka, czyli obecnością sprzężenia określanego mianem relacji agencji. Celem artykułu jest zarysowanie problematyki asymetrii informacji na rynku zamówień publicznych z perspektywy źródeł egzogenicznych i endogenicznych.

Asymetria informacji

Doniosłość systemu zamówień publicznych, a także wzrost stopnia skomplikowania jego funkcjonowania powoduje poszerzenie perspektywy badawczej, która staje się otwarta na podejście interdyscyplinarne — włącza dorobek innych dyscyplin naukowych do analizy funkcjonowania owego systemu. Jednym z przejawów takiego podejścia jest wykształcenie się interdyscyplinarnego nurtu analizy systemu zamówień publicznych przez pryzmat teorii asymetrii informacji. Teoretyczne podstawy wykształcenia się w obrębie nauk prawnych i ekonomicznych teorii asymetrii informacji ukonstytuowały prace Josepha Stiglitz, George’a Akerlofa i Michaela Spence’a¹. Asymetria informacji jest zjawiskiem, które może towarzyszyć przygotowywaniu, zawieraniu i wykonywaniu każdej umowy i zakłócać przejrzystość i tym samym sprawność obrotu gospodarczego na konkretnym rynku. Utrudnia ona zrozumienie intencji i ofert stron umowy o udzielenie zamówienia publicznego i niewątpliwie pozostaje zjawiskiem niepożądanym społecznie, które obniża skuteczność realizacji celu zamówień publicznych w postaci maksymalizowania efektywności ekonomicznej zakupów dokonywanych na rynku zamówień publicznych².

Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego prowadzone jest na podstawie przepisów ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku — Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.). Ustawa ta, w ramach przepisów ogólnych, wyznacza zasady udzielania zamówień publicznych, których skuteczna realizacja przyczynia się do redukcji asymetrii informacji wywoływanej zwłaszcza przez ryzyko endogeniczne³.

Asymetria informacji wywoływana jest przez dwie grupy czynników. Pierwsza grupa powstaje w otoczeniu rynku zamówień publicznych i kreuje ryzyko egzogeniczne dla sprawnej realizacji umowy o zamówienie publiczne. Druga grupa zaś rodzi się na rynku zamówień publicznych i będąc bezpośrednio związana

¹ Wszyscy trzej ekonomiści w 2001 roku zostali laureatami Nagrody Nobla za wkład w analizę rynku, którego atrybutem jest asymetria informacji występująca w sytuacji, gdy poszczególni uczestnicy rynku dysponują „lepszą” informacją niż inni. Zob. G. Akerlof, *The market for “lemons”*: *Quality uncertainty and the market mechanism*, „The Quarterly Journal Of Economics” 1970, nr 3, s. 488 n.; M. Spence, *Job market signaling*, „The Quarterly Journal Of Economics” 1973, nr 3, s. 355 n.; J. Stiglitz, A. Weiss, *Credit rationing in markets with imperfect information*, „The American Economic Review” 1981, nr 3, s. 393 n.

² Por. M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 41.

³ Kontekst asymetrii informacji uzasadnia wskazanie zwłaszcza na zasady: uczciwej konkurencji — równego traktowania wykonawców, bezstronności i obiektywizmu, jawności — przejrzystości i transparentności postępowań (art. 7–10). Zasady te mają charakter normatywny, to znaczy ich realizacja ulega konkretyzacji w odpowiednich przepisach ustawy, regulujących zachowania zamawiającego i wykonawcy. Zob. wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z dnia 17 grudnia 2019 roku, sygn. 2440/19; wyrok KIO z dnia 8 kwietnia 2019 roku, sygn. 493/19; wyrok KIO z dnia 25 kwietnia 2019 roku, sygn. 415/19.

z określonymi działaniami uczestników rynku zamówień publicznych, to jest instytucji zamawiającego i wykonawcy, kreuje ryzyko endogeniczne powodujące obniżenie sprawności wykonania umowy o zamówienie publiczne. Wystąpienie zjawiska asymetrii informacji prowadzi do wzrostu kosztów transakcyjnych — są to koszty wytworzenia dóbr i usług, które obejmują koszty nie tylko produkcji, lecz także towarzyszące zawarciu każdej transakcji⁴. Uwzględnienie faktu, że zamówienie publiczne jest kategorią prawną o charakterze dynamicznym, w tym mianowicie znaczeniu, że konstytuują go trzy następujące po sobie etapy: przygotowania, udzielania (zawierania) i wykonywania zamówienia⁵, pozwala wyodrębnić trzy kategorie kosztów transakcyjnych:

1. koszty transakcyjne *ex ante*, występujące lub antycypowane na etapie przygotowywania i zawierania umowy, do których zalicza się koszty poszukiwania partnera współpracy, negocjacji, koordynacji, dotyczące ustalania wzajemnych zobowiązań, przetwarzania i wymiany informacji (na przykład dialog techniczny⁶), poszukiwania, rozpoznawania i oceny dostępnych ofert;

2. koszty transakcyjne *in tractu*, które powstają w trakcie wykonywania umowy i zazwyczaj są konsekwencją ograniczeń kontraktowania. Zalicza się do nich koszty monitorowania działań wykonawcy czy renegocjacji postanowień umowy o udzielenie zamówienia publicznego;

3. koszty transakcyjne *ex post*, obejmujące koszty egzekwowania realizacji warunków umowy oraz koszty kontroli⁷.

⁴ O.E. Williamson, *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, „The Journal of Law and Economics” 1979, nr 2, s. 233 n.; M. Beccerra, A.K. Gupta, *Trust within the organization: Integrating the trust literature with agency theory and transaction costs economics*, „Public Administration Quarterly” 1999, nr 2, s. 177 n.

⁵ M. Szydło, *op. cit.*, s. XIX.

⁶ Dialog techniczny jest instytucją prawną, wprowadzoną nowelizacją ustawy — Prawo zamówień publicznych z 12 października 2012 roku, a następnie zmodyfikowaną nowelizacją z 22 czerwca 2016 roku (tekst jedn. Dz.U. z 2019 r. poz. 1307, 1843 ze zm.; dalej: p.z.p.). Instytucja dialogu technicznego jest odstępstwem od zasady, że umowa o udzielenie zamówienia publicznego na etapie przygotowania, to znaczy prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, kształtowana jest niemal wyłącznie przez zamawiającego. Dialog techniczny stwarza stronom postępowania, to jest zamawiającemu i wykonawcy, możliwość wymiany informacji, która przyjmuje tu postać konsultacji. Konsultacje umożliwiają wyartykułowanie, a przy okazji skonfrontowanie potrzeb zamawiającego z możliwością ich realizacji przez wykonawcę. Ponadto podjęcie konsultacji pozwala poznać specyfikę branży, w której dokonywane jest zamówienie, rozpoznać i ocenić dostępne oferty, ustalić wzajemne zobowiązania, wyeliminować niejasne i niezrozumiałe zapisy w dokumentacji przetargowej. Podjęcie przez zamawiającego decyzji o zaangażowaniu się w dialog techniczny zwiększa koszty *ex ante*, których poniesienie pozwala jednak zredukować koszty *ex post*. Dobrze zorganizowany i przeprowadzony dialog techniczny może przyczynić się do zmniejszenia liczby sporów dotyczących opisu przedmiotu zamówienia, a także zredukować liczbę wniosków o wyjaśnienie przedmiotu zamówienia, co niewątpliwie wpływa na sprawność postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, a szczególnie na dwie podstawowe postaci sprawności — skuteczność i ekonomiczność.

⁷ Por. A. Chrisidu-Budnik, *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019, s. 44–45.

Egzogeniczne źródła asymetrii informacji

Asymetria informacji generowana przez źródła egzogeniczne powoduje, że uczestnicy rynku zamówień publicznych mają ograniczone możliwości antycypacji przyszłości, to znaczy warunków, w których umowa będzie realizowana. Zamawiający i wykonawca nie dysponują możliwością wywierania wpływu na wystąpienie określonych zdarzeń ani na prawdopodobieństwo ich wystąpienia. W momencie podejmowania kooperacji, a więc przygotowywania i udzielania zamówienia publicznego, strony umowy znajdują się w stanie niepewności przyszłości, będącej konsekwencją dynamiki zmian społecznych, gospodarczych i politycznych. Dynamika zmian w otoczeniu rynku zamówień publicznych może implikować sytuacje, w których zamawiający i wykonawca na etapie przygotowywania zamówienia nie mają możliwości dokładnego określenia parametrów i sposobów wykonania świadczenia, ponieważ zależą one od konkretnych stanów otoczenia, które trudno dokładnie przewidzieć; wiele aspektów związanych z realizacją zamówienia pozostaje niewiadomą. Jeżeli żadna ze stron umowy nie dysponuje przy tym dodatkową informacją, która umożliwiłaby jej zwiększenie prawdopodobieństwa zajścia określonego zdarzenia, to zachodzi tu zjawisko asymetrii informacji, która w omawianym przypadku sytuuje się na styku rynku zamówień publicznych i jego otoczenia, w ramach którego można wyróżnić wiele segmentów.

