

Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju

Aspectos de derecho público de la participación
del sector de las PYMES
en el proceso de implementación de los objetivos
estratégicos de la política de desarrollo

Redakcja naukowa / Directora
KATARZYNA KOKOCIŃSKA



Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP
w procesie realizacji
strategicznych celów polityki rozwoju

Aspectos de derecho público de la participación
del sector de las PYMES
en el proceso de implementación de los objetivos
estratégicos de la política de desarrollo

UNIwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

SERIA PRAWO NR 251

**Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP
w procesie realizacji
strategicznych celów polityki rozwoju**

Aspectos de derecho público de la participación
del sector de las PYMES
en el proceso de implementación de los objetivos
estratégicos de la política de desarrollo

Redakcja naukowa/Directora

KATARZYNA KOKOCIŃSKA



POZNAN 2021

Recenzenci
prof. UW dr hab. Krzysztof Horubski
prof. UJK dr hab. Leszek Bielecki

Publikacja finansowana ze środków Wydziału Prawa i Administracji
Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

© Enrique Díaz Bravo, Elizabeth Gil García, Jarosław Greser, Katarzyna Kokocińska,
Jarosław Kola, Javier Miranzo Díaz, Konrad Słowinski, Agnieszka Żywicka, 2021

This edition © Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu,
Wydawnictwo Naukowe UAM, 2021



Open Access book, distributed under the terms of the CC licence
(BY-NC-ND, <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/>)

Projekt okładki: Ewa Wąsowska
Redaktor: Magdalena Kraszewska
Redaktor techniczny: Elżbieta Rygielska
Łamanie komputerowe: Reginaldo Cammarano

ISBN 978-83-232-4004-4 (wersja drukowana)
ISBN 978-83-232-4005-1 (PDF)
DOI: 10.14746/amup.9788323240051
ISSN 0083-4262

WYDAWNICTWO NAUKOWE UNIwersYTETU IM. ADAMA MICKIEWICZA W POZNANIU
61-701 POZNAŃ, UL. FREDRY 10
www.press.amu.edu.pl

Sekretariat: tel. 61 829 46 46, faks 61 829 46 47, e-mail: wydnauk@amu.edu.pl
Dział sprzedaży: tel. 61 829 46 40, e-mail: press@amu.edu.pl

Wydanie I. Ark. wyd. 14,00. Ark. druk. 12,00

DRUK I OPRAWA: VOLUMINA.PL DANIEL KRZANOWSKI, SZCZECIN, UL. KS. WITOLDA 7-9

Spis treści / Índice

Wykaz podstawowych skrótów / Abreviaturas.....	9
Wykaz podstawowych aktów prawnych / Actos jurídicos y documentos de las instituciones públicas.....	11
Przedmowa.....	15
Presentación.....	17

ROZDZIAŁ / CAPÍTULO I

Wyznaczanie priorytetów rozwoju społeczno-gospodarczego jako celowościowa determinanta działalności podmiotów sektora MŚP (ujęcie publicznoprawne)

Establecimiento de las prioridades para el desarrollo socioeconómico como determinante objetiva de la actividad de las entidades del sector de las pymes (enfoque de derecho público)

Katarzyna Kokocińska
Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Prawo w przestrzeni społeczno-gospodarczej. Wprowadzenie	19
1. Planowanie społeczno-gospodarczego rozwoju Unii Europejskiej z uwzględnieniem potencjału sektora MŚP	22
2. „Najpierw myśl na małą skalę” – znaczenie sektora MŚP dla zrównoważonej i cyfrowej Europy	25
3. Prawne instrumenty wspierania rozwoju sektora MŚP w Polsce	28
Podsumowanie	34
Resumen extenso / Streszczenie	36

CAPÍTULO / ROZDZIAŁ II

Eco-innovación, pymes e incentivos fiscales

Ekoinnowacje, MŚP i zachęty podatkowe

Elizabeth Gil García
Universidad de Alicante

Introducción	45
1. La configuración del incentivo: estímulo a la contratación de personal investigador y a la transferencia de conocimiento	47

2. El control de los incentivos fiscales: las certificaciones de I+D+i y la llamada ‘contabilidad verde’	54
Conclusiones	56
Streszczenie / Resumen extenso	57

CAPIÍTULO / ROZDZIAŁ III

El Fondo Verde como el estímulo para el desarrollo de las pymes Europejski Zielony Ład jako bodziec dla rozwoju MŚP

Konrad Pawel Slowinski
Doctorando Derecho y Economía (CEINDO), Madrid

Introducción	63
1. La Política de las pymes – sus objetivos y retos	65
2. Estructura y características del tejido empresarial español	66
3. Barreras y obstáculos para el desarrollo de las pymes	69
4. El Fondo Verde de Activación de las pymes y la reactivación del tejido empresarial español	73
Conclusiones	76
Streszczenie / Resumen extenso	77

ROZDZIAŁ / CAPIÍTULO IV

Systemy certyfikacji produktów, usług i procesów ICT **na jednolitym rynku cyfrowym – ujęcie normatywne** Sistemas de certificación de productos, servicios y procesos TIC en el Mercado Único Digital: un enfoque normativo

Agnieszka Żywicka
Uniwersytet im. Jana Kochanowskiego w Kielcach

Wprowadzenie; identyfikacja problemu i założenia badawcze	81
1. Założenia jednolitego rynku cyfrowego UE – w poszukiwaniu genezy ram prawnych certyfikacji produktów cyfrowych	83
2. Konstrukcja normatywna oceny zgodności wyrobów z wymaganiami a swoistość europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa – kontekst prawno-porównawczy	86
3. Usuwanie barier w dostępie do produktów cyfrowych dla przedsiębiorców i konsumentów na jednolitym rynku cyfrowym. Charakter prawny certyfikatu i deklaracji	90
Podsumowanie	95
Resumen extenso / Streszczenie	96

ROZDZIAŁ / CAPÍTULO V

Cyberbezpieczeństwo a uczestnictwo MŚP w jednolitym rynku cyfrowym Ciberseguridad y participación de las pymes en el Mercado Único Digital

Jarosław Greser

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Zagadnienia wprowadzające	103
1. Zarys zagrożeń w cyberprzestrzeni	105
2. Regulacje prawne mające na celu podniesienie cyberbezpieczeństwa na poziomie UE	107
3. Pozaprawne inicjatywy UE w celu podniesienia poziomu cyberbezpieczeństwa	113
Podsumowanie	115
Resumen extenso / Streszczenie	116

CAPÍTULO / ROZDZIAŁ VI

La contratación pública como instrumento de digitalización de las pymes Zamówienia publiczne jako instrument cyfryzacji MŚP

Javier Miranzo Díaz

Universitat Oberta de Catalunya

1. Las pymes en la Unión Europea	123
2. La COVID-19, el Estado de Alarma y los efectos sobre las pymes	125
3. Herramientas directas e indirectas para la digitalización de las pymes	127
4. El encaje de la digitalización de las pymes en la estrategia de contratación pública europea	128
5. La incorporación de las pymes en la contratación pública de innovación	130
Conclusiones	138
Streszczenie / Resumen extenso	138

ROZDZIAŁ / CAPÍTULO VII

Koncepcja *local content* w systemie zamówień publicznych El concepto de “local content” en el sistema de contratación pública

Jarosław Kola

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Wprowadzenie	145
1. Koncepcja <i>local content</i>	146
2. Granice instrumentalizacji zamówień publicznych w prawie UE	150
3. Praktyczne aspekty realizacji koncepcji <i>local content</i> w systemie zamówień publicznych	154
Podsumowanie	157
Resumen extenso / Streszczenie	158

**Acceso de las pymes a los mercados de contratación pública internacional
en el marco de las relaciones Unión Europea – Chile**

**Dostęp MŚP do międzynarodowych rynków zamówień publicznych
w ramach stosunków Unia Europejska – Chile**

Enrique Díaz Bravo

Universidad Internacional de la Rioja, España y, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile

Introducción	163
1. Las relaciones entre la UE y terceros países en contratación pública	164
2. El Acuerdo de Asociación entre la UE y Chile	168
3. Participación de pymes en el mercado de contratación pública	171
4. Desafíos en el marco del comercio internacional para las pymes	174
Streszczenie / Resumen extenso	176
 Wnioski z badań	 181
Conclusiones de la investigación	187
Autorzy / Autores	193

Wykaz podstawowych skrótów / Abreviaturas

Dyrektywa NIS	– Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz. Urz. UE L 194/1
Dyrektywa NIS 2	– Wniosek legislacyjny z dnia 16.12.2020 r. „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148”, COM(2020) 823 final
ENISA	– Agencja Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa
ICT	– technologie informacyjno-komunikacyjne
KE	– Komisja Europejska
Konstytucja RP	– Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej
MŚP	– małe i średnie przedsiębiorstwa
OECD	– Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju
PUODO	– Prezes Urzędu Danych Osobowych
PP	– Prawo przedsiębiorców
PARP	– Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości
PFR	– Polski Fundusz Rozwoju
PZP	– Prawo zamówień publicznych
RODO	– Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych)
UE	– Unia Europejska
TUE	– Traktat o Unii Europejskiej
TFUE	– Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej
TK	– Trybunał Konstytucyjny
TSUE	– Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej
AA	– Acuerdo de Asociación
ACP	– Acuerdo de Contratación Pública
AFIDI	– Asociación Española para el Fomento de la Financiación de la I+D+i
CCAA	– Comunidades autónomas

COSME	– Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas
CIR	– Code des Impôts sur les Revenus
CPI	– Compra pública de Innovación
CPP	– Compra pública pre-comercial
DIRCE	– Directorio Central de Empresas
EEMM	– Estados miembros
FMI	– Fondo Monetario Internacional
GBER	– Reglamento General de Exención por Categorías
HPC	– La computación de alto rendimiento
I+D	– Investigación y desarrollo
I+D+i	– Investigación, desarrollo e innovación
INE	– Instituto Nacional de Estadística
JEI	– Joven empresa innovadora
LCAP	– Ley de Contratos del Sector Público
LIS	– Ley del Impuesto sobre Sociedades
MTJ	– Mecanismo para una Transición Justa
OCDE	– Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos
ONU Medio Ambiente	– Programa de las Naciones Unidas para el Medio Ambiente
OPIs	– Organismos Públicos de Investigación
PYMES	– Pequeñas y Medianas Empresas
RTE-T	– Red Transeuropea de Transportes
TACRC	– Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales
TFUE	– Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea
TJUE	– Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TS	– Tribunal Supremo
UE	– Unión Europea

Wykaz podstawowych aktów prawnych / Actos jurídicos y documentos de las instituciones públicas

- Konstytucja RP z dnia 2 kwietnia 1997 roku, Dz. U. z 1997 r. Nr 78, poz. 483, z 2001 r. Nr 28, poz. 319, z 2006 r. Nr 200, poz. 1471, z 2009 r., Nr 114, poz. 946.
- Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C 326/13
- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C/326/47.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/241 z dnia 12 lutego 2021 r. ustanawiające Instrument na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności, Dz. Urz. UE L 57/17 z 18.2.2021.
- Rozporządzenie Rady (UE) 2020/2094 z dnia 14 grudnia 2020 r. ustanawiające Instrument Unii Europejskiej na rzecz Odbudowy w celu wsparcia odbudowy w następstwie kryzysu związanego z COVID-19, Dz. Urz. UE LI 433/23 z 22.12.2020.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej do spraw Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013, Dz. Urz. UE L 151/15 z 7.06.2019.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27 kwietnia 2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119, s. 1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L 321/36.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii (dyrektywa NIS), Dz. Urz. UE L 194/1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, Dz. Urz. UE L 94/1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94/65.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 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 94/243.
- Komunikat Komisji z 9.03.2021 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu *Regionów* „2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade”, COM(2021) 118 final.

- Komunikat Komisji z 10.03.2020 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie określenia i usuwania barier na jednolitym rynku, COM(2020) 93.
- Komunikat Komisji z 10.03.2020 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”, COM(2020) 102 final.
- Komunikat Komisji z 10.03.2020 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia MŚP na rzecz zrównoważonej i cyfrowej Europy”, COM(2020) 103 final.
- Komunikat Komisji z 19.2.2020 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”, COM(2020) 67 final.
- Komunikat Komisji z 11.12.2019 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład”, COM(2019) 640 final.
- Ustawa z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych, t.j.: Dz. U. 2021 poz. 1129, 1598.
- Ustawa z dnia 4 lipca 2019 r. o systemie instytucji rozwoju, t.j.: Dz. U. 2021 poz. 1010.
- Ustawa z dnia 10 maja 2018 r. o wspieraniu nowych inwestycji, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 1752.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców, Dz. U. 2018 poz. 648.
- Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku Prawo przedsiębiorców, t.j.: Dz. U. 2021 poz. 162.
- Ustawa z dnia 30 maja 2008 r. o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej, t.j.: Dz. U. 2021 poz. 706
- Ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki i rozwoju, t.j.: Dz. U. 2021 poz. 1057.
- Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 299.
- Ustawa z dnia 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 1670.
- Constitución española – BOE núm. 311, de 29/12/1978.
- Directiva 2014/24/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE Texto pertinente a efectos del EEE.
- Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 17 de septiembre de 2020, Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021 COM(2020) 575 final.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Determinar y abordar las barreras del mercado único, COM(2020) 93 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Plan de acción a largo plazo para mejorar la aplicación y el cumplimiento de las normas del mercado único, COM(2020) 94 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital, COM(2020) 103 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de abril de 2018, Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final.

Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 25 de junio de 2008, «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, COM(2008) 394 final.

Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19.

Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19.

Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19.

Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, sobre bonificaciones en la cotización a la Seguridad Social del personal investigador.

Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública (2011).

Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores.

Przedmowa

Założenia społeczno-gospodarczego wymiaru rynku Unii Europejskiej, którego istota opiera się na zrównoważonym wzroście, społecznej gospodarce rynkowej o wysokiej konkurencyjności zmierzającej do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysokim poziomem ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego, znajdują odniesienie we współczesnej wizji Europy. Europa rozpoczyna proces transformacji, który prowadzi do neutralności klimatycznej i przywództwa cyfrowego.

Transformacja ekologiczna i cyfrowa jest wynikiem konsekwentnej realizacji polityki unijnej zdefiniowanej w programie strategicznym Rady Europejskiej na lata 2019–2024. Istotnymi elementami transformacji przemysłowej Europy są budowanie pogłębionego i bardziej scyfryzowanego jednolitego rynku oraz rozwój przedsiębiorczości z wykorzystaniem potencjału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP)¹ zapewniające długotrwały i stabilny wzrost oparty na wiedzy. W programie „Small Business Act” dla Europy uznano wiodącą rolę MŚP w gospodarce UE. Powinno to skutkować długotrwałym procesem wprowadzania kompleksowych ram polityki upraszczania, modernizacji i zróżnicowania instrumentów służących wspieraniu MŚP i stwarzających im warunki umożliwiające dostosowanie do wyzwań związanych z ochroną środowiska oraz funkcjonowaniem jednolitego rynku cyfrowego.

Monografia pt. *Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju* jest wynikiem badań międzynarodowego zespołu naukowców z Polski, Hiszpanii oraz Chile. Zagadnienia objęte analizą odnoszą się do działań o najwyższym priorytecie z punktu widzenia rozwoju społeczno-gospodarczego, którymi są przeciwdziałanie zmianom klimatu i sprostanie wyzwaniom wynikającym z cyfryzacji. Bariery w korzystaniu z jednolitego rynku cyfrowego dotyczą w głównej mierze małych i średnich przedsiębiorstw, które są dominującą grupą podmiotów aktywnie funkcjonujących w gospodarce. Ich działania i nakłady na innowacje mają bezpośrednie przełożenie na realizację strate-

¹ W opracowaniu monograficznym na potrzeb badań przyjęto zamienne określanie MŚP jako sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorstw bądź sektora mikro, małych i średnich przedsiębiorców. Kryteria kwalifikacji określa Załącznik I do rozporządzenia Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu, które są analogiczne do kryteriów przyjętych w zaleceniu Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczącym definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw.

gicznych celów rozwoju. Autorzy opracowania, dokonując analizy przepisów prawa unijnego oraz systemów prawa krajowego, podjęli próbę identyfikacji prawnych i administracyjnych barier wobec MŚP, oceny skuteczności istniejących narzędzi wsparcia, identyfikacji obszarów wymagających interwencji ustawodawcy unijnego bądź krajowego oraz sformułowania propozycji *de lege ferenda*.

Opracowania zamieszczone w monografii zostały przygotowane w ramach grantu badawczego pt. „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w jednolitym rynku cyfrowym (zielone technologie)” przez międzynarodowy zespół badawczy reprezentujący jednostki zagraniczne – z Hiszpanii: Universidad de Alicante, Universitat Oberta de Catalunya, Universidad CEU San Pablo w Madrycie i Universidad Internacional de la Rioja, z Chile Universidad Santo Tomás – oraz jednostki krajowe: Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu oraz Uniwersytet im. Jana Kochanowskiego w Kielcach. Monografia *Publicznoprawne aspekty udziału sektora małych i średnich przedsiębiorców w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju* nie mogłaby zostać udostępniona szerokiemu gronu zainteresowanych bez finansowego wsparcia ze strony Władz Wydziału Prawa i Administracji UAM w Poznaniu, za co w imieniu Autorów opracowania dziękuję. Szczególne podziękowania za współpracę i wsparcie naukowe kieruję do Pani Profesor Marty Villar Ezcurra (Universidad CEU San Pablo, Madryt).

Katarzyna Kokocińska

Presentación

Los supuestos de la dimensión socioeconómica del mercado de la Unión Europea, cuya esencia se basa en el crecimiento sostenible, una economía social de mercado altamente competitiva orientada al pleno empleo y al progreso social, y un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio natural, encuentra su referencia en la visión contemporánea de Europa. Europa se está embarcando en un proceso de transformación que conduce a la neutralidad climática y al liderazgo digital.

La transformación ecológica y digital es una aplicación coherente de la política de la UE definida en el programa estratégico del Consejo Europeo de 2019 a 2024. Un elemento importante de la transformación industrial de Europa es la construcción de un mercado único más profundo y digital, así como el desarrollo del espíritu empresarial mediante el progreso potencial de las pymes para garantizar un crecimiento basado en el conocimiento estable y a largo plazo. La “Small Business Act” para Europa reconoce el papel de liderazgo de las pymes en la economía de la UE, lo que debería dar lugar a un largo proceso de introducción de un marco político integral para simplificar, modernizar y diversificar los instrumentos de apoyo a las pymes que creen las situaciones adecuadas para que las pymes se adapten a las condiciones ambientales, desafíos y el funcionamiento del mercado único digital.

La monografía titulada: “Aspectos de derecho público de la participación del sector de las pymes en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo” es el resultado de una investigación realizada por un equipo internacional de científicos de Polonia, España y Chile. Los temas cubiertos por el análisis se refieren a actividades con la máxima prioridad desde el punto de vista del desarrollo socioeconómico; es decir, la lucha contra el cambio climático y los desafíos de la digitalización. Las barreras para el uso del Mercado Único Digital afectan principalmente a las pequeñas y medianas empresas, que son el grupo dominante de las entidades que operan activamente en la economía. Sus actividades y gastos en innovación tienen un impacto directo en la implementación de los objetivos estratégicos de desarrollo. Los autores del estudio, al analizar las disposiciones de la legislación de la UE y los sistemas jurídicos nacionales, intentaron identificar las barreras legales y administrativas para las pymes, evaluar la eficacia de las he-

ramientas de apoyo existentes, identificar las áreas que requieren la intervención de la UE o del legislador nacional y formular una propuesta de ley. Los estudios incluidos en la monografía son el resultado de la aplicación de la beca de investigación titulado „Aspectos de derecho público de la participación del sector de las PYMES en el Mercado Único Digital (tecnologías verdes)” por un equipo de investigación internacional que representa las universidades extranjeras: Universidad de Alicante, Universitat Oberta de Catalunya, Universidad CEU San Pablo, Madrid, Universidad Internacional de la Rioja, España, Universidad Santo Tomás, Chile y las universidades nacionales: Universidad Adam Mickiewicz en Poznań y Universidad Jan Kochanowski en Kielce.

La monografía *Aspectos de derecho público de la participación del sector de las PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo* no podría ponerse a disposición de un amplio grupo de personas interesadas en el tema sin el apoyo financiero de las autoridades de la Facultad de Derecho y Administración de la Universidad Adam Mickiewicz en Poznań; por lo cual, en nombre de los autores del estudio, me gustaría expresar mi agradecimiento. Finalmente, me gustaría expresar mi más profunda gratitud a la Prof. Dra. Dña. Marta Villar Ezcurra, Catedrática de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad San Pablo-CEU en Madrid, por la colaboración y su apoyo científico hasta la fecha.

Katarzyna Kokocińska

**Wyznaczanie priorytetów rozwoju społeczno-gospodarczego
jako celowościowa determinanta działalności
podmiotów sektora MŚP
(ujęcie publicznoprawne)**

Establecimiento de las prioridades para el desarrollo
socioeconómico como determinante objetiva
de la actividad de las entidades del sector de las pymes
(enfoque de derecho público)

Katarzyna Kokocińska

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Prawo w przestrzeni społeczno-gospodarczej. Wprowadzenie

Rolę prawa w przestrzeni gospodarczej wyznacza obowiązujący system gospodarczy będący wynikiem przyjętych reguł, zasad i wartości decydujących o dopuszczalnej intensywności oddziaływania władzy publicznej na stosunki społeczno-gospodarcze. Prawo jest instrumentem realizacji przyjętych celów społecznych i gospodarczych ustalonych przez organy władzy publicznej prowadzące politykę (polityka państwa) na rzecz rozwoju¹. Przede wszystkim powinno ono służyć tworzeniu warunków sprzyjających funkcjonowaniu konkurencyjnej i nowoczesnej gospodarki rynkowej. Jak wskazuje K. Strzyczkowski, „prawo stanowi najbardziej przydatny i nieodzowny instrument sterowania gospodarką”², co należy traktować jako dopuszczalną ingerencję władzy publicznej w stosunki gospodarcze dla osiągnięcia przyjętych celów, które nie zawsze ograniczają się do tworzenia warunków i zapewnienia niezakłóconego funkcjonowania mechanizmów rynkowych.

Ramowy porządek prawny, który gwarantuje podstawowe prawa i wolności gospodarcze (funkcja organizująca regulacji prawnej³), wypełniają coraz częściej działania o charakterze motywującym do podjęcia określonych zachowań, uzupełniające,

¹ Zob. K. Kokocińska, *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014, s. 309.

² K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011, s. 39.

³ Tamże, s. 40 i nast.

a często zastępujące mechanizmy wolnej konkurencji. Uzasadnieniem tej sytuacji jest potrzeba osiągania istotnych celów publicznych wynikających z aktualnej polityki publicznej, prowadzonej na poziomie unijnym bądź krajowym. W doktrynie publicznego prawa gospodarczego coraz częściej podkreśla się, że stosowanie przez państwo (władzę publiczną) instrumentów wspierania ukierunkowuje uczestników rynku na realizację celów motywowanych interesem publicznym⁴. Publiczny aspekt celów i środków, a także osiąganych efektów, wskazuje na szczególny charakter funkcji wspierania gospodarczego skutkującej przenoszeniem przez państwo (organ wspierający) celów ogólnych o publicznym charakterze na cele indywidualne poszczególnych przedsiębiorców, którzy korzystają ze wsparcia⁵.