Asymetrię informacji uruchamianą przez czynniki zewnętrzne charakteryzują dwie zmienne. Pierwsza to niewystępowanie elementu behawioralnego, bezpośrednio związanego z działaniami podejmowanymi przez uczestników rynku zamówień publicznych, a obecność elementu obiektywnego — związanego z zdarzeniami, których nie da się przewidzieć. Druga to brak przewagi informacyjnej jednej ze stron umowy, to znaczy że żadna ze stron nie dysponuje przewagą informacyjną, która pozwoliłaby któremuś z partnerów poznać wcześniej konkretne warunki świadczenia będącego przedmiotem umowy o zamówienie publiczne. Ryzyko egzogeniczne ma różne podstawy i generowane jest przez decyzje podmiotów o zróżnicowanej proveniencji. Zawarcie umowy w warunkach ryzyka egzogenicznego uruchamia wysokie koszty transakcyjne *ex ante* powiązane zwłaszcza z przetwarzaniem i wymianą informacji między zamawiającym a wykonawcą, koszty *in tractu* połączone z koniecznością renegotiacji postanowień umowy oraz koszty *ex post* scalone z potencjalną koniecznością wykonywania deficytowej umowy⁸.

⁸ Wykonawcy i zamawiający stoją przed dylematem, czy na etapie przygotowywania i zawierania (udzielania) zamówienia uwzględniać ryzyko egzogeniczne, na przykład zapowiadany wzrost płacy minimalnej przy konstrukcji ceny oferty. Wykonawca, który uwzględni zapowiadaną podwyżkę, a w konsekwencji zaproponuje wyższą cenę, może kwestionować ważność przetargu, argumentując, że niższa stawka konkurenta, który wygrał przetarg, została celowo zaniżona. Natomiast

Endogeniczne źródła asymetrii informacji

Asymetria informacji generowana przez źródła endogeniczne jest bezpośrednią emanacją zachowań stron umowy o zamówienie publiczne. Asymetria informacji w omawianym przypadku polega na tym, że jeden z uczestników rynku zamówień publicznych dysponuje przewagą informacyjną na etapie przygotowywania i zawierania umowy i/lub na etapie jej wykonywania. Asymetria informacji będąca wynikiem działań podejmowanych przez uczestników rynku zamówień publicznych w literaturze przedmiotu interpretowana jest w kontekście teorii relacji agencji, która traktowana jest jako schemat analityczny pozwalający wyjaśniać niektóre formy zachowań uczestników rynków cechujących się zawieraniem kontraktów⁹. Relacja agencji pojawia się, gdy jeden podmiot uzależniony jest od działalności drugiego, któremu zleca określone zadania do wykonania i przekazuje mu określone uprawnienia¹⁰. Przekazanie zadań do realizacji odbywa się na podstawie umowy, której stronami są zleceniodawca określany mianem pryncypała i zleceniobiorca nazywany agentem.

Na rynku zamówień publicznych pryncypałem jest instytucja zamawiającego, a agentem instytucja wykonawcy. W klasycznym nurcie teorii agencji przyjmuje się, że przewagą informacyjną dysponuje wykonawca (agent), który zaspokajając określone potrzeby zamawiającego, wie lepiej, jak się zachować, wykonując ustalone w umowie świadczenie, a zatem jest lepiej zorientowany co do konkretnej postaci świadczenia, które dostarczy zamawiającemu. Zamawiający nie jest w stanie rozpoznać i ocenić intencji oraz zachowania wykonawcy na etapie przygotowywania umowy, a także w trakcie jej wykonywania¹¹. Tego rodzaju

możliwość ustawowej waloryzacji wynagrodzenia na podstawie art. 142 ust. 5 pkt 2 i 3 ustawy p.z.p. dotyczy tylko umów długoterminowych, trwających dłużej niż 12 miesięcy.

⁹ Za twórców teorii agencji uważa się Michaela C. Jensena i Eugenea F. Fama; zob. *eidem*, *Agency problems and residual claims*, „The Journal of Law and Economics” 1983, nr 2, s. 327 n.; *eidem*, *Separation of ownership and control*, „The Journal of Law and Economics” 1983, nr 2, s. 301 n.; E.F. Fama, *Agency problems and theory of the firm*, „Journal of Political Economy” 1980, nr 2, s. 288 n.

¹⁰ Fundamentem, na którym zasadza się teoria agencji, jest obecne już w dorobku Williamso- na założenie o oportunistycznym zachowaniu stron umowy, powodującym między innymi, że cele stron umowy nie są jednolite, a pozostają wobec siebie konkurencyjne; zob. M.C. Jensen, W.H. Meckling, *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, „Journal of Financial Economics” 1976, nr 3, s. 305 n.; H. Daly, *Conflicts of interest in agency theory: A theoretical overview*, „Global Journal of Human — Social Science: E-Economics” 2015, nr 1, s. 17 n.

¹¹ Tego typu niepewność jednej ze stron umowy określana jest mianem ukrytej intencji (*hidden intention*) lub niepewności oszustwa (*hold up*); zob. A.C. Mühlbacher, V.E. Amelung, Ch. Juhnke, *Contract design: The problem of information asymmetry*, „International Journal of Integrated Care” 2018, nr 1, s. 1 n.; A. Picot, R. Reichwald, R. Wigand, *Information, Organization and Management*, Berlin 2009, s. 50. Na rynku zamówień publicznych problem ukrytych intencji znajduje odzwierciedlenie w problematyce zμών przetargowych, które naruszają zasadę uczciwej konkuren-

potencjalny oportunizm wykonawcy powoduje powstawanie szczególnego rodzaju kosztów transakcyjnych typu *ex ante*, określanych jako koszty utopione (*sunk costs*), których rentowność zależy od zachowania wykonawcy¹².

Potraktowanie teorii agencji jako schematu analitycznego pozwala dostrzec, że na rynku zamówień publicznych może występować obustronna asymetria informacji. Przewagą informacyjną może dysponować zarówno pryncypał (zamawiający), jak i agent (wykonawca). Przewaga informacyjna zamawiającego wynika z tego, że niewątpliwie jest on podmiotem inicjującym zawarcie umowy i w dużej mierze określającym jej warunki, który w sposób autonomiczny identyfikuje swoje potrzeby¹³ oraz samodzielnie tworzy opis przedmiotu zamówienia. Asymetrię informacji może potęgować to, że zamawiający nie zawsze w sposób precyzyjny potrafi wyartykułować swoje wymagania odnośnie do przedmiotu zamówienia i tym samym niekiedy nie dysponuje dostateczną wiedzą o tym, jak uzyskać na rynku zamówień publicznych optymalne świadczenie zaspokajające jego potrzeby, a także nie zna specyfiki branży, w której dokonywane jest zamówienie¹⁴. Przewaga informacyjna wykonawcy wynika z tego, że to on dysponuje specjalistycznym *know-how* odnoszącym się do specyfiki branży, w której zamówienie będzie realizowane, oraz wiedzą o uwarunkowaniach wykonania umowy, przesądzających o skuteczności procesu zamówień publicznych.

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

¹² Koszty utopione to nieodwracalne inwestycje, które poniosła strona umowy na etapie przygotowywania i zawierania umowy o wykonanie zamówienia publicznego. Wysokość kosztów utopionych zależy od zachowania wykonawcy, który może zmienić swoje zachowanie, a zamawiający dysponuje możliwością oceny działań wykonawcy dopiero *ex post*; por. S. Forlicz, *Niedoskonała wiedza podmiotów rynkowych*, Warszawa 2001, s. 133–134.

¹³ Zamówienia publiczne i dokonywane w ich ramach zakupy służą w pierwszej kolejności zaspokajaniu potrzeb samego zamawiającego, aczkolwiek potrzeby zamawiającego zazwyczaj służą realizacji celu publicznego i w tym sensie zamawiający działa w interesie publicznym; por. M. Szydło, *op. cit.*, s. 4.