Instrumenty prawne o charakterze wspierającym (motywującym) tworzą zespół zachęt do podejmowania przez przedsiębiorców określonej aktywności, zgodnej z polityką społeczno-gospodarczego rozwoju państwa. W konsekwencji państwo (czy w szerszym zakresie – Unia Europejska) za pomocą zróżnicowanych instrumentów prawnych stymuluje uczestników rynku do osiągnięcia przyjętych celów społeczno-gospodarczych. Działania te (a także polityka władz publicznych) nie powinny jednak skutkować zmianą stosunków społeczno-gospodarczych ugruntowanego systemu gospodarczego, który konstruuje normy traktatowe oraz normy konstytucyjne. Powinny być osadzone w aktualnym kontekście społeczno-gospodarczym, który wyznaczają przede wszystkim, oprócz gwarantowanych wolności i praw ekonomicznych, konstytucyjne zasady ustroju społeczno-gospodarczego, a w szczególności zasada „społecznej gospodarki rynkowej” przesądzająca zarówno o ustroju gospodarczym Unii Europejskiej, jak i o modelu krajowej gospodarki.

Ustrój społecznej gospodarki rynkowej był przedmiotem szerokich badań naukowych i analizy doktryny publicznego prawa gospodarczego⁶. I choć nie wypraco-

⁴ Zob. K. Horuski, § 30. *Wspieranie gospodarki*, w: System Prawa Administracyjnego, t. 8A, *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2012, s. 753 i cytowana tam literatura.

⁵ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 191.

⁶ Zob. m.in.: A. Adamczyk, *Definicja i istota społecznej gospodarki rynkowej*, w: *Społeczna gospodarka rynkowa*, red. R.W. Włodarczyk, Warszawa 2010; T. Kocowski, *Reglamentacja formą interwencjonizmu państwowego w społecznej gospodarce rynkowej*, w: *Państwo i rynek. Obszary zawodności*, red. U. Kalina-Prasznic, Wrocław 2011; C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007, s. 35–36; G. Przesławski, *Społeczna gospodarka rynkowa*, w: *Regulowana gospodarka rynkowa*, red. U. Kalina-Prasznic, Kraków 2003; P. Pysz, *Społeczna gospodarka rynkowa. Ordoliberalna koncepcja polityki gospodarczej*, Warszawa 2008; K. Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, w: *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005; tenże: *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2008, s. 64–71; K. Sobczak, *Gospodarka rynkowa a władza publiczna*, Warszawa 1997, *passim*; T. Włudyka, *Model społecznej gospodarki rynkowej a transformacja ustrojowa polskiej gospodarki. Analiza prawnogospodarcza*, Kraków 2002, *passim*; A. Żurawik, *Zasady ogólne publicznego prawa gospodarczego*, w: System Prawa Administracyjnego, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013, s. 439–448 i wskazywana tam literatura; K. Kokocińska, *Społeczna gospodarka rynkowa – komplementarność, równowaga czy przewaga wartości? Uwagi na tle działań państwa w zakresie prowadzenia polityki rozwoju*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, nr 37, s. 27–36.

wano jednoznacznej koncepcji, to dla prowadzonych badań istotne jest ustalenie, jakie są konsekwencje prawnie formułowanego (w art. 3 Traktatu o Unii Europejskiej⁷ i w art. 20 Konstytucji RP) modelu społecznej gospodarki rynkowej dla aktywności instytucji unijnych i organów władzy publicznej państwa w sferze rozwoju społeczno-gospodarczego⁸. W modelu, który jest oparty na samoregulującym się mechanizmie rynkowym, dopuszcza się jednak korygowanie praw rynku przez państwo w celu realizowania określonych potrzeb społecznych niemożliwych do spełnienia przy całkowicie swobodnym funkcjonowaniu praw rynkowych, ale przy jednoczesnym ich poszanowaniu⁹. Społeczna gospodarka rynkowa, stanowiąca podstawę ustroju gospodarczego, to nie tylko model ekonomiczny UE i państwa. Jest wyrazem konstytucyjnego obrazu ładu społecznego¹⁰ opartego na dwóch podstawowych elementach, którymi są wolność gospodarcza i własność prywatna, a także solidarność, dialog i współpraca partnerów społecznych¹¹. Elementy te należy traktować kompleksowo i komplementarnie. Przyjęte na poziomie unijnym i krajowym przepisy prawa nie dają legitymacji do dowolnego kształtowania modelu, z drugiej strony nie tworzą abstrakcyjnego modelu społecznej gospodarki rynkowej, niezmiennego w czasie i zamkniętego na zmiany społeczeństwa i gospodarki¹². Regulacje te należy traktować jako dyrektywy kierunkowe, określające model społeczno-gospodarczy obowiązujący w Unii Europejskiej i w Polsce poprzez wskazanie celów publicznych oraz wartości istotnych społecznie.

Obowiązujący ustrój wyznaczający stosunki społeczno-gospodarcze stanowi o kierunkach polityki społeczno-gospodarczej państwa. To polityka władzy publicznej wyra-

⁷ Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C 326/13, dalej: TUE.

⁸ Na ten temat w szczególności: A. Domańska, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001; C. Kosikowski, *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego*, w: *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Raport wstępny*, red. K. Działocha, Warszawa 2004; K. Sobczak, *Gospodarka w ujęciu konstytucyjnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 2; K. Strzyczkowski, *Konstytucyjna zasada...; Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, red. J. Grabowski, Bydgoszcz-Katowice 2008, s. 13–14; *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, wyd. 2 zm., Warszawa 2011, s. 42–52.

⁹ Wyrok Trybunału Konstytucyjnego z dnia 30 stycznia 2001 roku, K 17/00, OTK 2001, nr 1, poz. 4. Trybunał Konstytucyjny wskazuje, że społeczna gospodarka rynkowa ma swoje szersze podstawy niż art. 20 Konstytucji RP, podkreślając potrzebę jego odczytywania w kontekście pozostałych przepisów konstytucyjnych, w tym formułujących zasadę demokratycznego państwa prawnego i sprawiedliwości społecznej (art. 2 Konstytucji RP). W wyroku z dnia 28 stycznia 2003 roku Trybunał Konstytucyjny wskazuje na konieczność dokonywania interpretacji art. 20 Konstytucji RP z uwzględnieniem europejskiego standardu określającego, jaka jest zasada interpretacji przyjaznej prawu europejskiemu, K 2/02, OTK-A 2003, nr 1, poz. 4. Por. wyrok TK z 28 marca 2000 roku, K 27/99, OTK 2000, nr 2, poz. 62; na ten temat: K. Kiczka, *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010; A. Żurawik, dz. cyt., s. 445–448.

¹⁰ C. Banasiński, *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego*, w: *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, wyd. 2, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2011, s. 42.

¹¹ Według J. Bocia wyliczenie to nie ma charakteru wyczerpującego. J. Boć, *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998, s. 51.

¹² C. Banasiński, *Konstytucyjne podstawy ustroju...*, s. 49.

żona ostatecznie treścią aktów normatywnych rozstrzyga o stopniu natężenia aspektów społecznych i gospodarczych. Rozstrzyga o jej progospodarczym lub prospołecznym wymiarze. Prawo odgrywa zatem „rolę aktywnego instrumentu realizacji celów społecznych i gospodarczych [...], konstytuując określony ład społeczny i gospodarczy¹³, wypełniając formułę społecznej gospodarki rynkowej w zależności od potrzeb”¹⁴.

1. Planowanie społeczno-gospodarczego rozwoju Unii Europejskiej z uwzględnieniem potencjału sektora MŚP

Potrzeby społeczne i gospodarcze, wyznaczane celami polityki społeczno-gospodarczej UE i państw członkowskich, są wyrażane w uchwalanych okresowo (w określonej perspektywie czasowej) aktach polityki władzy wykonawczej – strategiach rozwoju, politykach publicznych, planach, w tym planach rozwojowych, i programach. Przyjmowane akty polityki społeczno-gospodarczej¹⁵ wskazują między innymi cele i priorytety działań oraz stopień i kierunki ingerencji państwa w obszarze rozwoju i spójności, będąc nie tylko wyrazem kierunków reform, ale też punktem odniesienia dla działalności organów administracji publicznej odpowiedzialnych za realizację polityki rozwoju. W dobie europeizacji cele polityki krajowej są wyrazem ogólnych kierunków przemian społeczno-gospodarczych wynikających z aktualnych idei i koncepcji odnoszących się do gospodarki i życia społecznego, realizowanych współcześnie w skali globalnej¹⁶. Planowanie działań podmiotów władzy publicznej, które powinny znaleźć odniesienie w regulacjach normatywnych, zapewnia stabilność stosunków społeczno-gospodarczych i pewność dla uczestników obrotu gospodarczego. Jest to szczególnie widoczne w dobie aktualnych przemian i kryzysu wywołanego między innymi epidemią COVID-19, w którym instytucje unijne i krajowe organy władzy publicznej powinny reagować w tych obszarach, w których ich wsparcie jest konieczne, zarówno poprzez zaspokajanie podstawowych potrzeb, jak i poprzez mobilizowanie do działania, stymulując rozwój społeczno-gospodarczy.

¹³ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze...*, s. 39.

¹⁴ C. Banasiński, *Konstytucyjne podstawy ustroju...*, s. 49, tenże: *Konstytucyjne podstawy porządku prawnego w gospodarce*, w: *Konstytucja. Trybunał Konstytucyjny*, red. C. Banasiński, J. Oniszczyk, Warszawa 1998, s. 16; a także na temat ustroju gospodarczego: T. Rabska, *Gospodarka rynkowa i jej zasady*, w: *Konstytucja i gospodarka*, wybór i opracowanie P. Kaczanowski, Warszawa 1995, s. 80; A. Szymt, *O normowaniu podstaw ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. 5, 1999, s. 403; *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego w procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005; K. Kiczka, *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006, s. 56–59; tenże, *Uwagi o wolności działalności gospodarczej*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora S. Jędrzejewskiego*, Toruń 2009, s. 231–234.

¹⁵ W Polsce przyjmowane na podstawie reguł wynikających z Ustawy z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki i rozwoju (t.j.: Dz. U. 2019 poz. 1295, 2020, z 2020 r. poz. 1378, 2327); szerzej na ten temat: K. Kokocińska, *Prawny mechanizm...*, s. 309.

¹⁶ Szerzej: J. Buzek, A. Surdej, *Odrodzenie ducha – budowa wolności. Perspektywa rozwoju gospodarki solidarnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, z. 4, s. 5–20.

Założenia społecznego i gospodarczego wymiaru wspólnego rynku Unii Europejskiej, którego istota opiera się na zrównoważonym wzroście, społecznej gospodarce rynkowej o wysokiej konkurencyjności zmierzającej do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz na wysokim poziomie ochrony i poprawy jakości środowiska naturalnego¹⁷, znajduje odniesienie we współczesnej wizji Europy. Europa rozpoczyna proces transformacji prowadzącej do neutralności klimatycznej i przywództwa cyfrowego. Przyjęta „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”¹⁸, zakładająca transformację ekologiczną i cyfrową, której zakres wdrażania oraz charakter planowanych działań to konsekwentna realizacja polityki unijnej zdefiniowanej w programie strategicznym Rady Europejskiej na lata 2019–2024 Europejski Zielony Ład¹⁹, oraz strategia „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”²⁰ wyznaczają cele oraz kierunek zmian nowej polityki przemysłowej, skupiającej się na rozwiązaniu problemów związanych z klimatem i środowiskiem naturalnym. Polityka ta jest oparta na silnej podbudowie wartości europejskiej społecznej gospodarki rynkowej: konkurencji, otwartym rynku, wysokim poziomem badań i technologii oraz na silnym jednolitym rynku, na którym eliminuje się bariery i ogranicza biurokrację. Podkreślana ochrona, zachowanie i poprawa kapitału naturalnego UE oraz ochrona zdrowia i dobrostanu obywateli przed zagrożeniami i negatywnymi skutkami związanymi ze środowiskiem są istotnymi elementami transformacji gospodarczej, która powinna przebiegać w sposób sprawiedliwy i sprzyjający włączeniu społecznemu. Sformułowane w Europejskim Zielonym Ładzie ambitne cele klimatyczne UE na lata 2030 i 2050 (w tym osiągnięcie neutralności klimatycznej do 2050 r.²¹) stanowiły podstawę

¹⁷ Art. 3 ust. 3 Traktatu o Unii Europejskiej stanowi: „Unia ustanawia rynek wewnętrzny. Działa na rzecz trwałego rozwoju Europy, którego podstawą jest zrównoważony wzrost gospodarczy oraz stabilność cen, społeczna gospodarka rynkowa o wysokiej konkurencyjności zmierzająca do pełnego zatrudnienia i postępu społecznego oraz wysoki poziom ochrony i poprawy jakości środowiska. Wspiera postęp naukowo-techniczny. Zwalcza wykluczenie społeczne i dyskryminację oraz wspiera sprawiedliwość i ochronę socjalną, równość kobiet i mężczyzn, solidarność między pokoleniami i ochronę praw dziecka. Wspiera spójność gospodarczą, społeczną i terytorialną oraz solidarność między państwami członkowskimi. Szanuje swoją bogatą różnorodność kulturową i językową oraz czuwa nad ochroną i rozwojem dziedzictwa kulturowego Europy”. W. Sanetra podkreśla, że przewidzianą w art. 3 ust. 3 TUE zasadę społecznej gospodarki rynkowej należy traktować jako powinność kształtowania przez państwa członkowskie gospodarek zgodnie z wymaganiami tej zasady oraz powinność instytucji unijnych podejmowania działań, które prowadzą do tego, że jest ona pełniej wcielana w życie przez te państwa, W. Sanetra, *Prawo pracy po Traktacie z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy”, luty 2010, s. 4.

¹⁸ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A New Industrial Strategy for Europe, Brussels, 10.3.2020, COM(2020) 102 final.

¹⁹ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.

²⁰ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Shaping, Europe’s digital future, Brussels, 19.2.2020, COM(2020) 67 final.

²¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Czysta planeta dla wszystkich – Europejska długoterminowa wizja

przygotowania nie tylko długoterminowej strategii, ale również projektu pierwszego europejskiego „prawa o klimacie”²² jako umocowania prawnego dla osiągnięcia celu – neutralności klimatycznej do 2050 r. w Unii Europejskiej. Podstawową funkcją tej projektowanej regulacji prawnej jest określenie warunków transformacji. Tym samym ma ona zapewnić przewidywalność działań w ramach wszystkich polityk unijnych, które mają się przyczyniać do osiągnięcia neutralności klimatycznej. Rozpoczęte w UE w latach 1990–2018 modernizacja i transformacja gospodarki, dzięki którym Unia zmniejszyła emisję gazów, wymaga – zgodnie z zielonym przyrzeczeniem „nie szkodzić” – efektywniejszego procesu stanowienia prawa. W dokumentach strategicznych podkreśla się między innymi konieczność prowadzenia szerokich konsultacji publicznych. Uzyskuje się dzięki temu lepsze rozpoznanie wpływu na środowisko oraz skutków społecznych i gospodarczych, uwzględniając między innymi analizy oddziaływania na sektor małych i średnich przedsiębiorstw oraz czynniki ułatwiające i hamujące innowacje. Zdaniem Komisji Europejskiej oceny skutków przyczyniają się do podejmowania skutecznych decyzji politycznych jak najniższym kosztem, bowiem w ramach przeprowadzanych ocen analizuje się również spójność między prawodawstwem a nowymi priorytetami polityk unijnych²³.

Wśród podstawowych elementów transformacji przemysłowej Europy, takich jak wspieranie przemysłu w przejściu na neutralność klimatyczną czy budowanie gospodarki o obiegu zamkniętym, podkreśla się konieczność stworzenia zapewnień dla przemysłu, czyli budowanie pogłębionego i bardziej scyfryzowanego jednolitego rynku. W ramach podstawowych celów zakłada się przygotowanie planu działania dotyczącego egzekwowania przepisów jednolitego rynku²⁴, własności intelektualnej, przegląd i dostosowania unijnych reguł konkurencji oraz przyjęcie regulacji prawnej odnoszącej się do usług cyfrowych służącej aktualizacji i wzmocnieniu ram prawnych jednolitego rynku usług cyfrowych. Dla realizacji tych działań niezbędne jest uwzględnienie znaczenia sektora MŚP, co jest widoczne w podejściu unijnych instytucji „MŚP dla MŚP”. Podkreślając znaczenie zaawansowanych technologicznie MŚP, które mogą pomóc dużym przedsiębiorcom w dostosowaniu modeli biznesowych i wprowadzeniu nowych form pracy odpowiednich dla epoki cyfrowej,

strategiczna dobrze prosperującej, nowoczesnej, konkurencyjnej i neutralnej dla klimatu gospodarki, Bruksela, 28.11.2018, COM (2018) 773.

²² Zmieniony wniosek Komisji Europejskiej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia ram na potrzeby osiągnięcia neutralności klimatycznej i zmieniające rozporządzenie (UE) 2018/1999 (Europejskie prawo o klimacie); Bruksela, 17.9.2020, COM(2020) 563 final, 2020/0036 (COD).

²³ Komisja Europejska zapowiedziała prace nad zwiększeniem efektywności stosowania wytycznych dotyczących lepszego stanowienia prawa w obszarze zrównoważonego rozwoju i innowacji, zapewniając, aby wszystkie inicjatywy w ramach Europejskiego Zielonego Ładu osiągnęły swoje cele w sposób jak najbardziej skuteczny i jak najmniej uciążliwy oraz były realizowane zgodnie ze złożonym zielonym przyrzeczeniem, aby „nie szkodzić”.

²⁴ W szczególności w zakresie usuwania barier, z którymi zmagają się przedsiębiorstwa podczas sprzedaży towarów lub – w jeszcze większym stopniu – świadczenia usług transgranicznych, m.in.: większa harmonizacja podatkowa, w szczególności wprowadzenie wspólnej skonsolidowanej podstawy opodatkowania osób prawnych.

Unia Europejska wspiera przedsiębiorstwa typu start-up w budowaniu gospodarki platform. Wyrazem tego jest przyjęta w marcu 2020 roku Strategia MŚP na rzecz zrównoważonej i cyfrowej Europy²⁵, będąca jednym z kluczowych elementów polityki na rzecz rozwoju społeczno-gospodarczego Unii Europejskiej.

Przestrzeń wyznaczoną założeniami polityki gospodarczej Unii Europejskiej powinny jednak wypełnić, oprócz celów polityki unijnej na rzecz rozwoju MŚP, działania znajdujące odzwierciedlenie w przyjmowanych aktach normatywnych. Dlatego istotne jest ustalenie, za pomocą jakich prawnych środków polityki rozwoju społeczno-gospodarczego zarówno instytucje unijne, jak i krajowe osiągają przyjęte cele. Istotna jest także efektywność podejmowanych działań²⁶.

2. „Najpierw myśl na małą skalę” – znaczenie sektora MŚP dla zrównoważonej i cyfrowej Europy

Aktywność gospodarcza małych i średnich przedsiębiorstw ze względu na jej dominujący charakter w Unii Europejskiej ma kluczowe znaczenie dla rozwoju gospodarki. Rozwój przedsiębiorczości z wykorzystaniem potencjału MŚP wpisuje się w unijną politykę, której celem jest zapewnienie długotrwałego i stabilnego wzrostu opartego na wiedzy²⁷. W Komunikacie Komisji Europejskiej „Najpierw myśl na małą skalę” – Program „Small Business Act” dla Europy²⁸ zaproponowano partnerstwo pomiędzy UE a państwami członkowskimi, które opiera się na uznaniu wiodącej roli MŚP w gospodarce Unii. Ma to skutkować długotrwałym procesem wprowadzenia kompleksowych ram polityki dla UE i jej państw członkowskich. Celem podejmowanych od 2008 roku działań jest upraszczanie, modernizacja i zróżnicowanie instrumentów służących wspieraniu MŚP. Wśród priorytetów wskazano konieczność opracowania i przyjęcia przepisów zarówno z zakresu prawa publicznego, jak i prywatnego, obejmujących cztery kluczowe obszary: prawo pomocy publicznej, prawo zamówień publicznych, zachęty dla przedsiębiorców (w tym zmniejszenie

²⁵ Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – An SME Strategy for a sustainable and digital Europe, Brussels, 10.3.2020, COM(2020) 103 final.

²⁶ D. Radicic, G. Pugh, H. Hollanders, R. Winties, J. Fairburn, *The impact of innovation support programs on small and medium enterprises innovation in traditional manufacturing industries: An evaluation for seven European Union regions*, „Environment and Planning C: Government and Policy” 2015, nr 34(8).

²⁷ Communication from the Commission – EUROPE 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 2010, COM (2010) 2020 final. There are three underlying priorities of the strategy, expressed in the attributes of the prospective development: smart, sustainable and socially inclusive; all these elements are interrelated and reflect the envisioned social market economy in Europe of the 21st century. The goals declared there are relevant and representative for all member states; if accomplished, they are expected to enhance economic, social, and territorial cohesion and solidarity.

²⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: „Najpierw myśl na małą skalę” – Program „Small Business Act” dla Europy, KOM(2008) 394 wersja ostateczna, Bruksela, 25.6.2008.

stawki VAT) oraz przepisy konstytuujące europejską spółkę prywatną działającą na podstawie jednolitych zasad w państwach członkowskich UE. Wśród postulatów zmian regulacji normatywnych odnoszących się do przedsiębiorczości – jako szczególnie istotnego, oprócz promocji przedsiębiorczości czy ułatwienia dostępu do kapitału – podkreślano konieczność zmniejszenia obciążeń regulacyjnych, w tym procedur rejestracyjnych, oraz znoszenia zakazów i nakazów między innymi w zakresie uzyskania zgód na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej.

Zgodnie z podejściem zapoczątkowanym przez Komisję Europejską w 2008 roku jednym z kluczowych założeń realizowanych w ostatnich latach jest stworzenie warunków dla MŚP ułatwiających dostosowanie do wyzwań związanych z ochroną środowiska oraz funkcjonowaniem jednolitego rynku cyfrowego poprzez poprawę dostępu do finansowania. Ma to być kluczowym wsparciem MŚP w związku z wyzwaniami globalizacji i zmian klimatu²⁹. W Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Plan działania na rzecz przedsiębiorczości do 2020 r. – Pobudzanie ducha przedsiębiorczości w Europie³⁰ z 2013 roku, który nawiązuje do strategii na rzecz rozwoju UE – Strategii Europa 2020 – oraz komunikatu w sprawie polityki przemysłowej, wskazuje się na konieczność zmiany zarządzania gospodarczego na rzecz zrównoważonego rozwoju w ramach powiązanych wzajemnie gospodarek europejskich. Przywrócenie wzrostu gospodarczego i podniesienie poziomu zatrudnienia w Europie zdaniem Komisji Europejskiej jest możliwe dzięki zwiększeniu liczby przedsiębiorców³¹. Do tak określonej diagnozy i perspektyw rozwoju zaproponowano działania, które powinny zostać podjęte zarówno na poziomie unijnym, jak i na poziomie państw członkowskich w celu wsparcia przedsiębiorczości w Europie. Jednym z filarów, w ramach zdefiniowanych celów polityki unijnej, jest tworzenie otoczenia biznesowego wymagającego odpowiednich instrumentów prawnych. To za ich pomocą instytucje unijne i państwa członkowskie (organy administracji publicznej) ingerują w procesy gospodarcze dla osiągnięcia wyznaczonych celów społeczno-gospodarczych³² w tych obszarach, które mają kluczowy charakter ze

²⁹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Przegląd programu „Small Business Act” dla Europy, KOM(2011) 78 wersja ostateczna, Bruksela, 23.02.2011; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Sprawność regulacyjna UE, COM(2012) 746 final, Bruksela, 12.12.2012; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Inteligentne regulacje – odpowiedź na potrzeby małych i średnich przedsiębiorstw (COM(2013) 122 final, Bruksela, 7.03.2013).

³⁰ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Plan działania na rzecz przedsiębiorczości do 2020 r. – Pobudzanie ducha przedsiębiorczości w Europie, COM(2012) 795 final, Bruksela, 9.01.2013.