¹⁴ Możliwość wystąpienia asymetrii informacji na etapie przygotowywania konkretnego zamówienia potęguje fakt, że zamawiający każdorazowo musi ustalić granicę między istotnymi a nieistotnymi cechami, parametrami, funkcjonalnościami nabywanych świadczeń, tak aby mieć pewność, że jego potrzeby zostaną zrealizowane przy jednoczesnym poszanowaniu ustawowej zasady uczciwej konkurencji. Zamawiający, dokonując opisu przedmiotu zamówienia, winien kierować się wytycznymi zawartymi w art. 29 ust. 1 p.z.p., przygotować go w sposób jednoznaczny i wyczerpujący za pomocą dostatecznie dokładnych i zrozumiałych określeń, uwzględniając wszystkie wymagania i okoliczności mogące mieć wpływ na sporządzenie oferty. Staranność i precyzja zamawiającego przy dokonywaniu opisu przedmiotu zamówienia implikuje relatywnie duże koszty transakcyjne *ex ante*, niemniej sama konieczność poniesienia przez zamawiającego tego rodzaju kosztów może prowadzić do efektywniejszego wykonania umowy i tym samym do redukcji ryzyka związanego z jej wykonaniem.

Negatywna selekcja. Pokusa nadużycia

Wspomniana dynamika procesu zamówień publicznych uzasadnia wyodrębnienie przynajmniej dwóch endogenicznych źródeł asymetrii informacji: negatywnej selekcji (*adverse selection*) i pokust nadużycia (*moral hazard*)¹⁵. Problematyka endogenicznych źródeł asymetrii informacji na rynku zamówień publicznych wpisuje się w zagadnienie informacji niedoskonałej. Jak podkreśla Joseph Stiglitz, obecne rynki charakteryzuje to, że informacja jest niedoskonała, uzyskanie informacji może być kosztowne, występują istotne asymetrie informacji na zróżnicowanych rynkach, a na poziom natężenia tych asymetrii wpływ mogą mieć działania instytucji lub jednostek¹⁶. Tym samym zasobem pożądanym w transakcjach dokonywanych na rynku zamówień publicznych są informacje o zachowaniu jego uczestników w kontekście zawieranej umowy.

Okoliczność negatywnej selekcji może pojawić się na etapie przygotowania i zawierania umowy o zamówienie publiczne. Na rynku zamówień publicznych negatywna selekcja związana jest z niepewnością kształtowania się warunków wykonywania umowy. Negatywna selekcja dotyczy sytuacji, kiedy jedna ze stron (zamawiający lub wykonawca) jest lepiej poinformowana niż druga i korzysta z tak zwanego efektu ukrytej informacji (*hidden information*), który polega na tym, że określona strona transakcji dysponuje wiedzą o okolicznościach realizacji umowy niedostępną dla drugiej strony oraz może mieć motywację, aby zachować tę przewagę na etapie przygotowywania i zawierania umowy¹⁷.

Przykładem wystąpienia zjawiska negatywnej selekcji jest przeprowadzone przez podmiot leczniczy postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego na dostawę leku Y w liczbie 10 tysięcy jednostek przez okres 12 miesięcy. Postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego w świetle regulacji ustawy Prawo zamówień publicznych przebiegało prawidłowo: (1) podmiot leczniczy ogłosił przetarg i udostępnił stosowne dokumenty, w tym SIWZ i wzór umowy; (2) wykonawcy zadawali pytania, zamawiający udzielał na nie odpowiedzi; (3) zamawiający dokonał wyboru oferty najkorzystniejszej ekonomicznie; (4) umowa została

¹⁵ Zob. X. Hui, M. Saeedi, N. Sundaresan, *Adverse selection or moral hazard, an empirical study*, „The Journal of Industrial Economics” 2018, nr 3, s. 610 n.; T. Klein, Ch. Lambertz, K.O. Stahl, *Market transparency, adverse selection and moral hazard*, „Journal of Political Economy” 2016, nr 6, s. 1677 n.

¹⁶ Por. J. Stiglitz, *The contributions of the economics of information to twentieth century economics*, „The Quarterly Journal of Economics” 2000, nr 4, s. 1441.