³¹ Zob. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: W kierunku odnowy gospodarczej sprzyjającej zatrudnieniu, COM(2012) 173 final, Bruksela, 18.4.2012.

³² K. Strzyckowski określa tę funkcję jako kierownictwo gospodarcze; K. Strzyckowski, *Prawo gospodarcze* ..., s. 175 i nast.

względu na przyjęte rezultaty. W przypadku MŚP obszarem, w którym konieczne jest podjęcie działań w celu zlikwidowania istniejących przeszkód utrudniających tworzenie i wzrost tych przedsiębiorstw, jest otwieranie nowych możliwości biznesowych w epoce cyfrowej poprzez lepsze wykorzystanie technologii informacyjno-komunikacyjnych (ICT), stanowiących kluczowe źródło wzrostu gospodarki krajowej³³. Inicjatywy unijne dotyczące „inteligentnego wykorzystania technologii informacyjnych i włączania MŚP do globalnych łańcuchów wartości w przemyśle” oraz umiejętności cyfrowych będą promować upowszechnianie technologii cyfrowych i łączenie MŚP ze światem cyfrowym.

Powyższe podejście odzwierciedlają także krótko- i długoterminowe cele unijnej polityki gospodarczej przyjętej w reakcji na kryzys spowodowany epidemią COVID-19³⁴. Bezpośrednim skutkiem zastosowania zaproponowanych środków prawnych ma być odbudowa gospodarki, a także zwiększenie finansowania w długoterminowym budżecie UE na lata 2021–2027³⁵ z przeznaczeniem na określone cele³⁶. Zasoby będą przekazywane państwom członkowskim za pośrednictwem budżetu UE na wspieranie priorytetowych działań w zakresie inwestycji i reform w celu wzmocnienia programów finansowych mających kluczowe znaczenie dla odbudowy gospodarczej. Stanowi to uzupełnienie działań prowadzonych przez państwa członkowskie. Pakiet dopuszcza bardzo zróżnicowane środki interwencji w sferze gospodarczej, których rodzaj jest uzależniony od zakresu oraz charakteru działań. Środki oferowane w ramach instrumentów NextGenerationEU są kierowane na rzecz wsparcia państw członkowskich w wysiłkach na rzecz odbudowy, naprawy i wyjścia z kryzysu, mających na celu pobudzenie prywatnych inwestycji i wsparcie przedsiębiorstw znajdujących się w trudnej sytuacji oraz wzmocnienie najważniejszych programów UE w celu wyciągnięcia wniosków z kryzysu oraz wzmocnienia jednolitego rynku i jego odporności. Zasoby oferowane w ramach budżetu polityki spójności (Inicjatywa REACT-EU) wykorzystuje się na zapewnianie wsparcia w postaci kapitału obrotowego lub wsparcia na inwestycje dla MŚP, na inwestycje w sektorach o dużym potencjale tworzenia miejsc pracy, na wspieranie

³³ Y. Wang, *What are the biggest obstacles to growth of SMEs in developing countries? – An empirical evidence from an enterprise survey*, „Borsa Istanbul Review 2016, vol. 16, iss. 3, s. 167–176.

³⁴ Zgodnie z treścią przepisu art. 122 TFUE dopuszczalne jest wprowadzanie na czas określony instrumentów nadzwyczajnych i ich wykorzystywanie wyłącznie na potrzeby reagowania kryzysowego i środków służących odbudowie gospodarki.

³⁵ Zob. I. Musiałkowska, P. Idczak, *How COVID-19 impacted the European integration processes? The case of EU Cohesion Policy and budget*, w: *Towards the „new normal” after COVID-19 – a post-transition economy perspective*, red. E. Mińska-Struzik, B. Jankowska, Poznań 2021, s. 30–43.

³⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Decydujący moment dla Europy: naprawa i przygotowanie na następną generację, COM(2020) 456 final, Bruksela, 27.5.2020; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Budżet UE napędza plan odbudowy Europy, COM(2020) 442 final, Bruksela, 27.5.2020; Rozporządzenie Rady (UE) 2020/2094 z dnia 14 grudnia 2020 r. ustanawiające Instrument Unii Europejskiej na rzecz Odbudowy w celu wsparcia odbudowy w następstwie kryzysu związanego z COVID-19 (Dz. Urz. UE L 4331 z 22.12.2020).

inwestycji przyczyniających się do transformacji ku ekologicznej i cyfrowej gospodarce. Środki programu InvestEU³⁷ będą kierowane na wspieranie celów polityki Unii poprzez operacje z zakresu finansowania i inwestycji, które przyczyniają się m.in. do konkurencyjności Unii, w tym do badań naukowych, innowacji i cyfryzacji, zrównoważonego charakteru gospodarki Unii oraz jej wymiaru środowiskowego i klimatycznego, przyczyniających się do osiągnięcia celów zrównoważonego rozwoju i celów porozumienia klimatycznego z Paryża oraz do tworzenia wysokiej jakości miejsc pracy, promowania postępu naukowego i technologicznego. Wskazuje się na konieczność zwiększania dostępu do finansowania dla MŚP, a także podnoszenia globalnej konkurencyjności takich przedsiębiorstw.

Odpowiedzią na tak zdefiniowane kierunki rozwoju oraz wyznaczone cele społeczno-gospodarcze wspólne dla Unii Europejskiej są krajowe plany odbudowy³⁸. Kompleksowe programy reform i projektów strategicznych, służące wzmocnieniu odporności gospodarczej i społecznej oraz budowaniu potencjału gospodarek krajowych, powinny obejmować inwestycje w obszarach rozwoju kluczowych dla UE, którymi są infrastruktura, transport, energia i środowisko, innowacje, cyfryzacja, zdrowie, społeczeństwo oraz spójność terytorialna. Ich wdrożenie wymaga kompleksowego przeglądu regulacji normatywnych i odpowiedniego dostosowania do zmieniających się uwarunkowań społeczno-gospodarczych. Istotne jest jednak, że przyjmowane rozwiązania powinny zapewniać stabilność sytuacji prawnej uczestników gospodarki. Nie powinny służyć jedynie realizacji bieżącej polityki związanej z rozwiązywaniem doraźnych problemów w ramach programu wychodzenia z kryzysu i ratującego równowagę społeczno-gospodarczą, ale stanowić istotny element całościowego, długoterminowego programu obejmującego rozwój prowadzony w skali unijnej i krajowej (w tym regionalnej i lokalnej).

3. Prawne instrumenty wspierania rozwoju sektora MŚP w Polsce

Postulowane zmiany w podejściu do przedsiębiorczości, w tym w zakresie poprawy sytuacji prawnej przedsiębiorców z sektora MŚP, wynikające z aktów planowania gospodarczego, są ukierunkowane na wspieranie ich rozwoju. Wspieranie przed-

³⁷ Wniosek. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające Program InvestEU, COM/2020/403 final, Bruksela, 29.5.2020.

³⁸ Krajowe plany odbudowy są przyjmowane w wykonaniu obowiązku wynikającego z Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2021/241 z dnia 12 lutego 2021 r. ustanawiającego Instrument na rzecz Odbudowy i Zwiększania Odporności (Dz. Urz. UE L 57 z 18.2.2021). W Polsce podstawę normatywną przygotowania i uchwalenia planu stanowi ustawa z dnia 6 grudnia 2006 r. o zasadach prowadzenia polityki rozwoju (tj. Dz. U. 2021, poz. 1057), w szczególności przepis art. 14 la i 14 lb tejże ustawy. Zgodnie z art. 7aa ustawy o zppr plan rozwojowy to dokument określający reformy i inwestycje z udziałem środków Unii Europejskiej mające na celu łagodzenie społecznych i gospodarczych skutków kryzysu oraz wzmocnienie zrównoważonego rozwoju kraju.

siębiorczości (w ramach wspierania rozwoju gospodarki) jest uznawane za najszerzej stosowany sposób kierowania procesami gospodarczymi³⁹ i służy osiągnięciu celów rozwojowych, w szczególności przy braku skuteczności środków interwencji o charakterze ogólnosystemowym⁴⁰.

Państwo stosuje zróżnicowane sposoby i środki wspierania rozwoju gospodarczego. Są to zarówno świadczenia typu subwencje, dotacje, kredyty, a także zadysponowanie środkami rzeczowymi bądź kapitałem na rzecz przedsiębiorców, jak i rezygnacja przez państwo ze świadczeń od przedsiębiorców, np. ulgi podatkowe. Środki oddziaływania w postaci świadczeń, choć dominujące, to nie wyczerpują katalogu instrumentów wsparcia gospodarczego. Zadania w obszarze wspierania gospodarki należy postrzegać zdecydowanie szerzej, jako modelowanie warunków do rozwoju poprzez ukierunkowane kształtowanie stosunków społeczno-gospodarczych⁴¹. Ich realizacja przez zobowiązane do tego podmioty (nie tylko organy administracji publicznej) polega na stosowaniu zróżnicowanych prawnych instrumentów wsparcia wynikających z wielu aktów prawnych kwalifikowanych do systemu regulacji publicznoprawnych.

Analiza regulacji normatywnych stanowiących źródło realizacji funkcji wspierania rozwoju gospodarki (w tym przedsiębiorczości) skłania do przyjęcia stanowiska, że jako podstawową w tym obszarze należy wskazać Ustawę z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców⁴². Jest to ustawa uchwalona w ramach pakietu ustaw dotyczących szeroko ujmowanej „przedsiębiorczości”, a określanego w strategicznych dokumentach rządowych z zakresu rozwoju jako „konstytucja dla biznesu”⁴³. Ustawodawca, wskazując na wartości o charakterze ekonomicznym, podkreśla konieczność podejmowania działań ukierunkowanych na rozwój działalności go-

³⁹ Zob. M. Szydło, *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005, s. 33.

⁴⁰ K. Loader, *Supporting SMEs through Government Purchasing Activity*, „The International Journal of Entrepreneurship and Innovation” 2005, vol. 6, iss. 1, s. 17–26.

⁴¹ Zob. K. Kokocińska, *Wspieranie rozwoju działalności gospodarczej w ujęciu zasad i wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 4.

⁴² T.j.: Dz. U. 2021 poz. 162; Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Centralnej Ewidencji i Informacji o Działalności Gospodarczej i Punkcie Informacji dla Przedsiębiorcy, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 2296, 2320; Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców, Dz. U. 2018 poz. 648; Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium RP, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 1252, 2255.

⁴³ Aktualne cele, których osiągnięcie jest konieczne z punktu widzenia założeń rozwoju kraju, zostały określone w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do roku 2030). Strategia ta zakłada między innymi, że zmiany ustawodawcze stanowić mają jeden z podstawowych elementów przebudowy i reformy instytucjonalnej otoczenia przedsiębiorców. Akcentowana w strategii potrzeba zwiększenia odpowiedzialności instytucji państwa za kształtowanie procesów gospodarczych, społecznych i terytorialnych przy zachowaniu konstytucyjnego modelu społecznej gospodarki rynkowej ma uzasadniać aktywność państwa w kreowaniu warunków dla rozwoju (w podejmowaniu działań służących wspieraniu wzrostu gospodarczego); Uchwała numer 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii SOR do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), dalej także SOR.

spodarczej⁴⁴, w tym poprzez zapewnienie rozwoju działalności w warunkach wolnej konkurencji, kierując się konstytucyjną zasadą wolności gospodarczej. Ustawa Prawo przedsiębiorców nie zawiera wprost wyrażonego zobowiązania organów administracji publicznej do prowadzenia działań na rzecz wspierania przedsiębiorczości⁴⁵. Jednak wobec tak wyznaczonego celu regulacji, którym jest „rozwój działalności gospodarczej”, należy przyjąć, że wszelkie działania organów administracji publicznej objęte regulacją ustawy Prawo przedsiębiorców powinny być wykonywane z uwzględnieniem zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej. Odnosi się to do jej bardzo zróżnicowanej co do zakresu i form aktywności w procedurze ewidencjonowania działalności gospodarczej, realizacji kompetencji związanych z reglamentacją działalności gospodarczej, koncesjonowaniem czy aktywnością Rzecznika MŚP⁴⁶. Tym samym ustawodawca wskazał kierunek wykładni przepisów ustawowych z zakresu przedsiębiorczości⁴⁷. Przepis prawny tak skonstruowany stanowi normę interpretacyjną dla organów władzy publicznej kształtujących stosunki gospodarcze.

Wyrazem tej koncepcji określania sposobu działania organów administracji publicznej na rzecz rozwoju działalności gospodarczej poprzez osadzanie jej

⁴⁴ Preambuła Prawa przedsiębiorców w brzmieniu: „Kierując się konstytucyjną zasadą wolności działalności gospodarczej, a także innymi zasadami konstytucyjnymi mającymi znaczenie dla przedsiębiorców i wykonywanej przez nich działalności gospodarczej, w tym zasadami praworządności, pewności prawa, niedyskryminacji oraz zrównoważonego rozwoju, uznając, że ochrona i wspieranie wolności działalności gospodarczej przyczyniają się do rozwoju gospodarki oraz do wzrostu dobrobytu społecznego, dążąc do zagwarantowania praw przedsiębiorców oraz uwzględniając potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej w warunkach wolnej konkurencji, uchwala się, co następuje: [...]”. Ustawa z dnia 6 marca 2018 roku – Prawo przedsiębiorców, dalej PP.

⁴⁵ W dotychczasowych regulacjach z zakresu przedsiębiorczości zadaniom organów administracji publicznej poświęcono odrębne przepisy. Na przykład w ustawie Prawo działalności gospodarczej (dalej Pdg) zagadnieniem tym poświęcony był oddzielny rozdział 8 „Zadania organów administracji rządowej i jednostek samorządu terytorialnego w zakresie działalności gospodarczej” obejmujący zadania określone jako wspieranie działalności gospodarczej oraz zadania szczegółowe, kierowane wyłącznie do organów jednostek samorządu terytorialnego. Z kolei w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej (dalej sdg) ustawodawca zrezygnował z wyodrębnienia zadań w osobnym rozdziale, określając je przedmiotowo w art. 1 jako zadania w zakresie podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej, a umiejscowił je w poszczególnych rozdziałach ustawy. Szczególne znaczenie z punktu widzenia poruszanej problematyki miał przepis art. 8 ustawy sdg, który wprost odnosił się do zadania ustawowo określonego jako wspieranie przedsiębiorczości. Zob. na ten temat w szczególności: T. Rabska, *Zadania administracji publicznej w działalności gospodarczej (problem zakresu obowiązywania prawa działalności gospodarczej)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 138; a także K. Kokocińska, *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości – ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 4, s. 37; B. Popowska, *Wspieranie małych i średnich przedsiębiorców – charakterystyka przepisów Prawa działalności gospodarczej i ich realizacja*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 125 i nast.

⁴⁶ Na ten temat: P. Lissoń, *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców: ombudsman czy organ administracji rządowej?*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 4.

⁴⁷ Na ten temat zob. m.in.: A. Żywicka, L. Bielecki, *Załatwianie spraw przedsiębiorców przez administrację publiczną*, Warszawa 2020.

obowiązków w konstytucyjnie określonym systemie wartości jest wprowadzenie ustawowego katalogu zasad postępowania organów administracji publicznej w relacjach z przedsiębiorcami⁴⁸. Zasady te mają wymiar uniwersalny i odnoszą się do wszelkich stosunków związanych z podejmowaniem, wykonywaniem i zakończeniem działalności gospodarczej⁴⁹, a zaliczyć do nich należy: zasadę wolności działalności gospodarczej (art. 2 PP), zasadę: co nie jest prawem zabronione, jest dozwolone (art. 8 PP), zasadę wynikającą z art. 9 tejże ustawy wprowadzającą obowiązek wykonywania działalności gospodarczej zgodnie z zasadami uczciwej konkurencji i poszanowania dobrych obyczajów oraz słusznym interesom innych przedsiębiorców i konsumentów, zasadę domniemania uczciwości przedsiębiorcy (art. 10 ust. 1 PP), zasadę rozstrzygania wątpliwości faktycznych na korzyść przedsiębiorcy (art. 10 ust. 2 PP), zasadę przyjaznej interpretacji przepisów (art. 11 PP), zasadę pogłębiania zaufania, proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania (art. 12 PP), zasadę odpowiedzialności urzędników za naruszenie prawa (art. 13 PP), zasadę pewności prawa (art. 14 PP) oraz zasadę udzielania informacji (art. 15 PP). Według M. Zdyba zasady te wskazują fundamenty ładu publicznego i ładu gospodarczego opierającego się na aksjologicznych podstawach, których źródłem jest Konstytucja RP⁵⁰, a więc powinny być uwzględniane w procesie stanowienia i stosowania prawa.

Zgodnie z art. 16 ustawy Prawo przedsiębiorców na straży ich praw, zatem również na straży przestrzegania wskazanych powyżej zasad, stoi Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców. Realizowane przez niego zadania określone przepisami Ustawy z dnia 6 marca 2018 roku o Rzeczniku Małych i Średnich Przedsiębiorców należy odnieść także do wartości ujętych w preambule ustawy Prawo przedsiębiorców, w której podkreśla się konieczność zagwarantowania praw przedsiębiorców, uwzględniając potrzebę zapewnienia ciągłego rozwoju działalności gospodarczej w warunkach wolnej konkurencji⁵¹. Ustawodawca powierzył Rzecznikowi MŚP szczególny typ zadań związanych ze „stanem na straży praw”⁵², co należy odczy-

⁴⁸ Szerzej: K. Kokocińska, *Wspieranie rozwoju...*, B. Popowska, *Zasady postępowania w sprawach z zakresu działalności gospodarczej unormowane w ustawie Prawo przedsiębiorców*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 4.

⁴⁹ Według A. Powalowskiego zasady te nawiązują do konstytucyjnej zasady społecznej gospodarki rynkowej, do której to ustrojowej zasady ustawa Prawo przedsiębiorców (mimo jej znaczenia) nie odwołuje się wprost. A. Powalowski, *Nowe prawo przedsiębiorców i ich działalności gospodarczej na tle zasady społecznej gospodarki rynkowej*, w: *Sektory infrastrukturalne*, red. M. Królikowska-Olczak, Warszawa 2018, s. 129.

⁵⁰ M. Zdyb, *Podstawowe zasady (standardy) ładu gospodarczego w świetle ustawy z 6.3.2018 r. Prawo przedsiębiorców*, w: *Ustawa z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców – analiza i ocena najważniejszych przepisów*, red. M. Sieradzka, dodatek MoP 13/2018, s. 12.

⁵¹ Szerzej: K. Kokocińska, *Wspieranie rozwoju...*, s. 48.

⁵² P. Lissoń dokonuje następującej klasyfikacji zadań Rzecznika MŚP: „1) podejmowanie interwencji w indywidualnych sprawach mikro, małych i średnich przedsiębiorców; 2) podejmowanie działań na rzecz jednolitej wykładni przepisów prawnych dotyczących działalności gospodarczej; 3) podejmowanie działań na rzecz poprawy stanu prawa gospodarczego; 4) podejmowanie działań na rzecz poprawy praktyki

tywać jako podejmowanie działań służących ochronie praw przedsiębiorców w relacjach z organami władzy publicznej, a także kształtowaniu i poprawie warunków podejmowania i prowadzenia działalności gospodarczej⁵³. Wprowadzenie do polskiego systemu instytucji Rzecznika MŚP stanowi element przebudowy i reformy instytucjonalnej otoczenia przedsiębiorców jako wynik realizacji Strategii na rzecz odpowiedzialnego rozwoju wskazującej na potrzebę zwiększenia odpowiedzialności instytucji państwa za kształtowanie procesów gospodarczych, społecznych i terytorialnych, przy zachowaniu konstytucyjnego modelu społecznej gospodarki rynkowej⁵⁴.

Wśród środków wspierania rozwoju przedsiębiorczości należy wskazać wynikający z przepisu art. 66 ustawy Prawo przedsiębiorców postulat „poprawnej legislacji”. Ustawodawca zdecydował się na wprowadzenie do systemu powszechnie obowiązujących norm prawnych zasad dotyczących tworzenia prawa związanego z podejmowaniem, wykonywaniem i zakończeniem działalności gospodarczej, w tym na przygotowywanie ocen skutków regulacji. Przepis ten realizuje także postulat ustawodawcy racjonalnego, działającego w przekonaniu o konieczności wprowadzenia określonych środków prawnych. Ma temu służyć obowiązek sporządzania ocen skutków regulacji do projektów aktów prawnych oraz ocen funkcjonowania przepisów prawa, ze szczególnym uwzględnieniem otoczenia prawnego determinującego warunki podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej w sektorze mikro-, małych i średnich przedsiębiorców. Zapewnić one powinny możliwie pełną i wiarygodną informację na temat celowości interwencji państwa oraz korzyści i kosztów związanych z podjęciem konkretnych działań, z uwzględnieniem w procesie stanowienia prawa specyfiki regulacji w obszarze podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej w sektorze MŚP.

Wspieranie rozwoju działalności gospodarczej nie jest zadaniem nowym. Działania na rzecz rozwoju przedsiębiorczości od okresu transformacji gospodarczej były przedmiotem zainteresowania ustawodawcy krajowego. Poza ogólnymi przepisami dotyczącymi zadań państwa na rzecz przedsiębiorczości (ustawa Pdg i ustawy sdg) obowiązywały (i obowiązują) regulacje szczegółowe. Wśród nich można wskazać ustawę z dnia 20 października 1994 roku o specjalnych strefach ekonomicznych⁵⁵, której celem było pobudzenie rozwoju społeczno-gospodarczego kraju poprzez stworzenie zachęt podatkowych dla inwestorów (głównie zagranicznych), czy ustawę z dnia 10 maja 2018 roku o wspieraniu nowych inwestycji⁵⁶ będącą kontynuacją

funkcjonowania organów, organizacji oraz instytucji publicznych w sprawach mikro, małych i średnich przedsiębiorstw oraz 5) propagowanie wiedzy na temat prawa gospodarczego oraz przedsiębiorczości”, P. Lissoń, *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców...*, s. 58.

⁵³ *Konstytucja biznesu. Komentarz*, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019, s. 486.

⁵⁴ Uchwała numer 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r.

⁵⁵ T.j.: Dz. U. 2017 poz. 1010 ze zm.

⁵⁶ Dz. U. 2018 poz. 115.

wspierania inwestycji poprzez stosowanie zachęt podatkowych dla przedsiębiorców dostępnych na terenie całego kraju, bez ograniczeń terytorialnych. Do tej grupy środków oddziaływania o charakterze wspierającym należy zaliczyć instrumenty prawne wynikające z ustawy z dnia 30 maja 2008 roku o niektórych formach wspierania działalności innowacyjnej⁵⁷. Ustawa ta, kształtując zasady wspierania działalności innowacyjnej, obejmuje regulacją procedury udzielania kredytu technologicznego przez banki kredytujące i premii technologicznej przez Bank Gospodarstwa Krajowego, nadawanie przedsiębiorcy statusu centrum badawczo-rozwojowego oraz pomoc udzielaną w ramach programów w obszarze innowacyjności gospodarki, ustanawianych przez ministra właściwego do spraw gospodarki.

Oprócz wprowadzenia do polskiego porządku prawnego regulacji prawnych określających szczegółowe instrumenty prawne wsparcia rozwoju przedsiębiorczości ustawodawca zdecydował się na przeprowadzenie reformy struktur organizacyjnych odpowiedzialnych za realizację zadań w tym obszarze. Założeniem przyjętych regulacji normatywnych była podkreślana konieczność „uregulowania zasad i wzmocnienie współpracy między głównymi instytucjami państwa realizującymi działania na rzecz rozwoju gospodarczego i społecznego, stosując instrumenty ekonomiczne, oraz przez inną obecność na rynku krajowym i rynkach zagranicznych. Realizacji powyższego celu będzie służyło przyjęcie mechanizmów zapewniających koordynację i wzajemne uzupełnianie się podmiotów [...]”⁵⁸. Zaproponowane rozwiązania, określone przepisami ustawy z dnia 4 lipca 2019 roku o systemie instytucji rozwoju⁵⁹, realizują politykę państwa wyrażoną w SOR⁶⁰, w której to strategii zapowiedziane zostało utworzenie Polskiego Funduszu Rozwoju (PFR) oraz Grupy PFR. „System instytucji rozwoju” tworzą: Polski Fundusz Rozwoju, Bank Gospodarstwa Krajowego, Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości, Korporacja Ubezpieczeń Kredytów Eksportowych Spółka Akcyjna, Polska Agencja Inwestycji i Handlu Spółka Akcyjna, Agencja Rozwoju Przemysłu Spółka Akcyjna. Są to struktury organizacyjne powołane do realizacji celów polityki gospodarczej rządu i rządowych programów gospodarczych, określane wspólnie w SOR jako tzw. Grupa PFR, dysponujące środkami publicznymi przeznaczonymi na realizację wsparcia przedsiębiorców⁶¹. Szczególne miejsce wśród wskazanych podmiotów

⁵⁷ T.j.: Dz. U. 2018 poz. 141 ze zm.

⁵⁸ Z uzasadnienia do projektu ustawy, druk 3479, s. 1.

⁵⁹ Dz. U. 2019 poz. 1572.

⁶⁰ Na przykład w Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 roku) polski rząd wskazał wśród kierunków interwencji „Zwiększenie koordynacji wsparcia inwestycji rozwojowych”. Ma to nastąpić poprzez wprowadzenie zmian instytucjonalnych ukierunkowanych na lepszą koordynację działań podmiotów realizujących politykę gospodarczą w zakresie wsparcia inwestycji rozwojowych, która służyć ma również eliminacji dublowania się ich kompetencji, oraz zwiększenie ich efektywności poprzez łączenie poszczególnych funkcji. SOR, s. 126.

⁶¹ Szerzej: K. Kokocińska, *Państwo administracji*, w: *Niepomijalność administracji*, red. T. Kocowski, P. Lissowski, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2020, nr 4, s. 147–161.

zajmuje Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości (PARP)⁶², której celem jest realizacja programów rozwoju gospodarki wspierających działalność innowacyjną i badawczą małych i średnich przedsiębiorstw, rozwój regionalny, wzrost eksportu, rozwój zasobów ludzkich oraz wykorzystywanie nowych technologii w działalności gospodarczej. Zadania te PARP realizuje w szczególności przez świadczenie usług doradczych, organizowanie szkoleń i seminariów, organizowanie przedsięwzięć informacyjnych, promocyjnych, targowych i wystawienniczych w kraju, organizowanie, w porozumieniu z właściwymi instytucjami, przedsięwzięć informacyjnych i promocyjnych za granicą, opracowywanie, wydawanie i rozpowszechnianie publikacji, świadczenie usług eksperckich, w tym organom administracji rządowej i organom jednostek samorządu terytorialnego, prowadzenie rejestru podmiotów „usług rozwojowych”, a przede wszystkim poprzez udzielanie pomocy finansowej przeznaczonej dla MŚP⁶³.

Podsumowanie

Wyznaczanie celów rozwoju społeczno-gospodarczego stanowi zasadniczy przejaw aktywności instytucji unijnych i organów krajowych w kształtowaniu gospodarki⁶⁴. Stosując pośrednie i bezpośrednie środki oddziaływania, władza publiczna ukierunkowuje aktywność uczestników rynku na osiąganie przyjętych celów i priorytetów rozwoju, determinuje ich zachowania. Wpływa na decyzje uczestników życia gospodarczego odpowiednio ukształtowanymi instrumentami prawnymi, które mają ostatecznie służyć realizacji przyjętej polityki.

Wprowadzając środki o charakterze wspierającym, determinowane celami przyjętej polityki rozwoju, organy władzy publicznej powinny jednak zmierzać do utrzymywania równowagi pomiędzy mechanizmami konkurencji kształtującymi porządek gospodarczy a działaniami o charakterze interwencyjnym, które mogą go zniekształcić. Dopuszczalność i zakres ingerencji należy oceniać także przez pryzmat realizacji podstawowych praw i wolności gospodarczych. Respektowanie konstytucyjnych, gospodarczych praw podmiotowych (wynikających z unijnego i krajowego porządku prawnego), proporcjonalność stosowanych środków prawnych do przyjętego celu, przestrzeganie podstawowych zasad społecznej gospodarki rynkowej, powinny stanowić o kierunkach zmian przyjmowanego ustawodawstwa.

⁶² Ustawa z dnia 9 listopada 2000 r. o utworzeniu Polskiej Agencji Rozwoju Przedsiębiorczości, t.j.: Dz. U. 2020 poz. 299.

⁶³ Na ten temat szerzej: K. Kokocińska, A. Trela, *Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Status prawny, zakres i charakter prawny zadań*, w: *Prawo i administracja*, t. 4, red. R. Budzinowski, Piła 2005, s. 283–295; tychże: *Wspieranie przedsiębiorczości jako zadanie administracji publicznej*, w: *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, red. P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik, Poznań 2006, s. 71–80.

⁶⁴ Zob. K. Strzyczkowski na temat funkcji kierownictwa gospodarczego, *Prawo gospodarcze...*, s. 175.

Unia Europejska, akcentując konieczność poprawy środowiska naturalnego i wspieranie postępu naukowo-technicznego, podkreśla potencjał sektora MŚP. Zdiagnozowane bariery rozwoju drobnej przedsiębiorczości, w tym administracyjne i prawne, mogą być ograniczeniem w realizowaniu unijnych strategii na rzecz zielonej i innowacyjnej aktywności przedsiębiorców⁶⁵. Analiza unijnych i krajowych celów polityki na rzecz rozwoju przedsiębiorczości wskazuje, że przyjmowane regulacje prawne zmierzają do pobudzenia przedsiębiorczości, wzmocnienia pozycji przedsiębiorców, stymulując je jednocześnie do osiągnięcia celów publicznych. Wdrażane rozwiązania na poziomie krajowym (w tym o charakterze normatywnym) powinny być wynikiem spójnej, skoordynowanej polityki rozwoju społeczno-gospodarczego. Osiąganie jej celów wymaga jednak przyjmowania i stosowania rozwiązań ogólnosystemowych, uwzględniających wskazane powyżej uwarunkowania, z drugiej zaś strony stosowania instrumentów, które nie będą stanowiły zagrożenia dla prawidłowości funkcjonowania gospodarki rynkowej.

Analiza prawnych instrumentów na rzecz rozwoju MŚP skłania do refleksji nad sposobem wdrażania unijnej polityki na rzecz osiągnięcia celów zielonego ładu (w kontekście jednolitego rynku cyfrowego). Polski ustawodawca, podejmując kolejną próbę wdrożenia systemowych rozwiązań odnoszących się do podejmowania, prowadzenia i zakończenia działalności gospodarczej na terytorium RP, koncentruje się przede wszystkim na środkach prawnych służących rozwojowi działalności gospodarczej. Oprócz wprowadzenia zasad – postulatów wyznaczających relacje w stosunkach zachodzących pomiędzy organem administracji publicznej a przedsiębiorcami – istotne są zmiany dotyczące zmniejszenia obciążeń publicznoprawnych, wprowadzenia uproszczeń związanych z podejmowaniem działalności, a także w toku jej prowadzenia⁶⁶. Przyjęta polityka państwa na rzecz rozwoju przedsiębiorczości wywołuje także określone przeobrażenia zachodzące w strukturach administracji publicznej, które są nieodłącznym elementem przemian gospodarczych i społecznych. W przypadku aktywności na rzecz wspierania MŚP (także w kontekście osiągnięcia celów zielonego ładu) na uwagę zasługuje działalność instytucji rozwoju, których zadania publiczne wpisują się w politykę na rzecz wsparcia sektora MŚP.

Analiza przepisów prawa z zakresu przedsiębiorczości potwierdza, że nadal przedsiębiorcy napotykają liczne bariery, w szczególności w obszarze regulacji prawnych związanych z wdrażaniem nowoczesnych technologii oraz własności intelektualnej. Brak jest kompleksowych rozwiązań zachęcających MŚP do aktywnego uczestnictwa w takich obszarach jak badania naukowe i innowacje⁶⁷, gospodarka

⁶⁵ S. Novero, *Impact analysis of public policies supporting SMEs' technological innovation: An Italian case*, „International Journal of Technology, Policy and Management” 2011, nr 11(1), s. 34–56.

⁶⁶ Zob. np.: Rozdział 5. Ograniczenia kontroli przedsiębiorców ustawy Prawo przedsiębiorców.

⁶⁷ D.C. Moura, M.J. Madeira, F.A.P. Duarte, J. Carvalho, O. Kahilana, *Absorptive capacity and cooperation evidence in innovation from public policies for innovation*, „International Journal of Innovation Science” 2020, vol. 11, no. 1, s. 2–19.

niskoemisyjna oraz technologie informacyjne i komunikacyjne. Rolą władz publicznych jest podejmowanie działań, także poprzez wszechstronne przepisy prawa, które będą służyć budowaniu bardziej przyjaznego środowiska funkcjonowania MŚP.

Resumen extenso / Streszczenie

Establecimiento de las prioridades para el desarrollo socioeconómico como determinante objetiva de la actividad de las entidades del sector de las pymes (enfoque de derecho público)

El papel del derecho en el espacio económico está determinado por el sistema económico vigente, que constituye el resultado de las normas, principios y valores adoptados que determinan la intensidad admisible de la influencia del poder público en las relaciones socioeconómicas. El derecho es un instrumento para la realización de los objetivos sociales y económicos adoptados y determinados por los organismos de las autoridades públicas que realizan la política (política estatal) a favor del desarrollo. Sobre todo, sirve para crear las condiciones propicias para el funcionamiento de una economía de mercado competitiva y moderna.

El marco legal, que garantiza los derechos y libertades económicas básicas, se llena cada vez más de actividades que motivan a las personas a realizar determinados comportamientos, complementando y a menudo sustituyendo los mecanismos de libre competencia. Esta situación se justifica por la necesidad de alcanzar importantes objetivos públicos resultantes de la actual política pública, realizada a nivel de la UE o a nivel nacional. Los instrumentos legales de apoyo (motivadores) crean un conjunto de incentivos para la realización de actividades específicas por parte de los empresarios, conformes con la política de desarrollo socioeconómico del Estado. En consecuencia, el Estado (en un ámbito más amplio, la Unión Europea) estimula a los participantes en el mercado mediante diversos instrumentos legales para lograr los objetivos socioeconómicos adoptados. Sin embargo, estas acciones (lo que se refiere también a la política de las autoridades públicas) no deben dar lugar a la modificación de las relaciones socioeconómicas del sistema económico establecido, que está construido por las normas del tratado y las normas constitucionales. Estas acciones deben inscribirse en el contexto socioeconómico actual, que está determinado no solo por las libertades y los derechos económicos garantizados, sino también por los principios constitucionales del sistema socioeconómico, y en particular por el principio de “economía social de mercado” que define el sistema económico de la Unión Europea, así como el modelo económico nacional.

Las necesidades sociales y económicas, determinadas por los objetivos de la política socioeconómica de la UE y de los Estados miembros, se expresan en los actos políticos del poder ejecutivo – estrategias de desarrollo, planes y programas - adop-

tados periódicamente (en una perspectiva temporal concreta). Los actos adoptados de la política socioeconómica indican, entre otros, los objetivos y las prioridades de las acciones, así como el grado y las direcciones de la injerencia estatal en el ámbito del desarrollo y la cohesión, constituyendo no sólo una expresión de las direcciones de las reformas, sino también un punto de referencia para la actividad de los organismos de la administración pública responsables de la ejecución de la política de desarrollo. En la época de la europeización, los objetivos de la política nacional constituyen una expresión de las direcciones generales de las transformaciones socioeconómicas, resultantes de las ideas y conceptos actuales que conciernen a la economía y la vida social, realizados hoy en día a escala mundial. La planificación de las acciones de las autoridades públicas, que deben encontrar su referencia en las regulaciones normativas, asegura tanto la estabilidad de las relaciones socioeconómicas como la seguridad a los participantes de las operaciones económicas.

Los supuestos de la dimensión social y económica del mercado único de la Unión Europea, cuya esencia se basa en el crecimiento sostenible, en una economía social de mercado altamente competitiva, orientada al pleno empleo y al progreso social, y en un alto nivel de protección y mejora de la calidad del medio ambiente, encuentran su referente en una visión contemporánea de Europa. Europa inicia el proceso de transición que lleva hacia la neutralidad climática y el liderazgo digital. La *Nueva Estrategia Industrial para Europa* adoptada, que asume una transformación ecológica y digital, cuyo ámbito de implementación y la naturaleza de las acciones previstas constituye una ejecución consistente de la política de la UE definida en el Programa Estratégico del Consejo Europeo para los años 2019–2024. El *Pacto Verde Europeo* y la estrategia “Configurar el futuro digital de Europa” indican los objetivos y la dirección del cambio de la nueva política industrial, centrada en la solución de los problemas climáticos y medioambientales. Esta política se basa en un sólido fundamento de los valores de la economía social de mercado europea: competencia, mercados abiertos, un alto nivel de investigación y tecnología, y un mercado único fuerte que elimina las barreras y reduce la burocracia. Entre los elementos básicos de la transformación industrial de Europa, como el apoyo a la industria para pasar a la neutralidad climática, la construcción de una economía de circuito cerrado, se subraya la necesidad de crear seguridad para la industria, es decir, construir un mercado único profundo y más digital. Los objetivos básicos incluyen la preparación de un plan de acción concerniente a la ejecución de las disposiciones del mercado único de la propiedad intelectual, la revisión y la adaptación de las normas de competencia de la UE y la adaptación de regulaciones legales respecto a los servicios digitales para actualizar y reforzar el marco legal del mercado único de los servicios digitales. Con el fin de poner en práctica estas medidas, es necesario tener en consideración la importancia del sector de las pymes, que se refleja en el enfoque de las instituciones de la UE “pymes para pymes”. Destacando la importancia de las pymes de alta tecnología que pueden ayudar a los grandes

empresarios a adaptar sus modelos de negocio e introducir nuevas formas de trabajo adecuadas a la era digital, la Unión Europea apoya a las empresas tipo start-up en la construcción de la economía de plataformas. Esto se refleja en “Una Estrategia de las pymes en pro de una Europa sostenible y digital”, adoptada en marzo de 2020, que constituye uno de los elementos clave de la política de la Unión Europea a favor del desarrollo socioeconómico. Sin embargo, aparte de los objetivos de la política de la UE a favor del desarrollo de las pymes, el espacio determinado por los supuestos de la política económica de la Unión Europea, deben completar las acciones que se reflejan en los actos normativos. Por lo tanto, es importante determinar con qué medios legales de la política de desarrollo socioeconómico tanto las instituciones UE como las nacionales logran los objetivos aceptados. Asimismo, es importante la eficacia de las acciones emprendidas.

Conforme con la actitud iniciada por la Comisión Europea en 2008, uno de los objetivos clave realizados en los últimos años es crear las condiciones para que las pymes se adapten a los retos relacionados con la protección de medio ambiente y al funcionamiento del mercado único digital, mejorando el acceso a la financiación. Esto supone un apoyo crucial para que las pymes puedan hacer frente a los retos de la globalización y el cambio climático. En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Plan de Acción para el Emprendimiento hasta el año 2020 – Fomentar la mentalidad empresarial en Europa 2013. Uno de los pilares, dentro de los objetivos definidos de la política de la UE, es la creación de un entorno empresarial que requiere instrumentos legales adecuados. Gracias a ellos, tanto las instituciones de la UE como los Estados miembros (organismos de las administraciones públicas) ingieren en los procesos económicos para alcanzar los objetivos socioeconómicos definidos en los ámbitos clave en cuanto a los resultados adoptados. En el caso de las pymes, el ámbito en el que es imprescindible iniciar acciones con el fin de eliminar los obstáculos existentes para la creación y el crecimiento de estas empresas es la apertura de nuevas oportunidades de negocio en la era digital, mediante un mejor uso de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), que constituyen una fuente clave de crecimiento para la economía nacional.

El análisis realizado muestra que el Estado utiliza diversas formas y medios para apoyar el desarrollo económico. Se trata tanto de prestaciones como subvenciones, ayudas, préstamos y disposición de medios físicos o capital en beneficio de los empresarios, como de la renuncia por parte del Estado de las prestaciones de los empresarios, por ejemplo, las desgravaciones fiscales. Las medidas de influencia en forma de prestaciones, aunque dominantes, no agotan el catálogo de instrumentos de apoyo económico. Las tareas en el ámbito del apoyo económico deben percibirse de forma mucho más amplia, como la modelización de las condiciones para el desarrollo a través de la configuración específica de las relaciones socioeconómicas. Su ejecución por parte de las entidades obligadas a ello (no sólo los organismos

de la administración pública) consiste en la utilización de diversos instrumentos legales de apoyo resultantes de numerosos actos jurídicos calificados en el sistema de las normas de derecho público.

Introduciendo medidas de apoyo, determinadas por los objetivos de la política de desarrollo adoptada, los organismos de las autoridades públicas deben procurar mantener el equilibrio entre los mecanismos de competencia que configuran el orden económico y las actividades de carácter intervencionista que pueden distorsionarlo. La admisibilidad y el alcance de la injerencia deben evaluarse también desde la perspectiva de la realización de los derechos y libertades económicas fundamentales. El respeto de los derechos subjetivos constitucionales y económicos (resultantes del ordenamiento jurídico de la UE y nacional), la proporcionalidad de las medidas legales aplicadas con respecto al objetivo adoptado y el cumplimiento de los principios básicos de una economía social de mercado deben determinar las direcciones de los cambios en la legislación adoptada.

La Unión Europea, aceptando la necesidad para mejorar el medio ambiente y apoyar el progreso científico y técnico, destaca el potencial del sector de las pymes. Las barreras diagnosticadas para el desarrollo de la pequeña empresa, incluidas las administrativas y legales, pueden constituir una limitación en la ejecución de las estrategias de la UE a favor de la actividad verde e innovadora de los empresarios. El análisis de los objetivos de las políticas de la UE y los objetivos nacionales para el desarrollo de la empresa indica que las normativas legales adoptadas tienen como objetivo fomentar la mentalidad empresarial, reforzar la posición de los empresarios y estimularlos al mismo tiempo para alcanzar los objetivos públicos. Sin embargo, las soluciones implementadas a nivel nacional (incluso de carácter normativo) deben ser el resultado de una política coherente y coordinada de desarrollo socioeconómico. La consecución de sus objetivos requiere, por un lado, la adopción y aplicación de soluciones para todo el sistema que tengan en cuenta las condiciones indicadas en este trabajo y, por otro, la aplicación de instrumentos que no supongan una amenaza para el correcto funcionamiento de la economía de mercado.

El análisis de los instrumentos legales para el desarrollo de las pymes nos lleva a reflexionar sobre la forma de aplicar la política de la UE para lograr los objetivos del Pacto Verde (en el contexto del Mercado Único Digital). Ante todo, el legislador polaco se centra en las medidas legales que sirven para el desarrollo de la actividad empresarial, haciendo un nuevo intento de aplicar soluciones sistémicas relacionadas con la creación, la gestión y el cierre de la actividad económica en el territorio de la República de Polonia (un paquete de leyes denominado Constitución de la Empresa, incluida la Ley de Emprendedores). Aparte de la introducción de los principios – postulados que definen las relaciones entre los organismos de la administración pública y los empresarios – los cambios significativos se refieren a la reducción de las cargas públicas, la introducción de simplificaciones relacionadas con el inicio de la actividad económica, así como en curso de su

desarrollo. La política estatal adoptada a favor del desarrollo empresarial induce también transformaciones específicas en las estructuras de la administración pública, que son un elemento inherente a los cambios económicos y sociales. En el caso de las actividades destinadas a apoyar a las pymes (también en el contexto de la consecución de los objetivos del Pacto Verde), merece atención la actividad de las instituciones de fomento, cuyas tareas públicas están incluidas en la política de apoyo al sector de las pymes.

El análisis de la normativa legal en el ámbito de la iniciativa empresarial confirma que los empresarios siguen encontrando numerosos obstáculos, en particular en el ámbito de la normativa legal relacionada con la aplicación de las tecnologías modernas y la propiedad intelectual. Faltan soluciones complejas que animen a las pymes a participar activamente en ámbitos como la investigación científica y las innovaciones, la economía de bajas emisiones y las tecnologías de la información y la comunicación. El papel de las autoridades públicas es tomar medidas, también a través de una amplia normativa legal, que sirvan para construir un entorno más favorable para el funcionamiento de las pymes.

Bibliografia

- Adamczyk, A., *Definicja i istota społecznej gospodarki rynkowej*, w: *Spółeczna gospodarka rynkowa*, red. R.W. Włodarczyk, Warszawa 2010.
- Banasiński C., *Konstytucyjne podstawy porządku prawnego gospodarce*, w: *Konstytucja. Trybunał Konstytucyjny*, red. C. Banasiński, J. Oniszcuk, Warszawa 1998.
- Banasiński C., *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego*, w: *Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, wyd. 2, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, Warszawa 2011.
- Boć J., *Konstytucje Rzeczypospolitej oraz komentarz do Konstytucji RP z 1997 roku*, Wrocław 1998.
- Buzek J., Surdej A., *Odrodzenie ducha – budowa wolności. Perspektywa rozwoju gospodarki solidarnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2010, z. 4.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – A New Industrial Strategy for Europe, Brussels, 10.3.2020, COM(2020) 102 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – The European Green Deal, Brussels, 11.12.2019, COM(2019) 640 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – Shaping Europe's digital future, Brussels, 19.2.2020, COM(2020) 67 final.
- Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – An SME Strategy for a sustainable and digital Europe, Brussels, 10.3.2020, COM(2020) 103 final.
- Communication from the Commission Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions – EUROPE 2020. A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, Brussels 2010, COM (2010) 2020 final.

- Domańska A., *Konstytucyjne podstawy ustroju gospodarczego Polski*, Warszawa 2001.
- Horubski K., § 30. *Wspieranie gospodarki*, w: *System Prawa Administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Kiczka K., *Funkcje administracji gospodarczej jako przedmiot badań*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, Poznań 2006.
- Kiczka K., *Konstytucjonalizacja publicznego prawa gospodarczego*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii publicznego prawa gospodarczego (z uwzględnieniem samorządu terytorialnego)*, red. L. Kieres, Wrocław 2010.
- Kiczka K., *Uwagi o wolności działalności gospodarczej*, w: *Księga Jubileuszowa Profesora S. Jędrzejewskiego*, Toruń 2009.
- Kocowski T., *Reglamentacja formą interwencjonizmu państwowego w społecznej gospodarce rynkowej*, w: *Państwo i rynek. Obszary zawodności*, red. U. Kalina-Prasznic, Wrocław 2011.
- Kokocińska K., *Państwo administracji*, w: *Niepomijalność administracji*, red. T. Kocowski, P. Lissowski, „Acta Universitatis Wratislaviensis” 2020, nr 4, s.147–161.
- Kokocińska K., *Prawne aspekty wspierania rozwoju przedsiębiorczości – ustawa o swobodzie działalności gospodarczej oraz ustawy ustrojowo-kompetencyjne*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 4.
- Kokocińska K., *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014.
- Kokocińska K., *Społeczna gospodarka rynkowa – komplementarność, równowaga czy przewaga wartości? Uwagi na tle działań państwa w zakresie prowadzenia polityki rozwoju*, „Gdańskie Studia Prawnicze” 2017, nr 37.
- Kokocińska K., *Wspieranie rozwoju działalności gospodarczej w ujęciu zasad i wartości*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 4.
- Kokocińska K., Trela A., *Polska Agencja Rozwoju Przedsiębiorczości. Status prawny, zakres charakter prawny zadań*, w: *Prawo i administracja*, t. 4, red. R. Budzinowski, Piła 2005.
- Kokocińska K., Trela A., *Wspieranie przedsiębiorczości jako zadanie administracji publicznej*, w: *Prawo wobec wyzwań współczesności*, t. 3, red. P. Wiliński, O. Krajniak, B. Guzik, Poznań 2006.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Decydujący moment dla Europy: naprawa i przygotowanie na następną generację, COM(2020) 456 final, Bruksela, 27.5.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Budżet UE napędza plan odbudowy Europy, COM(2020) 442 final, Bruksela, 27.5.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów – Przegląd programu „Small Business Act” dla Europy KOM(2011) 78 wersja ostateczna, Bruksela, 23.02.2011.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Sprawność regulacyjna UE, COM(2012) 746 final, Bruksela, 12.12.2012.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Inteligentne regulacje – odpowiedź na potrzeby małych i średnich przedsiębiorstw, COM(2013) 122 final, Bruksela, 7.03.2013.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Plan działania na rzecz przedsiębiorczości do 2020 r. – Pobudzanie ducha przedsiębiorczości w Europie, COM(2012) 795 final, Bruksela, 9.01.2013.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: „Najpierw myśl na małą skalę” – Program „Small Business Act” dla Europy, KOM(2008) 394 wersja ostateczna, Bruksela, 25.6.2008.

- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Czysta planeta dla wszystkich – Europejska długoterminowa wizja strategiczna dobrze prosperującej, nowoczesnej, konkurencyjnej i neutralnej dla klimatu gospodarki, Bruksela, 28.11.2018, COM (2018) 773.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: W kierunku odnowy gospodarczej sprzyjającej zatrudnieniu, COM(2012) 173 final, Bruksela, 18.04.2012.
- Konstytucja biznesu. Komentarz, red. M. Wierzbowski, Warszawa 2019.
- Kosikowski C., *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2007.
- Kosikowski C., *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego*, w: *Podstawowe problemy stosowania Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej, Raport wstępny*, red. K. Działocha, Warszawa 2004
- Lissoń P., *Rzecznik Małych i Średnich Przedsiębiorców: ombudsman czy organ administracji rządowej?* „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2018, z. 4.
- Loader K., *Supporting SMEs through Government Purchasing Activity*, „The International Journal of Entrepreneurship and Innovation” 2005, vol. 6, iss. 1.
- Moura D.C., Madeira M.J., Duarte F.A. P., Carvalho J., Kahilana O., *Absorptive capacity and cooperation evidence in innovation from public policies for innovation*, „International Journal of Innovation Science” 2020, vol. 11, no. 1, s. 2–19.
- Musiłkowska I., Idczak P., *How COVID-19 impacted the European integration processes? The case of EU Cohesion Policy and budget*, w: *Towards the „new normal” after COVID-19 – a post-transition economy perspective*, red. E. Mińska-Struzik, B. Jankowska, Poznań 2021.
- Novero S., *Impact analysis of public policies supporting SMEs’ technological innovation: an Italian case*, „International Journal of Technology, Policy and Management” 2011, nr 11(1).
- Popowska B., *Wspieranie małych i średnich przedsiębiorców – charakterystyka przepisów Prawa działalności gospodarczej i ich realizacja*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2.
- Powałowski A., *Nowe prawo przedsiębiorców i ich działalności gospodarczej na tle zasady społecznej gospodarki rynkowej*, w: *Sektory infrastrukturalne*, red. M. Królikowska – Olczak, Warszawa 2018.
- Prawo gospodarcze. Zagadnienia administracyjnoprawne*, red. H. Gronkiewicz-Waltz, M. Wierzbowski, wyd. 2 zm., Warszawa 2011.
- Przesławska G., *Społeczna gospodarka rynkowa*, w: *Regulowana gospodarka rynkowa*, red. U. Kalina-Prasznic, Kraków 2003.
- Publiczne prawo gospodarcze. Zarys wykładu*, red. J. Grabowski, Bydgoszcz-Katowice 2008.
- Pysz P., *Społeczna gospodarka rynkowa. Ordoliberalna koncepcja polityki gospodarczej*, Warszawa 2008.
- Rabska T., *Gospodarka rynkowa i jej zasady*, w: *Konstytucja i gospodarka*, wybór i opracowanie P. Kaczanowski, Warszawa 1995.
- Rabska T., *Zadania administracji publicznej w działalności gospodarczej (problem zakresu obowiązywania prawa działalności gospodarczej)*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2.
- Radicić D., Pugh G., Hollanders H., Winties R., Fairburn J., *The impact of innovation support programs on small and medium enterprises innovation in traditional manufacturing industries: An evaluation for seven European Union regions*, „Environment and Planning C: Government and Policy” 2015, nr 34(8).
- Rozporządzenie Komisji (UE) nr 651/2014 z dnia 17 czerwca 2014 r. uznającego niektóre rodzaje pomocy za zgodne z rynkiem wewnętrznym w zastosowaniu art. 107 i 108 Traktatu, Dz. Urz. UE L 187/1.
- Sanetra W., *Prawo pracy po Traktacie z Lizbony*, „Europejski Przegląd Sądowy”, luty 2010.
- Sobczak K., *Gospodarka rynkowa a władza publiczna*, Warszawa 1997.
- Sobczak K., *Gospodarka w ujęciu konstytucyjnym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1997, nr 2.
- Strzyżkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 4, Warszawa 2008.

- Strzyczkowski K., *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 6, Warszawa 2011.
- Strzyczkowski K., *Konstytucyjna zasada społecznej gospodarki rynkowej jako podstawa tworzenia i stosowania prawa*, w: *Zasady ustroju społecznego i gospodarczego procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005.
- A. Szmyt, *O normowaniu podstaw ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej*, „Gdańskie Studia Prawnicze”, t. 5, 1999.
- Szydło M., *Regulacja sektorów infrastrukturalnych jako rodzaj funkcji państwa wobec gospodarki*, Warszawa 2005.
- Traktat o Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C 326/13.
- Uchwała numer 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)
- Wang Y., *What are the biggest obstacles to growth of SMEs in developing countries? – An empirical evidence from an enterprise survey*, „Borsa Istanbul Review” 2016, vol. 16, iss. 3, s. 167–176.
- Włudyka T., *Model społecznej gospodarki rynkowej a transformacja ustrojowa polskiej gospodarki. Analiza prawnogospodarcza*, Kraków 2002.
- Wniosek. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady ustanawiające Program InvestEU, COM/2020/403 final, Bruksela, 29.5.2020
- Zasady ustroju społecznego i gospodarczego procesie stosowania Konstytucji*, red. C. Kosikowski, Warszawa 2005.
- Zdyb M., *Podstawowe zasady (standardy) ładu gospodarczego w świetle ustawy z 6.3.2018 r. Prawo przedsiębiorców*, w: *Ustawa z 6.3.2018 r. – Prawo przedsiębiorców – analiza i ocena najważniejszych przepisów*, red. M. Sieradzka, dodatek MoP 13/2018.
- Zmieniony wniosek Komisji Europejskiej Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie ustanowienia ram na potrzeby osiągnięcia neutralności klimatycznej i zmiany rozporządzenia (UE) 2018/1999 (Europejskie prawo o klimacie), Brussels, 17.9.2020, COM(2020) 563 final, 2020/0036 (COD).
- Żurawik A., *Zasady ogólne publicznego prawa gospodarczego*, w: *System Prawa Administracyjnego*, t. 8A: *Publiczne prawo gospodarcze*, red. R. Hauser, Z. Niewiadomski, A. Wróbel, Warszawa 2013.
- Żywicka A., Bielecki L., *Załatwianie spraw przedsiębiorców przez administrację publiczną*, Warszawa 2020.

Eco-innovación, pymes e incentivos fiscales

Ekoinnowacje, MŚP i zachęty podatkowe

Elizabeth Gil García

Universidad de Alicante

Introducción

La pandemia ha puesto de manifiesto la necesidad de crear un entorno empresarial más justo y sostenible, teniendo en cuenta que las pequeñas empresas suelen encontrar mayores dificultades para iniciar su actividad y expandirse en un mercado único¹. Como es sabido, uno de los principios clave en los que se apoya la recuperación es la transición ecológica², lo que implica la adopción de medidas que promuevan una economía más circular que aumente la resiliencia de la UE mediante el desarrollo de “modelos empresariales innovadores por tecnologías digitales para mejorar el uso eficiente de los recursos y las materias primas secundarias”³. Estaría esto ligado a la idea de eco-innovación (considerada como ‘doble externalidad positiva’)⁴, la cual consiste en desarrollar y aplicar un modelo empresarial basado en la sostenibilidad de todas las actividades de la empresa a partir del análisis del ciclo de vida, y en cooperación con diversos socios en la cadena de generación de valor⁵.

La innovación y el progreso tecnológico son, por tanto, claves para determinar soluciones a medio y largo plazo para los retos económicos y ambientales. En este sentido, las subvenciones, los beneficios fiscales, las ayudas públicas en forma de préstamos participativos o los anticipos reembolsables, *inter alia*, constituyen relevantes instituciones de fomento a la innovación. En España, tradicionalmente, se han venido dedicando recursos directos para las actividades de I+D+i⁶ realizadas por el sector público-principalmente, universidades y Organismos Públicos de In-

¹ COM (2020) 575 final, *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021*, p. 4.

² Sobre el Plan de Recuperación de la Unión Europea, puede verse: https://ec.europa.eu/info/strategy/recovery-plan-europe_es [acceso 13 marzo 2021].

³ COM (2020) 575 final, p. 7.

⁴ Esta consideración suele basarse en el hecho de que la I+D+i puede proporcionar conocimiento y oportunidades de mejora ambiental y, al mismo tiempo, la necesidad de alcanzar los objetivos ambientales puede generar más I+D+i.

⁵ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración de la eco-innovación en las Políticas de consumo y producción sostenibles*, 2017, p. 16.

⁶ Por sus letras: Investigación, desarrollo e innovación.

vestigación (OPIs). Para la empresa, especialmente para las pequeñas y medianas empresas (pymes), si bien la subvención suele presentarse como una buena forma de iniciarse en actividades de I+D+i, suele (al mismo tiempo) presentarse como un mecanismo incierto y de un alto coste administrativo⁷. Como decíamos, el Estado puede estimular la innovación también a través de las normas tributarias, fomentando que otros sujetos lo hagan por la posibilidad de obtener beneficios fiscales. De esta forma, y si bien deviene esencial el mantenimiento e incremento de los recursos destinados al sector público, el fomento ha de extenderse también a la I+D+i realizada desde el sector empresarial.

Por otra parte, cabe destacar que el fomento del consumo y la inversión son clave para la recuperación de la crisis sanitaria originada por la COVID-19, por lo que la introducción de medidas fiscales de estímulo puede contribuir a ello⁸. En este sentido, la OCDE ha señalado, como una opción de política fiscal para la recuperación, conceder un tratamiento fiscal preferente para aquellas inversiones, como la I+D+i o el medio ambiente (*environment-friendly investments*), que se caracterizan por sus efectos positivos indirectos. Destaca también la OCDE la necesidad de fomentar aquellas inversiones que refuercen a las economías no sólo para superar la actual crisis sanitaria (y subsiguiente crisis socio-económica) sino para salir reforzados de la misma de cara a hacer frente a otras posibles crisis⁹. Así, los incentivos fiscales no solamente se usarían como instrumento de estímulo a la inversión empresarial -aliviando los efectos de la pandemia- sino también para promover determinadas inversiones que coadyuven a aumentar la resiliencia del sistema, como la I+D+i, la salud o las tecnologías bajas en carbono, entre otras.

En relación con esto último, ha de tenerse en cuenta que la madurez de las denominadas “tecnologías verdes” (o “*green technologies*”) no siempre se encuentra en un estado lo suficientemente avanzado para alcanzar los retos ambientales, por lo que podría ser preferible acudir (primero) a incentivos fiscales a la I+D+i que permitan asegurar el óptimo desarrollo de esas tecnologías¹⁰. En efecto, el coste de implementar la eco-innovación implica realizar una inversión inicial significativa que puede resultar inhibitorio para numerosas empresas, especialmente para las pymes por la menor disponibilidad de recursos financieros¹¹.

⁷ F. Alonso Murillo, *Fiscalidad de la I+D+i. Tratamiento de los gastos en el Impuesto sobre Sociedades*, Netbiblo, 2010, p. 14

⁸ OECD (2020), *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*, OECD Publishing, p. 10.

⁹ *Ibidem*, p. 34.

¹⁰ En términos similares, Milne y Villar consideran que los incentivos a la I+D se pueden establecer para el desarrollo de determinadas tecnologías de modo que se acelere la madurez tecnológica de las fuentes de producción que se buscan estimular. De lo contrario, la falta de madurez tecnológica podría no garantizar una rentabilidad suficiente en la larga vida de una instalación de producción eléctrica (J.E. Milne, M. Villar, *Renewable Electricity and Tax Expenditures: Lessons from Two Countries*, „Intertax” 2020, vol. 48, n° 4, p. 385).

¹¹ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración...*, p. 24.

En consecuencia, este trabajo se centra en el diseño y configuración de incentivos fiscales a la I+D+i que pueden favorecer la madurez tecnológica para hacer frente a los retos ambientales. Pues, en esencia, el apoyo a la I+D contribuye al desarrollo de alternativas innovadoras. Dado que las formas que puede adoptar un incentivo fiscal son variadas y obedecen a cuestiones de política fiscal de cada uno de los Estados¹², consideramos que, en la Unión Europea, donde el tejido empresarial está compuesto mayoritariamente por pymes, debe tomarse en consideración (entre otras variables) el tamaño de las empresas al adoptar un incentivo. Además, en cuanto a las ventajas de la eco-innovación, se considera que su implantación en las pymes puede contribuir a “atenuar las limitaciones de recursos y la degradación del medio ambiente, a mejorar el bienestar social y la participación de comunidades locales, la creación de empleo, y la capacidad para atraer recursos financieros”¹³.

Por tanto, el trabajo se organiza en cuatro apartados. El segundo de ellos resalta aquellos aspectos más relevantes que deben tenerse en cuenta al configurar un incentivo fiscal que pretenda promover la I+D+i de las pymes en el camino hacia una transición verde, siendo clave la presencia de personal investigador cualificado y la difusión de soluciones eco-innovadoras. Seguidamente, se aborda la cuestión del control del incentivo a fin de poder verificar que con el mismo se están alcanzando los objetivos previstos, siendo en este sentido relevante el establecimiento de un riguroso sistema de certificaciones a la I+D+i o también de la denominada ‘contabilidad verde’. Finalmente, el capítulo termina con las principales ideas y conclusiones.

1. La configuración del incentivo: estímulo a la contratación de personal investigador y a la transferencia de conocimiento

Ha de apuntarse, en primer lugar, que el interés de un país por incrementar la inversión en I+D+i se basa en su consideración como clave para el crecimiento, productividad y bienestar social. Precisamente, esta consideración es lo que sirve de base para justificar la intervención estatal, esto es, que la I+D+i sea una actividad merecedora de financiación pública por encontrarse amparada en valores constitucionales o políticas de interés público¹⁴. Por tanto, el incentivo fiscal debe ir dirigido a la promoción del proceso de investigación, transferencia e innovación tecnológica para que su uso sea considerado legítimo. En otras palabras, el incentivo

¹² B. Corchuelo Martínez-Azúa, *Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo*, „Cuadernos económicos de ICE” 2007, n° 73, p. 198.

¹³ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración...*, p. 17.

¹⁴ Por ejemplo, en España, el art. 44 de la Constitución contiene obligaciones para los poderes públicos en cuanto a la promoción de la ciencia y la investigación. De modo similar, la Constitución italiana establece la promoción de la investigación científica y técnica; y, la Constitución portuguesa señala que el Estado incentivará y apoyará la investigación científica y la innovación tecnológica.

ha de configurarse de modo que efectivamente se cumpla el objetivo de fomento que se pretende conseguir.

Cuando se habla de I+D+i han de distinguirse dos momentos. Por un lado, la I+D+i como actividad y, por otro, la I+D+i como resultado. Este trabajo se centra en la introducción de incentivos fiscales a la actividad, esto es, incentivos que fomentan o estimulan la inversión empresarial en I+D+i. Centrándonos en el incentivo como deducción en cuota (o *tax credit*), que es la forma más extendida entre los países de la UE¹⁵, ésta puede establecerse sobre el volumen o sobre el incremento.

En el primer caso, la deducción se basa en el volumen de gastos en I+D+i efectuados en un año fiscal¹⁶, aplicando a tales efectos un porcentaje determinado sobre el total de gastos elegibles¹⁷. Ahora bien, este tipo de incentivo no requiere que nueva I+D+i sea llevada a cabo e incluso puede seguir siendo usado, aunque el nivel de gastos de I+D+i disminuya (con la consiguiente disminución del incentivo)¹⁸. De esta forma, se estaría concediendo un incentivo respecto de actividades que podrían haber sido igualmente llevadas a cabo sin la presencia del incentivo¹⁹.

Por su parte, un incentivo sobre el incremento solamente se aplica cuando el gasto en I+D+i crece, limitando así la financiación a actividades de I+D+i adicionales. Por lo general, para poder acceder al incentivo, el gasto en I+D+i del año en cuestión debe superar al del año anterior o la media de los últimos años²⁰. Este tipo de incentivos sobre el incremento puede suscitar estrategias acerca de cuándo y por quién serán realizadas las actividades de I+D+i²¹. Por ejemplo, aquellas entidades que de manera continuada vienen invirtiendo una determinada cuantía en I+D+i no podrían acceder al incentivo (al no haber un incremento con respecto a años anteriores), por lo que podrían cambiar su estrategia y optar por reducir sus actividades de I+D+i para así poder beneficiarse de incentivos en el futuro²². En el caso de las pymes (o las *start-ups*), al ser su capacidad para iniciarse y desarrollar I+D+i más limitada, conseguir aumentar gradualmente su gasto en I+D+i resultaría aún más complicado.

¹⁵ Comisión Europea, *A Study on R&D Tax Incentives. Final report*, Working Paper nº 52, 2014, p. 53.

¹⁶ C. Brokelind, Å. Hansson, *TAX Incentives, Tax Expenditures Theories in R&D: The Case of Sweden*, „World Tax Journal” 2014, vol. 6, nº 2, p. 177.

¹⁷ C. Rivas Sánchez, *Los incentivos fiscales a la innovación en España y en el ámbito comparado*, *Crónica Tributaria*, 2008, nº 127, p. 140.

¹⁸ C. Brokelind, Å. Hansson, op. cit., p. 177.

¹⁹ M. Abdellatif, *Looking for Efficient Tax Incentives to Stimulate Research and Development and Economic Growth*, „New Zealand Journal of Taxation and Policy” 2009, vol. 15, nº 2, pp. 141–142; P. Arginelli, *Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy*, „World Tax Journal” 2015, vol. 7, nº 1, p. 27; A. Bal, *Competition for Research & Development Tax Incentives in the European Union – How and Optimal Research & Development System Should Be Designed*, „Bulletin for International Taxation” 2012, vol. 66, nº 10, p. 575; C. Brokelind, Å. Hansson, op. cit., p. 177; C. Rivas Sánchez, op. cit., pp. 140–141.

²⁰ C. Brokelind, Å. Hansson, op. cit., p. 178.

²¹ Ibidem.

²² A. Bal, *Tax Incentives: III-Advised Tax Policy or Growth Catalysts?*, „European Taxation” 2014, vol. 54, nº 2/3, p. 67.

Por ende, mientras que un incentivo sobre el volumen se caracteriza por ‘premiar’ una I+D+i ya realizada que no implica necesariamente un avance científico o tecnológico, un incentivo sobre el incremento ‘premia’ a aquella empresa que eleva su inversión en I+D+i. Lógicamente, será indiferente uno u otro tipo de incentivo para aquella empresa que no había invertido anteriormente en I+D+i. Pues, en su primer año realizando gasto en I+D+i podría resultar beneficiaria en ambos tipos de regímenes²³.

Una posible opción para tratar de aunar las ventajas de ambas modalidades y tratar de evitar las deficiencias de cada una de ellas, sería establecer un sistema mixto o combinado. Con ello, se podría beneficiar al sujeto que cuenta con una trayectoria regular en la realización de actividades de investigación científica e innovación, como beneficiar significativamente a aquel sujeto que, de manera progresiva, aumenta su esfuerzo inversor en I+D+i. Eso es precisamente lo que ocurre con la deducción española del art. 35 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades (LIS), que establece un 25% para los gastos elegibles en I+D efectuados en el período impositivo en cuestión y para los casos en que haya un incremento del gasto en I+D con respecto a los efectuados en los dos años anteriores, se establece un 42% adicional sobre el exceso o incremento. Ello permite mantener y además premiar a aquellas entidades que realizan un esfuerzo adicional por incrementar la inversión en I+D+i y, por tanto, ser empresas más innovadoras, al poder implementar lo investigado.

Más allá de la forma que adopte el incentivo, otro de los aspectos destacables sobre el diseño se refiere a la base del incentivo, esto es, los gastos elegibles que aquél va a cubrir. En este sentido, deben considerarse especialmente los gastos del personal investigador, pues la contratación de personal altamente cualificado es costosa y, además, junto al inmovilizado, es pieza esencial en todo proceso de I+D+i. Cabe destacar que, precisamente, el personal de I+D y los investigadores son uno de los indicadores de eco-innovación incluidos en el Plan de Acción sobre Eco-innovación de la UE²⁴. En España, la deducción del art. 35 LIS establece una deducción adicional del 17% respecto del importe de los gastos de personal. De este modo, no solamente se incentiva desde el sistema fiscal la contratación de personal investigador por la posibilidad de deducirse el coste de su contratación, sino que ello además puede coadyuvar a que las pymes puedan llevar a cabo por sí mismas un proceso de I+D+i o incluso llegar a tener su propio departamento de I+D+i, al requerir el art. 35 LIS que el personal investigador esté exclusivamente adscrito a actividades de I+D.

Además, una ventaja adicional para las pymes es la compatibilidad de esta deducción fiscal con la bonificación en la cotización a la Seguridad Social respecto del personal investigador. A tales efectos, es preciso que la entidad sea reconocida

²³ E. Gil García, *Los incentivos fiscales a la I+D+i*, Tirant lo Blanch, 2017, p. 160.

²⁴ Los indicadores a la eco-innovación, así como los resultados por Estados miembros en eco-innovación pueden consultarse en: https://ec.europa.eu/environment/ecoap/indicators/index_es [acceso 13 marzo 2021].

como pyme innovadora. Ello viene definido por el Real Decreto 475/2014, de 13 de junio, a partir de la concurrencia de determinadas circunstancias. Mientras que la primera circunstancia se refiere a la obtención de financiación a través de convocatorias públicas en I+D+i en los últimos tres años (como, por ejemplo, el Programa Horizonte 2020), las otras dos circunstancias tienen que ver con la obtención de patentes o determinadas certificaciones. Así pues, la pyme tiene la consideración de intensiva en I+D+i cuando dispone de una patente propia en explotación en un período no superior a cinco años o bien porque en los últimos tres años ha recibido un informe motivado vinculante positivo a efectos de la deducción del art. 35 LIS. Igualmente, también tiene la consideración de pyme innovadora aquella empresa que obtiene determinadas certificaciones oficiales, como el de joven empresa innovadora (JEI) o el de pequeña o microempresa innovadora.

El cumplimiento de una de esas circunstancias permite a la pyme reconocida como intensiva en I+D+i acceder al *Registro de Pymes Innovadoras*, lo que – como decíamos – implica la compatibilidad respecto del mismo personal investigador de la bonificación del 40% en las aportaciones empresariales a la Seguridad Social con la deducción del art. 35 LIS.