¹⁷ Należy zauważyć, że szczególnym przypadkiem negatywnej selekcji jest podanie (zatajenie) informacji wprowadzającej zamawiającego w błąd, czego efektem, zgodnie z art. 24 ust. 1 pkt 16 i 17 p.z.p., może być wykluczenie wykonawcy, a w konsekwencji uniemożliwienie udzielenia takiemu podmiotowi zamówienia. Wykluczenie wykonawcy, który podaje (zataja) informacje wprowadzające zamawiającego w błąd, ma zapobiec wypieraniu lepszych ofert przez gorsze; zob. np. wyrok z KIO z dnia 26 stycznia 2017 roku, sygn. 98/17.

podpisana. W trakcie okresu obowiązywania umowy wykonawca wywiązywał się z nałożonych na niego obowiązków, jednak po upływie 12 miesięcy okazało się, że podmiot leczniczy wykorzystał tylko 65% określonej w umowie ilości leku, a wykonawca zaczął domagać się od podmiotu leczniczego wynagrodzenia w wysokości odpowiadającej wartości 100% wartości dostaw asortymentu. Podmiot leczniczy odmówił pokrycia kosztu 35% wartości asortymentu, która fizycznie nie została zrealizowana, powołując się na zapis w umowie przewidujący, że przy wystąpieniu określonych okoliczności zamawiający ma prawo „zmniejszyć zamówienie do 20%”. Tym samym zamawiający podnosił, że w sytuacji zajścia przewidzianych w umowie okoliczności ma on prawo zmniejszyć całkowity wolumen dostaw do 20%, czyli do 2 tysięcy jednostek leku Y. Zawarte w umowie określenie „do 20%” zdaniem zamawiającego odnosiło się do całkowitej wielkości zamówienia. Wykonawca natomiast twierdził, że przy wystąpieniu określonych w umowie okoliczności podmiot leczniczy ma prawo zmniejszyć całkowity wolumen sprzedaży do 20%, czyli do 8 tysięcy jednostek leku, a zatem że zawarte w umowie określenie „do 20%” w rozumieniu wykonawcy odnosiło się do wielkości dokonywanego zmniejszenia. Ponadto wykonawca zarzucał zamawiającemu, że nie wywiązał się z obowiązków nałożonych na niego w ustawie, to znaczy nie poinformował go w formie pisemnej o wystąpieniu okoliczności mających wpływ na kształtowanie wielkości dostaw. Wykonawca argumentował, że w trakcie całego okresu obowiązywania umowy pozostawał w stanie gotowości do świadczenia dostaw w pełnej wysokości i dlatego domagał się wypłaty całości wynagrodzenia przewidzianego w umowie¹⁸.

¹⁸ Specyfika zamówień publicznych w branży medycznej (realizacja niektórych przedmiotów zamówienia jest podyktowana bieżącym zapotrzebowaniem, niejednokrotnie determinowanym czynnikami zmieniającymi się w trakcie realizacji umowy) powoduje, że zamawiający — podmioty lecznicze w opisie przedmiotu zamówienia i umowach o zamówienie publiczne zastrzegają sobie prawo do jednostronnego zmniejszenia liczby zamawianego asortymentu i związanej z tym wartości umowy do faktycznie zamawianego asortymentu w okresie obowiązywania umowy. Postępowanie takie oznacza ingerencję w podany zakres zamawianego przedmiotu (na przykład dostaw leków) przez jego zmniejszenie na etapie wykonywania umowy. Powstaje zatem asymetria informacji — dla potencjalnych wykonawców oznacza to niewiedzę co do jednego z kluczowych elementów kalkulacji ceny, to jest liczby zamawianych dostaw, warunkującego rzetelną wycenę oferty. Asymetria informacji na rynku zamówień publicznych może więc prowadzić do naruszenia zasady uczciwej konkurencji. Wykonawcy w sytuacji braku jednoznacznej informacji na temat liczby zamawianego asortymentu zdani są na własne, różne dla każdego z nich, oceny co do prawdopodobnych potrzeb zamawiającego w aspekcie ilościowym. Charakter branży medycznej powoduje, że nie zawsze jest możliwe precyzyjne i sztywne ustalenie dokładnej liczby zamawianego asortymentu bez uwzględnienia potencjalnych odstępstw wynikających z okoliczności powstałych na etapie wykonywania umowy. Niemniej nieakceptowalne są postanowienia umowy stwarzające zamawiającemu nieograniczoną pod względem ilościowym oraz pozostającą poza wszelką kontrolą swobodę decyzyjną odnośnie do zmniejszenia zakresu lub liczby dostaw będących przedmiotem zamówienia; zob. np. wyrok KIO z dnia 2 stycznia 2017 roku, sygn. 2346/16.