En relación con lo anterior, y teniendo en cuenta que las pymes encuentran mayores dificultades de financiación para sus proyectos de I+D+i, es recomendable que el incentivo tenga en cuenta las particularidades de este tipo de empresas para que puedan acceder a los mismos. Por ejemplo, la Comisión Europea, en su Informe sobre España de febrero de 2020, destacaba que las pequeñas empresas tienden a responder peor que las grandes empresas a la deducción del art. 35 LIS, la cual, a pesar de su generosidad, se caracteriza por la escasez de resultados²⁵. También la Asociación Española para el Fomento de la Financiación de la I+D+i (AFIDI) señala que el menor tamaño de las empresas españolas (en comparación con otros países de nuestro entorno) las hace más vulnerables y con mayores dificultades para ser innovadoras²⁶.

Así, y en aras de un gasto público justo, la eficiencia en la utilización del gasto público para favorecer actividades de I+D+i va a requerir limitar la intervención estatal a aquellos escenarios en que su uso represente un valor añadido. Consideramos que, precisamente, en estos escenarios caracterizados por la falta o escasez de medios para realizar una actividad de I+D+i, la necesidad de la ayuda estaría justificada²⁷, pues, quizás en otro caso, la misma no se llevaría a cabo²⁸. Lo ideal es que

²⁵ Comisión Europea (2020), *Informe sobre España que acompaña a la Comunicación sobre el Semestre Europeo 2020*, COM(2020) 150 final, p. 43.

²⁶ AFIDI (2020), *Dura crítica de Bruselas a los incentivos fiscales a la I+D en España: son complejos e ineficaces* [disponible en el sitio web de AFIDI: <http://www.afidi.es/2020/04/06/dura-critica-de-bruselas-a-los-incentivos-fiscales-a-la-id-en-espana-son-complejos-e-ineficaces/> [acceso 13 marzo 2021]].

²⁷ De hecho, el Reglamento General de Exención por Categorías (GBER) excluye las ayudas a la innovación en favor de las pymes de la prohibición de ayudas de Estado del art. 107 TFUE, siempre y cuando cumplan las condiciones establecidas.

²⁸ E. Gil García, *Los incentivos...*, p. 193.

aquellos proyectos, cuyo rendimiento social supera el coste total, sean financiados para que puedan llevarse a cabo, pues de no ser así se estarían financiando proyectos que podrían haberse realizado sin ayuda financiera y que supondrían una pérdida²⁹. Como es lógico, la contrapartida de beneficiar a este tipo de empresas puede ser la falta de certeza acerca de su viabilidad económica a medio o largo plazo.

Por otro lado, son diversos los estudios que consideran que los incentivos fiscales dirigidos a las pymes tienden a ser más efectivos y suponen menos pérdidas que los establecidos para grandes empresas³⁰. Por ejemplo, el régimen francés de la joven empresa innovadora (*Jeune Entreprise Innovante*) está considerado como buena práctica fiscal por un estudio de la Comisión Europea³¹. En concreto, con este régimen se buscaba favorecer la creación de pymes que efectúan trabajos de investigación, concediéndoles ventajas fiscales y bonificaciones en las cotizaciones a la Seguridad Social³². Señala además la Comisión en ese estudio de 2014 que un clima favorable para los emprendedores puede contribuir a la innovación y a la flexibilidad económica de un país, siendo incluso mejor práctica estimular a las jóvenes empresas (como las *start-ups*) que a las pymes³³.

Ahora bien, el hecho de que el incentivo favorezca en mayor medida a determinadas entidades (*undertakings*), como las pymes, podría entrar en colisión con las normas sobre ayudas de Estado, en base al criterio de la selectividad. No obstante, la compatibilidad del incentivo pasa porque esté dentro de un área de justificación. Lo que, en nuestra opinión, implica atender al efecto incentivador que produce, al objetivo de interés público que persigue y a su consecución conforme a criterios de economía, eficiencia y proporcionalidad³⁴.

Otro aspecto relevante que ha de considerarse es el fomento de la colaboración en I+D+i, ya sea entre empresas o bien con el sector público. Esto puede ayudar a las pymes a ser innovadoras. En el primer supuesto, a la hora de configurar el incentivo ha de evitarse que el mismo promueva la mera adquisición de intangibles, por lo que deberían establecerse condiciones de desarrollo que permitan así que haya una actividad sustantiva. Nos merece un juicio más favorable que el incentivo busque promover la colaboración público-privada. De este modo, las empresas pueden desarrollar e implementar en sus procesos productivos las patentes generadas por universidades o centros públicos de investigación, haciendo así que sean innovadoras. Ello permite además la transferencia de conocimiento, evitando que

²⁹ C. Brokelind, Å. Hansson, op. cit., p. 176.

³⁰ B. Lokshin, P. Mohnen, *Measuring the Effectiveness of R&D tax credits in the Netherlands*, CIRANO-Scientific Publications, 2007, p. 22; R. Baghana, P. Mohnen, *Effectiveness of R&D tax incentives in small and large enterprises in Quebec*, „Small Business Economics” 2009, vol. 33, n° 1, pp. 91–107.

³¹ Comisión Europea, *A Study on R&D...*, p. 7.

³² Artículo 13 de la *Loi de Finances pour 2004 n° 2003-1311 du 30 décembre 2003*.

³³ Comisión Europea, *A Study on R&D...*, p. 7.

³⁴ E. Gil García, *A review of the pre and post COVID-19 State aid rules in the área of R&D&I*, „Crónica Tributaria” 2020, n° 175, pp. 106–110.

las investigaciones realizadas en tales centros “*se queden en un cajón*” y que, por tanto, “*traspasen los muros de los laboratorios*”. De hecho, AFIDI señala que, entre las variables que afectan a la inversión en I+D+i en España, se encuentra la falta de transferencia de conocimiento de la I+D a la innovación empresarial³⁵. En el mismo sentido se pronuncia la ONU Medio Ambiente en su Informe de 2017 sobre la eco-innovación, al señalar entre las barreras a la misma, las deficiencias de los sistemas para la innovación; siendo precisa la interacción entre empresas, universidades e instituciones de investigación técnica³⁶.

De esta forma, las empresas que no tienen su propio departamento de I+D+i o no tienen la capacidad para llevar a cabo por ellas mismas un proceso de I+D+i (como suele ser el caso de las pymes), se sirven de los laboratorios, instalaciones y personal de las universidades u OPIs para llevar a cabo el mismo³⁷. Así, los resultados de la investigación científica son transferidos y permiten a las empresas innovar. Es decir, la transformación de una idea o descubrimiento científico en un nuevo o mejorado producto o proceso.

Se trata, en definitiva, de fomentar la creación de puentes entre el sector público de investigación y el sector empresarial, estableciendo, por ejemplo, un porcentaje de deducción mayor en esos casos (lo que podríamos llamar el binomio ‘empresa-investigación pública’)³⁸. Cuestión que se contemplaba en nuestra normativa sobre sociedades hasta el año 2008, cuando, como consecuencia de la vulneración de libertades fundamentales, el gobierno optó por eliminar esa deducción adicional, en lugar de extenderla en casos de subcontratación de I+D a universidades o centros de investigación situados no sólo en España sino en cualquier otro Estado miembro de la UE/EEE. Así, el art. 35 LIS establecía una deducción adicional del 20% para los gastos correspondientes a proyectos de I+D contratados con universidades, OPIs o centros de innovación y tecnología, reconocidos y registrados conforme a la normativa española. Si bien es cierto que no se exigía que el centro de investigación estuviese en España para beneficiarse de la deducción adicional, era necesario que la actividad se realizase en España para poder obtener el citado reconocimiento. Lo que en la práctica implicaba que las empresas españolas encomendaran tareas de

³⁵ AFIDI (2020), op. cit.

³⁶ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración...*, p. 24.

³⁷ Como se ha dicho, el GBER excluye las ayudas a la innovación en favor de las pymes de la prohibición de ayudas de Estado cuando se cumplen determinadas circunstancias. Se establece que esas ayudas cubren, entre otros, los costes de envío en comisión de servicio de personal investigador procedente de un organismo de investigación, universidades u organismos de transferencia de tecnología (o también de una gran empresa) para que trabaje en actividades de I+D+i en una función recientemente creada en la entidad beneficiaria.

³⁸ Como señala Pérez Bernabeu, la colaboración público-privada en I+D+i se entiende como la participación en proyectos conjuntos de innovación entre sujetos del sector público y agentes del sector privado, más allá de la mera contratación de trabajos (B. Pérez Bernabeu, *La I+D+i colaborativa a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado (Especial referencia a las Spin-off universitarias)*, „Crónica Tributaria” 2015, nº 156, p. 176).

I+D a universidades u organismos de investigación situados dentro del territorio español. De este modo, como señalaba el TJUE en el asunto *Comisión vs. España* (C-248/06, 13 marzo 2008) se estaba restringiendo la libertad de servicios al disuadir a las empresas españolas a que contrataran I+D con centros situados en otros Estados miembros.

Así pues, como hemos tenido ocasión de apuntar en otras ocasiones, el fomento de la ciencia e investigación nacional no debe implicar la restricción de las libertades fundamentales. Pues, de hecho, el art. 179 TFUE aboga por la creación de un espacio europeo de investigación sin fronteras donde puedan crearse intercambios y flujos de conocimiento, y donde se fomente la transferencia de conocimiento y la difusión de la excelente investigación que se lleva a cabo en Europa³⁹.

Finalmente, y como se adelantaba ya en la introducción de este capítulo, los incentivos fiscales pueden estimular inversiones en tecnologías verdes, lo que requiere primero de un proceso de I+D+i que permita el desarrollo óptimo de las mismas. En consecuencia, podrían establecerse deducciones especiales o un porcentaje de deducción adicional respecto de determinadas actividades o sectores (como la energía). Puede destacarse, en este sentido, la deducción adicional que establece el Código belga de los Impuestos sobre la Renta de 1992 (*Code des Impôts sur les Revenus*, CIR 92) en relación con la investigación y desarrollo de productos nuevos y tecnologías avanzadas que no tengan efectos negativos sobre el medio ambiente o que contribuyan a minimizar los efectos sobre el mismo (art. 69 pf. 1. 2b) CIR 921). También en España se ha establecido que la deducción por actividades de innovación tecnológica del art. 35.2 LIS se incrementa en 38 puntos para los períodos impositivos 2020 y 2021 respecto de las actividades que supongan un avance tecnológico en la obtención de nuevos procesos de producción en la cadena de valor de la industria de la automoción o mejoras sustanciales de los ya existentes⁴⁰.

Estos ejemplos muestran como el incentivo fiscal va dirigido a determinadas actividades o tecnologías. En concreto, el apoyo público a la eco-innovación suele centrarse en sectores como el agua, la energía y el transporte⁴¹. Ello podría entrar en colisión con el art. 107 TFUE al estar la ayuda pública, en forma de incentivo fiscal, orientada a favorecer determinados sectores⁴². Ahora bien, ha de recordarse, por un lado, que el art. 107.3 TFUE establece la compatibilidad (previo análisis de la Comisión) de las ayudas destinadas a facilitar el desarrollo de determinadas

³⁹ E. Gil García, *Los incentivos...*, p. 208.

⁴⁰ Esto además iría en línea con el documento del Fondo Monetario Internacional (FMI) que recomienda, para la superación de la crisis originada por la COVID-19, la introducción de incentivos a la inversión que sean temporales (normalmente, de 1 a 3 años), acelerando así los planes empresariales de inversión (FMI (2020), *Temporary Investment Incentives*, Fiscal Affairs – Special Series on COVID-19).

⁴¹ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración...*, p. 28.

⁴² Esto es lo que la Comisión identifica como selectividad sectorial, la cual se refiere a aquellas medidas que buscan estimular las actividades de las empresas pertenecientes a un sector de la economía.

actividades y, por otro, como decíamos anteriormente, si la ayuda se encontrase dentro de un área de justificación, a pesar de la selectividad, resultaría compatible con el mercado único.

2. El control de los incentivos fiscales: las certificaciones de I+D+i y la llamada ‘contabilidad verde’

La introducción de incentivos fiscales a la I+D+i debe ir acompañada de un riguroso sistema de certificaciones. De esta forma, las entidades que están llevando a cabo un proceso de I+D+i obtienen ciertas certificaciones o declaraciones de I+D+i por los entes, organismos y agencias estatales competentes en investigación, facilitando, así, la posterior aplicación del incentivo fiscal. No puede decirse que una medida fiscal dirigida a la promoción de la I+D+i esté efectivamente fomentando este tipo de actividades si la misma no es conocida por el contribuyente en el momento en que decide llevar a cabo un proceso de I+D+i. En muchos casos, la falta de información es la que dificulta a las empresas el acceso a los incentivos fiscales a la I+D+i, así como el desconocimiento sobre la calificación que va a tener el proyecto (por ejemplo, si se trata de investigación o de desarrollo experimental)⁴³.

En relación con esto último, las empresas, en muchas ocasiones, se mueven en un área de inseguridad jurídica acerca de si las actividades que están realizando son, en efecto, de I+D+i, es decir, si encajan o no en el concepto de I+D+i que a efectos fiscales se establece⁴⁴. Por tanto, la obtención de una certificación de que la actividad que se está llevando a cabo es, por ejemplo, de innovación tecnológica, permite que el contribuyente tenga la certeza respecto de la aplicación del incentivo; y, al mismo tiempo vendría a suplir los posibles ‘aspectos grises’ de la definición de I+D+i. En otras palabras, permite al contribuyente conocer la elegibilidad del proyecto o la actividad llevada a cabo.

A este respecto, AFIDI señala que la certificación de las actividades requiere unos costes y un tiempo considerables que pueden constituir un desincentivo especialmente para las pymes⁴⁵. Ello requiere, pues, que la obtención de las certificaciones se caracterice por la agilidad y simplificación del procedimiento.

⁴³ En un estudio de 2019 preparado para la DG Competencia, las entidades encuestadas señalaron que el tipo de proyectos que llevaron a cabo en el periodo 2015-2017 fueron principalmente de desarrollo experimental y de agrupaciones de innovación (*‘innovation clusters’*) (COMISIÓN EUROPEA y ECORYS (2019), *Study on the practical impact of RDI State aid rules*, Publications Office of the European Union, p. 70).

⁴⁴ Consideramos que no debe haber distinción entre la definición de I+D+i dada por la comunidad científica y el concepto a efectos tributarios (E. Gil García, *Los incentivos...*, p. 75).

⁴⁵ AFIDI (2020), op. cit.

La evaluación de la idoneidad del proyecto o actividad ha de realizarla un experto o técnico en la materia; pues, como ha advertido senda jurisprudencia española⁴⁶, los aspectos técnicos y científicos de los proyectos de I+D+i así lo requieren. Ese es, por ejemplo, el caso de Austria donde la evaluación sobre la idoneidad del proyecto la realiza un experto o técnico en la materia, mediante la Agencia de Promoción de la Investigación.

Resulta positivo que esas certificaciones sean vinculantes para la Administración tributaria (extremo observado en diferentes jurisdicciones de nuestro entorno). Incluso, puede destacarse positivamente que esa obligatoriedad lo sea también para el contribuyente (por ejemplo, Austria y Holanda); pues, sería una forma de disminuir, en gran medida, esa sensación de inseguridad jurídica frente a una posible inspección tributaria. Ahora bien, la obtención de una certificación como exigencia o requisito previo ha de ir acompañada de agilidad en el proceso de concesión, siendo una posible solución tomar en consideración las certificaciones realizadas por las universidades u OPIs.

Podría considerarse también que hubiese un control *a posteriori* (como ocurre en Holanda) respecto de las actividades de I+D+i llevadas a cabo y favorecidas fiscalmente. De esta forma, podrían evitarse arbitrariedades en la concesión de incentivos fiscales (y asegurar que únicamente las auténticas actividades de I+D+i están recibiendo ese tratamiento fiscal preferente). Ahora bien, la carga que para el contribuyente puede suponer esas evaluaciones (tanto *ex ante* como *a posteriori*) debería compensarse con procedimientos ágiles (como ya se ha dicho), así como con extensa información, e incluso manuales o guías, sobre los requisitos y el proceso de solicitud de la certificación.

Esas certificaciones de I+D+i no solamente confieren seguridad jurídica a las entidades respecto de la aplicación del incentivo, sino que son también una forma de mejorar el control respecto de la concesión de incentivos fiscales, haciendo pues que el gasto público destinado a I+D+i sea más eficiente. Esto es, permiten verificar que solamente las entidades que están llevando a cabo actividades de I+D+i (certificadas como tal) se benefician del incentivo fiscal.

También contribuye al control, la llamada ‘contabilidad verde’⁴⁷, a través de la cual la empresa refleja el impacto ambiental de sus acciones o actividades (por ejemplo, el uso de recursos). Permite, pues, determinar el grado de implementación de la eco-innovación en las actividades de la empresa y, por tanto, el adecuado uso de la

⁴⁶ Entre otras, la sentencia del Tribunal Supremo de 12 de enero de 2014 y las sentencias de la Audiencia Nacional de 20 de junio de 2013, de 30 de mayo de 2011 y de 9 de diciembre de 2010.

⁴⁷ La contabilidad verde (o contabilidad ambiental) es una parte esencial de la responsabilidad social corporativa que va a ayudar en la toma de decisiones de inversión de una empresa al comparar los costes de evitar o prevenir un daño ambiental con el coste de repararlo (Plan de Acción sobre Eco-innovación, UE: https://ec.europa.eu/environment/ecoap/about-eco-innovation/policies-matters/eu/703_es [acceso 13 marzo 2021]).

ayuda fiscal al desarrollo de alternativas más innovadoras. Dado que la eco-innovación contribuye a un consumo de recursos y producción de bienes o servicios más sostenible⁴⁸, la contabilidad ambiental, al reflejar los costes asociados al impacto de la actividad en el medio ambiente, ayudaría a una asignación más eficaz de recursos escasos. Es decir, a la toma de decisiones de las empresas respecto de las distintas fases de un bien o servicio, desde la extracción de materias primas pasando por su fabricación y distribución hasta su eliminación o reutilización. En relación con la sostenibilidad en todas las fases del ciclo de vida de un determinado producto, cabe destacar que el Plan de Acción de la UE para la economía circular establece, entre otras medidas, la financiación e incentivos económicos para estimular métodos de producción y consumo más innovadores⁴⁹. Por tanto, la introducción de esos incentivos o medidas de estímulo deberán ir acompañadas de un control, requiriendo los correspondientes avances en la contabilidad verde que permitan llevar a cabo el citado control.

Conclusiones

En este trabajo se ha puesto de manifiesto la importancia de fortalecer las economías de los Estados miembros y aumentar su resiliencia a partir del desarrollo de modelos empresariales más sostenibles, basados en la eco-innovación. Especial atención debe prestarse a las pymes, dado que el tejido empresarial de la UE está principalmente compuesto por ellas, teniendo normalmente mayores dificultades para iniciar y llevar a cabo su actividad en un mercado único, pero reportando, al mismo tiempo, mayores ventajas la implantación de la eco-innovación por su parte. Ahora bien, la conversión o transformación en pymes eco-innovadoras va a precisar de apoyo a la I+D+i de modo que se pueda acelerar la adopción de soluciones y alternativas más innovadoras y eficientes respecto de los procesos productivos y de todas las actividades de la empresa.

Así pues, el apoyo público a la I+D+i se erige como uno de los pilares en torno a los cuales giraría una política de estímulos a la eco-innovación, siendo los incentivos fiscales a la I+D+i uno de los instrumentos.

Para conseguir efectivamente el objetivo de aumentar la inversión empresarial en I+D+i y que, por tanto, las empresas, especialmente las pymes, puedan ser innovadoras, es esencial determinar cómo se van a diseñar los incentivos fiscales, y el control que sobre su concesión se va a efectuar.

El presente trabajo nos permite concluir, en primer lugar, que el incentivo fiscal ha de configurarse como una deducción en cuota basada en un sistema mixto. Esto es, que se tenga en cuenta tanto el volumen de gastos en I+D+i efectuados en un

⁴⁸ ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración...*, pp. 17 y 26.

⁴⁹ Véase COM(2019) 190 final, *Informe sobre la aplicación del Plan de acción para la economía circular*.

determinado ejercicio económico como el incremento de gastos con respecto a los años anteriores (es decir, la realización de I+D+i adicional). Por el contrario, la configuración del incentivo fiscal como una deducción en cuota sobre el incremento podría actuar como un desincentivo para las pymes al tener una menor capacidad para aumentar paulatinamente su inversión en I+D+i.

Segundo, especial consideración ha de hacerse respecto a que el incentivo estimule tanto la contratación de personal investigador cualificado que coadyuve a que las pymes puedan llevar a cabo su propio proceso de I+D+i (siendo ello, como veíamos, un indicador de eco-innovación), como el fomento de la transferencia de conocimiento. De hecho, la falta de interacción entre el sector empresarial y el sector público de investigación es una de las barreras para la eco-innovación, pero también uno de los aspectos que caracterizan la falta de inversión empresarial en I+D+i. La promoción desde el sistema tributario de la transferencia de conocimiento (por ejemplo, mediante deducciones adicionales) entre los diferentes agentes que realizan I+D+i va a implicar el intercambio de experiencias y la difusión de alternativas más innovadoras y eficientes que permitan alcanzar los retos ambientales.

Finalmente, deviene imprescindible que la concesión de incentivos fiscales no adolezca de arbitrariedad ni los mismos resulten ineficaces, por lo que además de un diseño en línea con los principios de justificación tributaria, va a ser necesario efectuar un control que asegure la eficiencia en la utilización del gasto público. A este respecto, el trabajo se ha centrado en el establecimiento de un riguroso sistema de certificaciones de I+D+i que pasa porque los proyectos y actividades de I+D+i sean evaluados por expertos (y no por el personal de las Administraciones tributarias que carecen de conocimientos técnicos), y que la obtención de aquellas se enmarque en un procedimiento caracterizado por su agilidad y simplificación. Ello además redundará en la seguridad jurídica.

Junto a esto, se ha hecho también una breve referencia a la denominada ‘contabilidad verde’ (o ‘contabilidad ambiental’) que permitiría controlar la implantación de la eco-innovación por parte de las empresas, pero que requerirá de avances y una regulación clara para que la misma puede ser integrada en la ‘tradicional’ contabilidad económica de las empresas.

Streszczenie / Resumen extenso

Ekoinnowacje, MŚP i zachęty podatkowe

Celem niniejszego opracowania było uwypuklenie konieczności wzmocnienia gospodarek państw członkowskich Unii Europejskiej i zwiększenia ich odporności poprzez opracowanie bardziej zrównoważonych modeli biznesowych opartych na ekoinnowacjach. Szczególną uwagę należy zwrócić na małe i średnie przedsiębior-

stwa (MŚP), zważywszy, że struktura przedsiębiorstw UE składa się głównie z MŚP, które zwykle mają pewne trudności z rozpoczęciem i prowadzeniem działalności na jednolitym rynku, ale jednocześnie wdrożenie ekoinnowacji z ich strony przynosi duże korzyści. Przekształcenie lub zmiana w ekoinnowacyjne MŚP wymaga jednak wsparcia dla B+R+I⁵⁰ w celu przyspieszenia przyjęcia bardziej innowacyjnych i wydajnych rozwiązań i alternatyw w odniesieniu do procesów produkcyjnych i całej działalności przedsiębiorstwa. Należy również pamiętać, że dojrzałość tak zwanych zielonych technologii nie zawsze jest na wystarczająco zaawansowanym etapie, aby sprostać wyzwaniom środowiskowym.

Dlatego też publiczne wsparcie dla B+R+I jest jednym z filarów, wokół którego powinna się koncentrować polityka stymulująca ekoinnowacje, a jednym z instrumentów być zachęty podatkowe dla B+R+I. Należy zauważyć, że wsparcie publiczne na rzecz B+R+I jest uzasadnione tym, że ma ono kluczowe znaczenie dla wzrostu gospodarczego kraju, zrównoważonego rozwoju i dobrobytu społecznego, co zazwyczaj wynika z konstytucji (jak w wypadku Hiszpanii, Włoch i Portugalii) lub jest częścią polityki państw w zakresie interesu publicznego.

Chociaż istnieją liczne instrumenty na rzecz rozwoju, które mogą być wykorzystywane do finansowania B+R+I (takie jak dotacje czy pożyczki udzielone przez wspólnotę), w niniejszym opracowaniu skupiono się na wykorzystaniu zachęt podatkowych (lub – jak nazywają je ekonomiści – „kosztów podatkowych”). Zachęty podatkowe na rzecz B+R+I mogą być uzależnione od działalności (*input incentives*) lub od wyników, np. system *patent box*. W niniejszym opracowaniu skoncentrowano się na pierwszym z nich, a w szczególności na konfiguracji kwot do odliczenia, ponieważ jest to najbardziej rozpowszechniona forma w państwach członkowskich UE.

Żeby skutecznie osiągnąć cel polegający na zwiększeniu inwestycji przedsiębiorstw w B+R+I, a tym samym innowacyjności przedsiębiorstw, zwłaszcza MŚP, istotne jest, w jaki sposób zostaną opracowane zachęty podatkowe i jaka będzie kontrola nad ich przyznawaniem.

Mając to na uwadze, przeanalizowano, czy kwota odliczenia powinna być ustalana na podstawie wielkości czy wzrostu nakładów na B+R+I. Podczas gdy pierwsza z nich jest oparta na wartości procentowej stosowanej do całkowitych kosztów poniesionych w roku podatkowym, druga jest stosowana w wypadku wzrostu kosztów B+R+I w stosunku do roku poprzedniego lub średniej z ostatnich lat. Obie opcje mają zarówno zalety, jak i wady. Na przykład kwota odliczenia ustalana na podstawie wzrostu pobudziłaby realizację dodatkowych nakładów na B+R+I, ale mogłaby doprowadzić do tego, że niektóre przedsiębiorstwa zdecydowałyby się ograniczyć swoją działalność B+R+I, aby w przyszłości skorzystać z tej zachęty (co nie byłoby pożądanym celem, gdyż, jak wspomniano powyżej, jest nim zwiększenie inwestycji przedsiębiorstw w zakresie B+R+I). W związku z tym uznano, że zachęta podat-

⁵⁰ Sektor badań, rozwoju i innowacji.

kowa powinna zostać skonfigurowana jako kwota odliczenia oparta na systemie mieszanym. W ten sposób zostanie uwzględniona zarówno wielkość nakładów na B+R+I poniesionych w danym roku obrachunkowym, jak i wzrost kosztów w stosunku do lat poprzednich. Z drugiej strony konfiguracja zachęty podatkowej jako kwoty odliczenia od wzrostu mogłaby działać zniechęcająco na MŚP, ponieważ miałyby one mniejsze możliwości stopniowego zwiększania swoich inwestycji w zakresie B+R+I. W przypadku Hiszpanii odliczenie, o którym mowa w art. 35 LIS [*Ley del impuesto sobre sociedades – Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych*], jest skonfigurowane na zasadach systemu mieszanego, określającego stałą stawkę procentową w wysokości 25% wydatków na B+R w danym roku obrachunkowym oraz dodatkową stawkę procentową w wysokości 42% w wypadku wzrostu.

Oprócz formy, jaką przybiera zachęta, istnieje kilka kwestii lub aspektów, które należy uwzględnić przy jej konfigurowaniu lub projektowaniu. Biorąc pod uwagę, że nabycie środków trwałych i zatrudnienie wysoko wykwalifikowanego personelu badawczego jest zwykle najdroższą częścią procesu B+R+I, ale jednocześnie zasadniczą częścią każdego procesu B+R+I, podstawa zachęty powinna pokrywać te koszty. Ponadto należy zauważyć, że personel B+R i naukowcy są jednym ze wskaźników ekoinnowacji uwzględnionych w Planie działania UE w zakresie ekoinnowacji. W wypadku Hiszpanii w art. 35 LIS odliczenie na działalność B+R obejmuje dodatkowe odliczenie w wysokości 17% kwoty kosztów personelu. Uważamy tę opcję za pozytywną, ponieważ oprócz stymulowania zatrudnienia personelu badawczego poprzez możliwość odliczania kosztów działalności badawczo-rozwojowej może pomóc MŚP w prowadzeniu procesów B+R+I samodzielnie, gdyż aby skorzystać z odliczenia, konieczne jest, by personel badawczy był przydzielony wyłącznie do działalności B+R.

W niniejszym opracowaniu podkreślono również związek między odliczeniem podatku a bonifikatami w zakresie składki na ubezpieczenie społeczne w odniesieniu do kadry badawczej dla MŚP, które uzyskują status innowatorów. W ten sposób zachęta dla MŚP do zatrudniania badaczy w celu prowadzenia działalności B+R+I jest większa. W związku z tym MŚP będą miały status innowatora w trzech sytuacjach – jeśli uzyskają finansowanie w przetargach publicznych B+R+I, jeśli będą mieć własny patent lub jeśli uzyskają określone certyfikaty (np. innowacyjnej mikrofirmy).

W odniesieniu do idei innowacyjnych MŚP istnieje kilka badań, w których okazało się, że zachęty podatkowe skierowane do takich firm są zazwyczaj bardzo skuteczne. Z kolei Komisja Europejska w badaniu z 2014 roku wskazała, że tworzenie korzystnego klimatu dla przedsiębiorców i młodych przedsiębiorstw (takich jak start-upy) przyczynia się do innowacyjności i elastyczności gospodarczej kraju. W rzeczywistości za dobrą praktykę podatkową uznano w tym badaniu francuski system „Jeune Entreprise Innovante”, który miał na celu zachęcanie do tworzenia innowacyjnych MŚP poprzez przyznawanie ulg podatkowych i bonifikat w zakresie składek na ubezpieczenie społeczne.

Jak wskazano w tym rozdziale, to, że zachęta podatkowa w dużym stopniu sprzyja niektórym podmiotom takim jak MŚP, może być sprzeczne z zakazem pomocy państwa zawartym w art. 107 TFUE. Jednak pomimo wyboru *per se* tej zachęty można przyjąć, że odpowiada ona uzasadnieniu, co oznaczałoby zgodność środka z prawem UE.

Z innej strony należy zwrócić szczególną uwagę na wsparcie transferu wiedzy. W rzeczywistości brak interakcji między sektorem biznesowym a publicznym sektorem badawczym jest jedną z barier dla ekoinnowacji (jak wskazała ONZ w swoim raporcie na temat ekoinnowacji w 2017 roku), a także jednym z aspektów charakteryzujących brak inwestycji biznesowych w B+R+I (jak wskazało Hiszpańskie Stowarzyszenie na rzecz Wsparcia Finansowania B+R+I). Promowanie przez system podatkowy transferu wiedzy między różnymi podmiotami prowadzącymi działalność B+R+I będzie oznaczało wymianę doświadczeń i rozpowszechnianie bardziej innowacyjnych i wydajnych alternatyw, które pozwolą sprostać wyzwaniom związanym z ochroną środowiska. W ten sposób przedsiębiorstwa, które nie mają własnego działu B+R+I lub nie mają możliwości samodzielnego prowadzenia procesu B+R+I (jak jest zazwyczaj w wypadku MŚP), korzystają z laboratoriów, urządzeń i personelu uniwersytetów lub publicznych instytucji badawczych (PRI).

Dlatego celem podejmowanych działań jest zachęcanie do tworzenia pomostów między publicznym sektorem badawczym a sektorem przedsiębiorstw poprzez ustanowienie na przykład wyższego odliczenia w takich wypadkach. W Hiszpanii przewidziano bowiem dodatkowe odliczenie w wysokości 20% wydatków na projekty B+R zlecane uniwersytetom, PRI lub ośrodkom innowacji i technologii, uznanym i zarejestrowanym zgodnie z przepisami hiszpańskimi. W praktyce oznaczało to, że hiszpańskie firmy powierzyły zadania B+R uczelniom lub instytucjom badawczym znajdującym się na terytorium Hiszpanii, bo choć ośrodek badawczy nie musiał znajdować się w Hiszpanii, to konieczne było prowadzenie działalności w Hiszpanii w celu uzyskania wyżej wskazanego odliczenia (w wysokości 20%). Mając powyższe na uwadze, w wyroku z marca 2008 roku TSUE orzekł, że to dodatkowe odliczenie narusza podstawowe wolności, co spowodowało, że zamiast rozszerzać je w przypadku podzlecania B+R uczelniom lub ośrodkom badawczym zlokalizowanym nie tylko w Hiszpanii, ale także w innych krajach UE / państwach członkowskich EOG, rząd hiszpański zdecydował się je zlikwidować.

Należy jednak pamiętać, że cel, którym jest promowanie ogólnokrajowych B+R+I, nie może oznaczać ograniczenia podstawowych wolności oraz że art. 179 TFUE opowiada się właśnie za utworzeniem europejskiej przestrzeni badawczej.

Ponadto istotne jest, aby przyznawanie zachęt podatkowych nie było arbitralne lub nieskuteczne, tak więc oprócz projektu zgodnego z zasadami uzasadnienia podatkowego konieczne będzie przeprowadzenie kontroli zapewniającej efektywność wykorzystania wydatków publicznych. W tym zakresie prace koncentrowały się na ustanowieniu rygorystycznego systemu certyfikacji B+R+I. Oznacza to, że projekty

i działania B+R+I powinny być oceniane przez ekspertów (a nie przez pracowników administracji podatkowej, którzy nie mają wiedzy technicznej). Ponadto procedura uzyskiwania certyfikacji B+R+I powinna się charakteryzować sprawnością i uproszczeniem, zwłaszcza jeśli, jak podkreślono w tym rozdziale, uzyskanie certyfikacji jest ustanowione jako wymóg korzystania z zachęty podatkowej.

Poza możliwością kontroli nad przyznawaniem zachęt podatkowych uzyskanie certyfikatu B+R+I zwiększa również pewność prawną. Oznacza to, że podmiot, który uzyska certyfikat dla prowadzonych przez siebie działań lub projektów, ma pewność co do zastosowania zachęty.

W opracowaniu krótko odniesiono się także do kwestii „zielonej rachunkowości” (lub „rachunkowości środowiskowej”), która umożliwiłaby kontrolę wdrażania eko-innowacji przez przedsiębiorstwa. Będzie ona jednak wymagała postępu i jasnych regulacji, aby można ją było włączyć do „tradycyjnej” rachunkowości gospodarczej przedsiębiorstw.

Bibliografía

- Abdellatif M., *Looking for Efficient Tax Incentives to Stimulate Research and Development and Economic Growth*, „New Zealand Journal of Taxation and Policy” 2009, vol. 15, n° 2.
- AFIDI (2020), *Dura crítica de Bruselas a los incentivos fiscales a la I+D en España: son complejos e ineficaces* (disponible en el sitio web de AFIDI: <http://www.afidi.es/2020/04/06/dura-critica-de-bruselas-a-los-incentivos-fiscales-a-la-id-en-espana-son-complejos-e-ineficaces/> [acceso 13 marzo 2021]).
- Alonso Murillo F., *Fiscalidad de la I+D+i. Tratamiento de los gastos en el Impuesto sobre Sociedades*, Netbiblo, 2010.
- Arginelli P., *Innovation through R&D Tax Incentives: Some Ideas for a Fair and Transparent Tax Policy*, „World Tax Journal” 2015, vol. 7, n° 1.
- Baghana, R., Mohnen, P., *Effectiveness of R&D tax incentives in small and large enterprises in Quebec*, „Small Business Economics” 2009, vol. 33, n° 1.
- Bal A., *Competition for Research & Development Tax Incentives in the European Union – How and Optimal Research & Development System Should Be Designed*, „Bulletin for International Taxation” 2012, vol. 66, n° 10.
- Bal A., *Tax Incentives: III-Advised Tax Policy or Growth Catalyts?*, „European Taxation” 2014, vol. 54, n° 2/3.
- Brokelind C., Hansson Å., *Tax Incentives, Tax Expenditures Theories in R&D: The Case of Sweden*, „World Tax Journal” 2014, vol. 6, n° 2.
- COM (2020) 575 final, *Estrategia anual de crecimiento sostenible 2021*.
- COM(2019) 190 final, *Informe sobre la aplicación del Plan de acción para la economía circular*.
- Comisión Europea (2020), *Informe sobre España que acompaña a la Comunicación sobre el Semestre Europeo 2020*, COM(2020) 150 final.
- Comisión Europea y Ecorys (2019), *Study on the practical impact of RDI State aid rules*, Publications Office of the European Union.
- Comisión Europea, *A Study on R&D Tax Incentives. Final report*, Working Paper n° 52, 2014.
- Corchuelo Martínez-Azúa, B., *Incentivos fiscales a la I+D en la OCDE: estudio comparativo*, „Cuadernos económicos de ICE” 2007, n° 73.

- FMI (2020), *Temporary Investment Incentives*, Fiscal Affairs – Special Series on COVID-19.
- Gil García E., *A review of the pre and post COVID-19 State aid rules in the area of R&D&I*, „Crónica Tributaria” 2020, n° 175.
- Gil García E., *Los incentivos fiscales a la I+D+i*, Tirant lo Blanch, 2017.
- Lokshin, B., Mohnen, P., *Measuring the Effectiveness of R&D tax credits in the Netherlands*, CIRANO-Scientific Publications, 2007.
- Milne, J.E., Villar, M., *Renewable Electricity and Tax Expenditures: Lessons from Two Countries*, „Intertax” 2020, vol. 48, n° 4.
- OECD (2020), *Tax and Fiscal Policy in Response to the Coronavirus Crisis: Strengthening Confidence and Resilience*, OECD Publishing.
- ONU Medio Ambiente (con la Comisión Europea), *Integración de la eco-innovación en las Políticas de consumo y producción sostenibles*, 2017.
- Pérez Bernabeu, B., *La I+D+i colaborativa a la luz de la normativa sobre ayudas de Estado (Especial referencia a las Spin-off universitarias)*, „Crónica Tributaria” 2015, n° 156.
- Rivas Sánchez, C., *Los incentivos fiscales a la innovación en España y en el ámbito comparado*, „Crónica Tributaria” 2008, n° 127.

El Fondo Verde como el estímulo para el desarrollo de las pymes

Europejski Zielony Ład jako bodziec dla rozwoju MŚP

Konrad Paweł Slowinski

Doctorando Derecho y Economía (CEINDO), Madrid

Introducción

Para tener éxito en mercados cada vez más globales y con un alto nivel de competitividad, las empresas requieren desarrollar nuevas ideas que se traduzcan en conocimientos útiles, transmisibles y conservables en el marco de sus estrategias empresariales. La competitividad de las empresas en gran medida se ve influenciada por la innovación, puesto que permite a las organizaciones encontrar más eficientemente la demanda de los clientes y aprovechar las oportunidades estratégicas de mercado¹.

Las pymes² y las grandes empresas poseen diferencias relevantes, que se caracterizan, de forma particular, en los obstáculos para lograr la innovación. Las pymes son más sensibles a la disponibilidad de recursos, habilidades desarrolladas y aspectos del entorno en el cual se desenvuelven. En general, las barreras financieras y la falta de personal calificado tienen un impacto mayor en la innovación para las pymes y las empresas jóvenes.

Sin duda alguna se puede constatar que las pymes son responsables directas de la mayor parte de productos y servicios que se prestan a los ciudadanos. Estas empresas constituyen un tejido económico que no solo crea empleo y riqueza, sino

¹ Zesati, R., Rangel Magdaleno, J., Martínez Serna, M., González Adame, M., *Las barreras que condicionan la actividad innovadora en la Pyme manufacturera: un estudio empírico*, „Recherches en Sciences de Gestion” 2017, vol. 4, n° 4, pp. 67–85.

² Sin embargo, dentro de las pymes, se hallan empresas con características muy diversas. Así, se pueden diferenciar entre:

Microempresas. Se trata de las empresas más pequeñas. Dentro de este grupo se pueden observar dos subgrupos, unos sin asalariados y otro con un número de asalariados inferior a diez. Otra característica que define a las microempresas es su volumen de negocios, que es inferior a los dos millones de euros;

Pequeñas empresas. Para ser considerada dentro de esta categoría, las empresas deben estar constituidas por una plantilla de entre 10 y 50 miembros y su volumen de negocios no puede superar los diez millones de euros;

Medianas empresas. En este grupo se encuentran aquellas empresas en las que trabajan menos de 250 empleados y cuyo volumen de negocios no sea superior a cincuenta millones de euros, o su balance anual no supere los cuarenta y tres millones.

que son vehículos de integración y de cohesión social y proporcionan un capital social y relacional de indudable valor local.

Las pymes son muy diversas en cuanto a modelos de negocio, tamaños, edades y perfiles de los empresarios, y se basan en gran variedad de talentos de mujeres y hombres. Abarcan desde las profesiones liberales y las microempresas del sector de servicios hasta empresas industriales de gama media, desde oficios tradicionales hasta empresas emergentes de alta tecnología. Por otro lado, se reconocen sus diferentes necesidades y qué tipo de ayuda necesitan, no solo a crecer y expandirse, sino también a ser competitivas, resilientes y sostenibles. Por tanto, es necesario establecer un enfoque ambicioso, global y transversal basado en medidas horizontales para ayudar a todo tipo de pymes, así como en acciones dirigidas a cubrir necesidades específicas, entre ellas la digitalización.

Solo una comunidad próspera de pymes que utilicen tecnologías y datos digitales puede situar a Europa como líder mundial en la configuración de la economía digital. La digitalización puede ofrecer grandes oportunidades a las pymes para mejorar la eficiencia de los procesos de producción y la capacidad para innovar productos y modelos de negocio. El uso de tecnologías disruptivas avanzadas, como la de cadena de bloques y la inteligencia artificial (IA³), la computación en la nube y la informática de alto rendimiento (HPC⁴), puede impulsar enormemente su competitividad.

Hay que añadir que está plenamente aceptado que las microempresas, las pequeñas y las medianas empresas son una fuente esencial de capacidades empresariales, innovación y empleo, y que no solo desempeñan un papel central en la economía europea, sino también desempeñan una función decisiva en la creación de empleo y, en términos más generales, constituyen un factor de estabilidad social y dinamismo económico⁵.

Desde un prisma internacional, la mayor atención que han recibido las pymes también refleja la opinión cada vez más generalizada de que éstas podrían desempeñar una función crucial de fomentar la innovación, el empleo y el crecimiento económico, sobre todo en el sector de servicios, que está cobrando cada vez más importancia en países desarrollados y en desarrollo⁶.

³ La IA se aplica a los sistemas que manifiestan un comportamiento inteligente, pues son capaces de analizar su entorno y pasar a la acción –con cierto grado de autonomía– con el fin de alcanzar objetivos específicos (definición de la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2018, Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final.

⁴ La computación de alto rendimiento (*high-performance computing* o HPC en inglés) representa la capacidad de procesar datos y realizar cálculos complejos a velocidades muy altas.

⁵ Reglamento (CE) n.º 800/2008 de la Comisión, de 6 de agosto de 2008, por el que se declaran determinadas categorías de ayuda compatibles con el mercado común en aplicación de los artículos 87 y 88 del Tratado

⁶ AA. VV, *Tributación de la pequeña y mediana empresa*, *International Tax Dialogue* (itdweb.org), Buenos Aires, Octubre 2007.

Sin embargo, las pymes todavía no se benefician plenamente de los datos, la savia de la economía digital. Muchas de ellas no son conscientes del valor de los datos que generan y no están lo bastante protegidas ni preparadas para la economía ágil en el manejo de los datos que se avecina. Solo el 17% de las pymes han integrado con éxito las tecnologías digitales en su negocio, frente al 54% de las grandes empresas⁷. Las pymes tradicionales suelen tener dudas al elegir su estrategia empresarial digital, tienen problemas para aprovechar grandes repositorios de datos que empresas más grandes tienen a su disposición y evitan las herramientas y aplicaciones avanzadas basadas en la IA. Simultáneamente, son muy vulnerables a las ciberamenazas.

1. La Política de las pymes – sus objetivos y retos

En grandes rasgos se puede resumir que la política de las pymes se conforma por un conjunto de instituciones, programas e incentivos orientados a mejorar las condiciones endógenas y exógenas de las pequeñas y medianas empresas que puedan ayudar a combatir la pobreza, mejorar la calidad de vida de la población como vehículos para el logro de múltiples objetivos de carácter más general, tales como la creación de empleo, el desarrollo de capital humano y la empleabilidad de los trabajadores, la integración y el desarrollo regional, pero también el incremento de la productividad y la promoción de la competencia en los mercados. Estos objetivos indirectos se lograrán a través de la creación de nuevas empresas y la consolidación y fortalecimiento de empresas existentes.

Podemos afirmar que en los últimos años ha existido unanimidad en la necesidad que han sentido los diferentes poderes legislativos en cuanto a fomentar y apoyar a un sector empresarial que se considera básico para incentivar la recuperación económica y el fomento de la creación de empleo, ya que realmente la mayor parte del empleo efectivo que se produce en cualquier país se encauza a través de empresas de reducida dimensión, por lo que parece adecuado para la economía nacional que se creen y se consoliden muchas de estas empresas⁸.

Las empresas privadas, y en particular las pymes, no solo generan la mayoría de los puestos de trabajo, creando oportunidades para que la gente aplique sus calificaciones y talentos y mejore su bienestar, sino también proporcionan los bienes y servicios que todos necesitamos, desde los bienes de consumo a la atención de salud, los alimentos y las viviendas. Dichas empresas son la fuente principal de ingresos fiscales y, por consiguiente, constituyen los cimientos en que descansa la prestación pública de servicios de salud, educación y de otro tipo. En todas partes,

⁷ Informe de 2018 del Grupo de Trabajo sobre Centros de Innovación Digital (texto en inglés) https://ec.europa.eu/futurium/en/system/files/ged/dihs_access_to_finance_report_final.pdf

⁸ A. Mas Ortiz., *El concepto de PYME en el ámbito tributario: la necesaria adaptación al concepto comunitario*, „Revista Quincena Fiscal” 2013, n° 5.

la iniciativa empresarial y la empresa son estimulantes vitales que impulsan cambios y progresos al contribuir efectivamente a que las economías no pierdan dinamismo ni competitividad.

En España la política de las pymes se ha venido articulando mediante múltiples medidas de la Administración General del Estado, las CCAA y los Entes Locales. Desde el año 2005, primero, mediante el Observatorio de la Pequeña y Mediana Empresa y posteriormente, desde el año 2013, con el Consejo Estatal de la PYME, las Administraciones públicas españolas se han dotado de un instrumento fundamental para definir y desarrollar políticas en materia de pequeña y mediana empresa. El Consejo Estatal de la Pequeña y la Mediana Empresa se crea mediante el Real Decreto 962/2013, de 5 de diciembre, y se define como el órgano colegiado de carácter consultivo, asesor y de colaboración en las materias que afectan a las pequeñas y medianas empresas para favorecer y facilitar su creación, crecimiento y desarrollo de ventajas competitivas. Está adscrito al Ministerio de Industria, Comercio y Turismo, a través de la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa, y desempeña las siguientes funciones:

- Realizar el seguimiento de la evolución, problemas y políticas que afectan a las pequeñas y medianas empresas para formular, en su caso, las recomendaciones y propuestas necesarias de cara a incrementar su número, actividad y competitividad;
- Formular recomendaciones para la coordinación de los distintos programas de apoyo a las pymes, llevados a cabo por los distintos organismos competentes, y armonizar criterios de prestación de servicios y de apoyo a las pymes;
- Analizar las prácticas europeas e internacionales de apoyo a las pymes y su transferibilidad a España, orientando a los poderes públicos en la aplicación del marco jurídico comunitario, de manera que se facilite una mayor actividad para las pymes;
- Contribuir a la valoración, reconocimiento y desarrollo de la función empresarial ante los medios de comunicación, en el entorno educativo y en la sociedad en general;
- Informar acerca de proyectos normativos.