Nakreślony przypadek asymetrii informacji, przyjmujący postać negatywnej selekcji, pozwala dostrzec efekt ukrytej informacji będący konsekwencją wystąpienia problemu z precyzyjnym opisem przedmiotu zamówienia. Zapis „do 20%” bez doprecyzowania, do jakich okoliczności uprawniających zamawiającego do zaniechania części realizacji zamówienia się odnosi, stał się przyczyną nieskutecznej komunikacji między zamawiającym a wykonawcą na etapie wykonywania umowy i przyczyną wzrostu kosztów transakcyjnych *ex post*.

Z kolei okoliczność pokusy nadużycia może pojawić się na etapie wykonywania umowy o zamówienie publiczne. Na rynku zamówień publicznych pokusa nadużycia jest związana z działaniami podejmowanymi przez wykonawcę, które są trudno monitorowane przez zamawiającego¹⁹. Wykonawca korzysta z tak zwanego efektu ukrytego działania (*hidden action*), polegającego na tym, że może podejmować działania, które ze względu na wysokie koszty transakcyjne *in tractu* trudno kontrolować zamawiającemu. Zjawisko pokusy nadużycia wpisuje się w kontekst właściwej oceny przez zamawiającego wiarygodności technicznej, ekonomicznej, finansowej czy zawodowej wykonawcy. Wiarygodność wykonawcy konstituuje jego terminowość, solidność, niezawodność, uczciwość, czyli szeroko rozumianą rzetelność. Możliwość wystąpienia pokusy nadużycia jest natomiast konsekwencją specjalistycznej wiedzy wykonawcy dotyczącej samego przedmiotu zamówienia i specyfiki oraz uwarunkowań funkcjonowania branży, w której owo zamówienie jest realizowane. Ustawa Prawo zamówień publicznych stwarza zamawiającemu możliwość zastosowania bogatego instrumentarium weryfikacji instytucji zamawiającego, którego wykorzystanie na etapie przygotowywania umowy zwiększa prawdopodobieństwo wyboru wykonawcy, który zrealizuje przedmiot zamówienia zgodnie z preferencjami zamawiającego²⁰. Jednak nie same regulacje prawne, ale odpowiedni, to znaczy adekwatny do specyfiki konkretnego przedmiotu zamówienia, dobór instrumentów weryfikacji stwarza realne podstawy ograniczenia lub wyeliminowania pokusy nadużycia przez wykonawcę. Weryfikacja wykonawcy związana z analizą jego wiarygodności implikuje wzrost kosztów transakcyjnych *ex ante*, których obecność na etapie przygotowywania i zawierania umowy wprost przekłada się na redukcję kosztów transakcyjnych *ex post* na etapie wykonywania umowy oraz po jej zakończeniu. Ocena i ewentualne skorygowanie rzeczywistych efektów wykonania umowy wiąże się bowiem z poniesieniem kosztów transakcyjnych *ex post* przez zamawiającego.

¹⁹ Zob. T.L. Brown, M. Potoski, D.M. Van Slyke, *Managing public service contracts: Aligning values, institutions, and markets*, „Public Administration Review” 2006, nr 3, s. 323 n.

²⁰ Zob. M. Falkowska, *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1, s. 75 n.

Konkluzja

Zjawisko asymetrii informacji polega na niejednakowym rozkładzie informacji istotnych dla sprawnej wymiany dóbr i usług na rynku zamówień publicznych. Zaburzenie efektywności wymiany może być wywoływane czynnikami egzogenicznymi i endogenicznymi. Asymetria informacji generowana przez źródła zewnętrzne wiąże się z problemem niedoskonałej informacji, która powoduje, że uczestnicy rynku zamówień publicznych (zamawiający i wykonawca) nie mają pełnej wiedzy o warunkach wykonywania przyszłej umowy. Niedoskonała informacja determinuje zarówno jakość etapu przygotowywania i zawierania umowy, jak i jakość etapu wykonywania umowy, prowadząc jednocześnie do wzrostu trzech wyróżnionych w artykule rodzajów kosztów transakcyjnych.

Asymetria informacji generowana przez źródła wewnętrzne to sytuacja, gdy jedna strona umowy dysponuje większym zasobem informacji o warunkach i okolicznościach realizacji umowy niż druga. Fakt, że zamówienia publiczne są nie tylko kategorią prawną, lecz także ekonomiczną, uzasadnia zwrócenie uwagi na dwa endogeniczne aspekty asymetrii informacji. Pierwszy — negatywna selekcja — może prowadzić do wyparcia lepszej oferty przez ofertę gorszą. Natomiast drugi — pokusa nadużycia — tworzy ryzyko realizacji przedmiotu zamówienia niezgodnego z preferencjami zamawiającego. W praktyce owe dwa endogeniczne aspekty asymetrii informacji trudno rozdzielić. Wystąpienie negatywnej selekcji i pokusy nadużycia jest przejawem oportunistycznego zachowania stron umowy zarówno na etapie przygotowywania umowy, jak i jej wykonywania. Niektórzy uczestnicy rynku zamówień publicznych dla maksymalizacji użyteczności własnych celów mogą dążyć do wykorzystania przewagi informacyjnej, dlatego istotne jest zrozumienie istoty charakteru negatywnej selekcji i pokusy nadużycia oraz uświadomienie konieczności wykorzystania regulacji prawnych w taki sposób, aby doprowadzić do eliminacji negatywnych skutków zawarcia umowy o zamówienie publiczne.

Bibliografia

- Akerlof G., *The market for "lemons": Quality uncertainty and the market mechanism*, „The Quarterly Journal Of Economics” 1970, nr 3.
- Beccerra M., Gupta A.K., *Trust within the organization: Integrating the trust literature with agency theory and transaction costs economics*, „Public Administration Quarterly” 1999, nr 2.
- Brown T.L., Potoski M., Van Slyke D.M., *Managing public service contracts: Aligning values, institutions, and markets*, „Public Administration Review” 2006, nr 3.
- Chrisidu-Budnik A., *Od biurokracji do New Public Governance. Perspektywa izomorfizmu instytucjonalnego*, Wrocław 2019.
- Chrisidu-Budnik A., Przedzińska J., *The agency theory approach to the public procurement system*, „Wrocław Review of Law, Administration & Economics” 2017, nr 1.

- Daly H., *Conflicts of interest in agency theory: A theoretical overview*, „Global Journal of Human — Social Science: E-Economics” 2015, nr 1.
- Falkowska M., *Rzetelność i wiarygodność wykonawcy warunkiem ubiegania się o zamówienie*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2019, nr 1.
- Fama E.F., *Agency problems and theory of the firm*, „Journal of Political Economy” 1980, nr 2.
- Fama E.F., Jensen M.C., *Agency problems and residual claims*, „The Journal of Law and Economics” 1983, nr 2.
- Fama E.F., Jensen M.C., *Separation of ownership and control*, „The Journal of Law and Economics” 1983, nr 2.
- Forlicz S., *Niedoskonała wiedza podmiotów rynkowych*, Warszawa 2001.
- Hui X., Saeedi M., Sundaresan N., *Adverse selection or moral hazard, an empirical study*, „The Journal of Industrial Economics” 2018, nr 3.
- Jensen M.C., Meckling W.H., *Theory of the firm: Managerial behavior, agency cost and ownership structure*, „Journal of Financial Economics” 1976, nr 3.
- Klein T., Lambertz Ch., Stahl K.O., *Market transparency, adverse selection and moral hazard*, „Journal of Political Economy” 2016, nr 6.
- Mühlbacher A.C., Amelung V.E., Juhnke Ch., *Contract design: The problem of information asymmetry*, „International Journal of Integrated Care” 2018, nr 1.
- Picot A., Reichwald R., Wigand R., *Information, Organization and Management*, Berlin 2008.
- Spence M., *Job market signaling*, „The Quarterly Journal Of Economics” 1973, nr 3.
- Stiglitz J., *The contributions of the economics of information to twentieth century economics*, „The Quarterly Journal of Economics” 2000, nr 4.
- Stiglitz J., Weiss A., *Credit rationing in markets with imperfect information*, „The American Economic Review” 1981, nr 3.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
- Williamson O.E., *Transaction-cost economics: The governance of contractual relations*, „The Journal of Law and Economics” 1979, nr 2.

Exogenous and endogenous sources of asymmetric information in the public procurement market

Summary

Exogenous and endogenous sources of asymmetric information are an important issue in the public procurement system. External factors which cause asymmetry information can result in increased transaction risk, as well as transaction costs. Internal (behavioral) factors which cause asymmetry information lead to two important effects: adverse selection and moral hazard.

Keywords: asymmetric information, adverse selection, moral hazard, transaction costs.