2. Estructura y características del tejido empresarial español

El tejido empresarial de España presenta unas características muy similares a las del conjunto de la Unión Europea y, de hecho, es bastante homogéneo, en cuanto a su estructuración y composición, en las distintas provincias que componen el territorio español.

En materia de estructura empresarial, la realidad de cada país, está asociada al surgimiento de numerosas micro- pequeñas y medianas empresas de subsistencia

o de base social que influyen en la dinámica social y económica actuando como un mecanismo de estímulo al empleo y de combate a la pobreza⁹.

Hay que subrayar que las pymes son la rueda motriz de cualquier economía y están generando prácticamente el doble de empleo que las grandes compañías¹⁰.

Por otro lado, hay que tener en cuenta que la decisión de iniciar un negocio y llevar a la operación un proyecto tiene la perspectiva de alcanzar beneficios que permitan, en un primer momento, mantener en operación a la empresa y después dotarla de estabilidad económica. Desde la perspectiva evolucionista de la empresa, los incentivos que tiene un individuo para iniciar un negocio están relacionados con la perspectiva de apropiarse de los beneficios derivados de la actividad empresarial, sujetos a un proceso de selección, donde su capacidad de sobrevivir en el mercado depende inversamente de la diferencia entre su tamaño y su tamaño mínimo eficiente¹¹.

En España, la situación es especialmente difícil por su especialización productiva en los sectores de proximidad y movilidad que son los más afectados, por la mayor presencia de las pymes con un tamaño medio-pequeño, que son empresas más vulnerables ante la crisis y por la mayor duración e intensidad de las restricciones a la actividad y movilidad que se está produciendo en España¹².

Sobre cómo se estructura el tejido empresarial español, debemos tener muy en cuenta que España es un país donde sobresale el “sector servicios”. Según el Instituto Nacional de Estadística (INE) su peso en el PIB supuso el 74,11% en el primer trimestre de 2020 y 14.941.000 empleos¹³. La industria tiene el 16%¹⁴ (2.763.100 empleos), la construcción el 5,94% (1.277.900 empleos) y la agricultura el 2,79% (797.300 empleos). Por subsectores más específicos, el turismo cuenta con el 14% y entre el comercio y la hostelería aglutinan el 23,7% del total de ocupados.

Según el Directorio Central de Empresas (DIRCE)¹⁵, a 1 de enero del año 2020, hay en España 3.404.428 empresas, de las cuales 3.399.602 (99,9%) son las pymes

⁹ M. Taxis Flores, M. Ramírez Urquidy, J. Aguilar Barceló, *Microempresas de base social y sus posibilidades de supervivencia*, „Contaduría y Administración” 2016, vol. 61, iss. 3, pp. 551–567.

¹⁰ X. Greffe, ¿Crean empleo las Pymes?, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, D.L., pp. 11–30.

¹¹ A. Segarra, M. Callejón, *New firms’ survival and market turbulence: New evidence from Spain*. „Review of Industrial Organization” 2002, vol. 20, iss. 1, pp. 1–14.

¹² J. Morley, *La Comunidad Europea y las PYMES*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, D.L., 1988, pp. 291–298.

¹³ Porcentualmente, los ocupados supusieron, en el primer trimestre el 76,5% del total, frente al 73,5% de 2009.

¹⁴ En Europa es el 19% y en 1996 estaban en el 20% y en el 21%, respectivamente. El objetivo europeo de alcanzar el 20% del PIB en 2020 no se ha cumplido.

¹⁵ Datos del Directorio Central de Empresas (DIRCE), que el INE elabora específicamente para la DGIPYME, homologando el desglose de empresas con la definición de PYME de Eurostat. Retrato de la PYME, Edición: Marzo de 2021. Para consultar más datos véase:

– Demografía y población:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c id=1254734710984.

(entre 0 y 249 asalariados). Entre 2008 y 2019, el número total de empresas en España ha aumentado en 48.598 unidades, lo que equivale a un crecimiento en dicho periodo del 1,45%. A 1 de enero de 2020, el 81,9% de las empresas españolas ejercen su actividad en el sector servicios y, dentro de éste, un 21 % corresponde al comercio. Atendiendo al tamaño de las empresas, el 60,8% de las empresas de más de 250 empleados desarrolla su actividad en el sector resto de servicios, siguiéndole en representatividad la industria (21,5%), y el comercio (14,7%). En el caso de las pymes, la mayor concentración corresponde a los sectores de resto de servicios (60,6%), y de comercio (21,4%)¹⁶.

Atendiendo a la distribución sectorial, se observa cómo varía el tamaño empresarial en función de los sectores económicos a los que pertenecen las empresas. Así, el 84% de las empresas industriales son microempresas, y de ellas más del 48% tienen entre 1 y 9 empleados. Sin embargo, los sectores construcción y resto de servicios aglutinan el mayor número de empresas (con un 59,9% y un 59,8% respectivamente) en el tramo de microempresas sin asalariados. En el sector comercio, el 49,2% son microempresas sin asalariados y más del 47% tienen entre 1 y 9 empleados. El 12,9% de las empresas del sector industria son pequeñas empresas (de 10 a 49 empleados).

Las pequeñas empresas, son las casi 150.000 que comprenden entre los 10 y los 49 trabajadores que emplean 3 millones de asalariados. Para estas empresas, la legislación laboral se torna más compleja cuando supera los 50 trabajadores. Siendo relativamente frecuente que una empresa prefiera constituir una filial, antes que superar dicha cantidad. Las pymes representan lo más característico del sistema productivo, aunque nuestro país es superado por Italia, Grecia y Portugal. Por tanto, las pymes deben ser el objetivo primordial de la política económica de cualquier gobierno.

En última instancia, las 175.000 pymes con sus 5,4 millones de empleados, conforman la columna vertebral del tejido empresarial de España. Su inconveniente proviene de su reducido “tamaño”, que tradicionalmente se considera como una desventaja competitiva por su limitada productividad y crecimiento, dificultades propias para su expansión internacional, bien por inversión extranjera directa o exportación.

Por tanto, las pequeñas y medianas empresas tienen que plantearse el crecimiento como un objetivo permanente. Deben estar abiertas ante las oportunidades de fusiones y adquisiciones, acuerdos y alianzas estratégicas, con el propósito de

- Investigación y desarrollo:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c id=1254735576669.

- Mercado laboral:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c id=1254735976594.

- Nuevas tecnologías de la información y la comunicación:

http://www.ine.es/dyngs/INEbase/es/categoria.htm?c=Estadistica_P&c id=1254735976151.

¹⁶ Para consultar más datos véase Empresas inscritas en la seguridad social, datos anuales <http://www.empleo.gob.es/es/estadisticas/contenidos/anuario.htm>.

favorecer las economías de escala que les habilitan las oportunidades que suponen tener un mayor tamaño. De esta manera, sería más factible reestructurar el tejido empresarial español en beneficio de una mayor productividad, innovación e internacionalización, traducido en un más vigoroso crecimiento.

3. Barreras y obstáculos para el desarrollo de las pymes

Los veinticinco millones de pequeñas y medianas empresas de Europa son la columna vertebral de la economía de la Unión Europea. Emplean a alrededor de cien millones de personas, representan más de la mitad del PIB de Europa y desempeñan un papel clave, al aportar valor añadido a todos los sectores de la economía. Las pymes ofrecen soluciones innovadoras a desafíos como el cambio climático, el uso eficiente de los recursos y la cohesión social, y contribuyen a difundir esa innovación por todas las regiones de Europa. Por tanto, son fundamentales para la doble transición de la UE hacia una economía sostenible y digital. Son esenciales para la competitividad y la prosperidad de Europa, su soberanía económica y tecnológica y su resiliencia frente a las perturbaciones externas. Así, son un elemento esencial para el logro de la estrategia industrial de la UE.

Las pymes están profundamente integradas en el tejido económico y social de Europa. Aportan dos de cada tres empleos, ofrecen oportunidades de formación en todas las regiones y todos los sectores, también para los trabajadores poco cualificados, y contribuyen al bienestar de la sociedad, sin olvidar las zonas remotas y rurales. Por tanto, los desafíos cotidianos de las pymes europeas para cumplir las normas y acceder a la información, los mercados y las finanzas son desafíos para toda Europa.

El respeto de los reglamentos, las normas, las etiquetas y los trámites administrativos afecta a las pymes más que a las grandes empresas debido a sus limitados recursos financieros y humanos. Por ejemplo, en el sector de los servicios a empresas, los costes que soportan las pymes para respetar los trámites administrativos pueden ascender a 10 000 EUR¹⁷. Pese a los avances logrados desde la adopción de la «Small Business Act»¹⁸, el efecto acumulado de la normativa sigue siendo un problema importante para las pymes.

¹⁷ Ecorys Netherlands B.V., *Administrative formalities and costs involved in accessing markets cross-border for provisions of accountancy, engineering and architecture services*, (2017) [Trámites administrativos y costes del acceso a los mercados transfronterizos para la prestación de servicios de contabilidad, ingeniería y arquitectura].

¹⁸ La iniciativa «Small Business Act» aspira a mejorar el enfoque político global con respecto al espíritu empresarial, a fin de fijar irreversiblemente el principio de «pensar primero a pequeña escala» en la formulación de políticas, desde la elaboración de normas hasta los servicios públicos, y promover el crecimiento de las pyme ayudándolas a afrontar los problemas que siguen obstaculizando su desarrollo. Para más detalles véase la Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social

No obstante, para las pymes europeas, la legislación es compleja y onerosa, especialmente debido a los diferentes procedimientos aplicados en los distintos Estados miembros. Estas barreras disuaden a muchas de hacer negocios con otros países y de expandirse. Si lo hacen, a menudo utilizan grandes plataformas como intermediarios, lo que genera desigualdades en la capacidad de negociación.

La superación de estas barreras es una responsabilidad conjunta de la Unión Europea y los Estados miembros. Gran parte de la carga procede de la legislación nacional y es importante evaluar el impacto de las «medidas de sobrerregulación» para las pymes¹⁹. Junto con la Comisión, los Estados miembros deben persistir en la aplicación rigurosa de los principios de «pensar primero a pequeña escala»²⁰, «solo una vez»²¹ y «digital por defecto»²².

Tenemos que añadir que el mercado único es el mercado de referencia para las pymes europeas. Dicho mercado representa el 70% del valor de las exportaciones de mercancías de las pymes, y el 80% de las pymes exportadoras venden a otros Estados miembros²³. Sin embargo, el número de pymes que exportan a otros Estados miembros podría ser mucho mayor: Por ejemplo, solo el 17% de las pymes del sector manufacturero exportan dentro del mercado único²⁴. La Comunicación sobre las barreras del mercado único pone de manifiesto que los más afectados por la persistencia de las barreras son las pymes.

Por ello, hay que recalcar que un mercado único sólido, justo, inclusivo y resiliente, basado en el respeto de unas normas claras, constituye la base para la integración europea y el motor principal para la competitividad, el crecimiento y la creación de empleo en la UE, y es fundamental para la unidad de la UE, así como para su papel en la escena mundial²⁵.

Hay que reconocer que la recesión económica provocada por la crisis de la COVID-19 a nivel mundial y en la UE ha tenido consecuencias graves para la mayoría de las empresas de la UE, especialmente para las pymes y las empresas emergentes,

Europeo y al Comité de las Regiones - «Pensar primero a pequeña escala» «Small Business Act» para Europa: iniciativa en favor de las pequeñas empresas, COM(2008) 394 final.

¹⁹ La legislación de la UE puede dejar flexibilidad en el nivel de armonización o en la práctica de los Estados miembros («sobrerregulación»), COM(2020) 93 final, 10 de marzo de 2020.

²⁰ El principio de «pensar primero a pequeña escala» recuerda que deben tenerse en cuenta los intereses de las pymes en la elaboración de políticas, tanto a escala de la UE como nacional.

²¹ Con arreglo al principio de «solo una vez», los ciudadanos y las empresas facilitan diversos datos una sola vez a una administración pública.

²² El principio de «digital por defecto» pretende reducir la carga administrativa haciendo que la prestación digital de servicios sea la opción predeterminada de las administraciones públicas.

²³ Annual Report on European SMEs – SMEs growing beyond borders [Informe anual sobre las pymes europeas: pymes que crecen más allá de las fronteras].

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital, COM(2020) 103 final.

²⁵ Documento ST 10698/20, *Profundizar el mercado único para una recuperación sólida y una Europa competitiva y sostenible*, Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 11 de septiembre de 2020.

muchas de las cuales están viendo amenazada su existencia. Teniendo en cuenta estas consecuencias tan graves del funcionamiento de las pymes, hay que hacer especial hincapié en que ahora es un momento crucial para extraer enseñanzas de la crisis de la COVID-19, abordar las deficiencias existentes en el mercado único – en particular en la legislación pertinente – y dar un nuevo impulso de apoyo a la recuperación y la competitividad a largo plazo de nuestras empresas, en especial las pymes.

Sin embargo, el acceso a la financiación, lo que es esencial para que las compañías se adapten a los retos tecnológicos, incrementen su productividad, afronten el desarrollo de nuevos productos y se abran a los mercados internacionales al tiempo que generan crecimiento y empleo, continúa siendo uno de los principales obstáculos a los que se enfrentan las pymes.

El acceso a la financiación, sin duda alguna, es esencial para que las pymes puedan costear las necesidades de inversión de la transición. Sin embargo, en todas las fases del desarrollo, las pequeñas empresas tienen más dificultades que las grandes para obtener financiación. En el caso de los jóvenes emprendedores y las empresas emergentes, esto puede deberse a muchas razones, tales como no disponer de un historial financiero demostrado, carecer de garantías reales o que los inversores no tengan información para evaluar el riesgo de crédito o valorar los activos inmateriales. La mejora del acceso a la financiación requiere un enfoque que combine un entorno reglamentario propicio, financiación de la UE y nacional suficiente y armonizada, así como acceso a redes de empresas e inversores.

Por ello mejorar el acceso de las pymes a los instrumentos financieros, asistiendo a las pymes para encontrar disponibilidad de una mayor gama de dichos instrumentos y alternativos al crédito bancario, que se adapten a las distintas fases de su ciclo de vida, desde las etapas iniciales, hasta las fases de pleno desarrollo y simplificar el acceso a las ayudas para las pymes son unos de los retos más deseables para arrancar su desarrollo.

Como ya se ha mencionado, las pymes son muy diversas en cuanto a modelos de negocio, tamaños, edades y perfiles de los empresarios, y se basan en gran variedad de talentos de mujeres y hombres. Abarcan desde las profesiones liberales y las microempresas del sector de servicios hasta empresas industriales de gama media, desde oficios tradicionales hasta empresas emergentes de alta tecnología.

Para ayudar a las empresas no solo a crecer y expandirse, sino también a ser competitivas, resilientes y sostenibles la Comisión en su comunicado al Parlamento Europeo²⁶ ha presentado una estrategia para ayudar a todo tipo de pymes, así como en acciones dirigidas a cubrir necesidades específicas. La estrategia plantea medidas basadas en los tres pilares siguientes:

²⁶ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital, COM(2020) 103 final.

- desarrollo de capacidades y apoyo para la transición hacia la sostenibilidad y la digitalización;
- reducción de la carga normativa y mejora del acceso al mercado; y
- mejora del acceso a la financiación.

Para alcanzar resultados, la estrategia debe estar impulsada por acciones a nivel de la UE junto con un firme compromiso por parte de los Estados miembros. La participación activa de la comunidad de pymes y de las propias empresas será fundamental. Por consiguiente, la estrategia contará con el respaldo de una sólida asociación para la consecución de resultados entre la UE y los Estados miembros, incluidas las autoridades locales y regionales. Además, los empresarios deben aprovechar la oportunidad de los programas de inversión de la UE para que sus empresas sean más digitales y sostenibles, así como para crecer dentro y fuera del mercado único.

La estrategia se basa en los fortísimos cimientos del marco de actuación y los programas de apoyo que existen actualmente en la UE para las pymes, en particular la iniciativa en favor de las pequeñas empresas «Small Business Act» de 2008, la Iniciativa sobre las empresas emergentes y en expansión de 2016, el Programa para la Competitividad de las Empresas y para las Pequeñas y Medianas Empresas (COSME) y las acciones de apoyo a las pymes financiadas en el marco del programa Horizonte 2020 y de los Fondos Estructurales y de Inversión Europeos. Será fundamental para aplicar, entre otros, el Pacto Verde Europeo, el Plan de Acción para la Economía Circular, la Estrategia Europea para la Protección de Datos y el pilar europeo de derechos sociales.

La estrategia forma parte del paquete industrial que incluye la Comunicación «Determinar y abordar las barreras del mercado único» (la Comunicación sobre las barreras del mercado único) y su informe correspondiente²⁷, el Plan de acción a largo plazo para mejorar la aplicación y el cumplimiento de las normas del mercado único (el Plan de Acción sobre el Cumplimiento)²⁸ y la nueva estrategia industrial para Europa (la Estrategia industrial)²⁹. Se basa en muchas de las conclusiones de la Comunicación sobre las barreras del mercado único en lo relativo a los obstáculos a los que se enfrentan las pymes que desean operar a escala transfronteriza. La transposición, la aplicación y el cumplimiento correctos de la legislación de la UE son fundamentales para facilitar el crecimiento de las

²⁷ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Determinar y abordar las barreras del mercado único, COM(2020) 93 final.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Plan de acción a largo plazo para mejorar la aplicación y el cumplimiento de las normas del mercado único, COM(2020) 94 final.

²⁹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final.

pymes en el mercado único. El Plan de Acción sobre el Cumplimiento establece varias iniciativas para abordar estas cuestiones. La Estrategia industrial hace hincapié en el papel de las pymes para alcanzar una industria europea competitiva e innovadora.

4. El Fondo Verde de Activación de las pymes y la reactivación del tejido empresarial español

La crisis de la COVID-19 supone una gran sacudida, no solo para la economía europea, sino para la mundial, e impone la prioridad absoluta de frenar la destrucción de empresas por un lado, y por otro revertir la situación económica a favor del empleo y la recuperación de las rentas familiares.

El impacto económico de la crisis del coronavirus difiere según las distintas actividades y empresas en función de una serie de factores, como la posibilidad de adaptarse a las perturbaciones en las cadenas de suministro, la disponibilidad de existencias o la dependencia de los procesos de producción «justo a tiempo».

No obstante, con los incentivos precisos y los instrumentos en este caso financieros, se facilita la reestructuración y reactivación de las pequeñas y medianas empresas. De conseguirlo, no solo se fortalecería su capacidad productiva y competitiva, sino también, su crecimiento y dimensión para internacionalizarse.

La Comisión Europea, defendiendo la lucha contra el cambio climático como centro de la recuperación económica de Europa, ratificó el Pacto Verde y la digitalización como los vectores transformadores del sistema productivo europeo, que será más sofisticado, sostenible y socialmente más equilibrado.

El Pacto Verde³⁰ y la digitalización, han diseñado la estrategia de crecimiento económico post COVID-19, mediante inversiones en soluciones sostenibles que incorporan la calidad del trabajo. La participación de las empresas y el compromiso de los ciudadanos y de todas las partes interesadas son cruciales para su éxito.

La estrategia del Pacto Verde, como un modelo avanzado productivo e innovador, sin duda alguna, es una oportunidad de aprovechar la crisis de la pandemia del coronavirus, para convertir a la economía europea en más sostenible, resiliente y digital con el fin de implicar y apoyar activamente a todas las pymes en la doble transición, con vistas a lograr una mayor competitividad y un crecimiento a largo plazo.

En palabras de Ursula von der Leyen, el Pacto Verde se propone reforzar a las pequeñas y medianas empresas, columna vertebral de la Unión Europea, que repre-

³⁰ El Pacto Verde – la ruta que con anterioridad al coronavirus se había marcado la UE para erradicar los gases de efecto invernadero – abarca todos los sectores de la economía, especialmente los del transporte, la energía, la agricultura, los edificios y las industrias, como las de la siderurgia, el cemento, los textiles, los productos químicos y las TIC.

sentan más del 95% del tejido empresarial y el 85% de los puestos de trabajo creados en los últimos cinco años. Son las que emprenden, ofrecen formación profesional a los jóvenes, y representan todo lo bueno de la economía³¹.

Considerando que las pymes deberían ocupar un lugar central en el Pacto Verde Europeo y en la estrategia digital, y contar con el apoyo adecuado de instrumentos financieros adaptados y de un entorno legislativo favorable a las pymes, para poder desempeñar un papel importante en el crecimiento de la economía europea, así como en los objetivos estratégicos más amplios de la Unión, incluidos los objetivos medioambientales de aquí a 2050 las pymes deben participar activamente y recibir apoyo en la estrategia digital de la Unión y en el Pacto Verde Europeo para mejorar su competitividad y liberar su potencial para la digitalización. El Parlamento Europeo puso de relieve que el Pacto Verde Europeo y la transformación digital deberían facilitar las estrategias de recuperación y reconstrucción posteriores a la COVID-19. La contribución de las pymes será crucial para el éxito de las acuciantes preocupaciones medioambientales y sociales.

El Fondo Verde de Activación de las Pequeñas y Medianas Empresas se estructuraría con aportaciones económicas del Gobierno de España mediante el Fondo de Recuperación Europeo que cuenta con 750.000 millones de euros (500.000 no reembolsables y 250.000 millones en préstamos). A España le corresponden sobre 140.446 millones de euros (que son el 11% del PIB), de los cuales serían 77.324 millones de euros no reembolsables y 63.122 millones en préstamos, aunque hasta que no sea definitivamente aprobado, estas cifras no son definitivas. El Fondo por su carácter descentralizado, puede recibir las aportaciones correspondientes de las distintas Comunidades Autónomas y otros apoyos financieros provenientes del Banco Europeo de Inversiones e instituciones españolas como el ICO y Bankia³². El Fondo podría verse reforzado con aportaciones del Pacto Verde mediante el Mecanismo Para una Transición Justa³³. El Mecanismo otorga apoyo para contribuir a la movilización de un mínimo de 100.000 millones de euros durante el período 2021–2027 en las regiones más afectadas, a fin de mitigar el impacto socioeconómico de la transición hacia la economía verde. También se cuenta con la importante contribución del presupuesto de la UE a través de todos los instrumentos directamente relacionados con la transición. El Fondo para facilitar la transición crearía el Instituto Verde y Digital de la Pequeña y Mediana Empresa, desde donde se ad-

³¹ Véase el Programa de la presidenta de la Comisión Europea (noviembre 2019): Mi Agenda para Europa. Una Unión que se esfuerza por lograr más resultados. Orientaciones políticas para la próxima comisión europea 2019–2024.

³² Entidad pública hasta diciembre de 2021.

³³ El Mecanismo para una Transición Justa (MTJ) es un elemento fundamental para que el paso a una economía climáticamente neutra se haga de forma equitativa y no deje a nadie atrás. Contribuye a abordar los efectos sociales y económicos de la transición, centrándose en las regiones, las industrias y los trabajadores que se enfrentarán a los retos más importantes.

ministraría y gestionaría mediante la colaboración pública-privada, no excluyendo que su ámbito de actuación, se extienda a las micro empresas. El Fondo con su visión de futuro incorpora la sostenibilidad en el modelo de negocio y en la cultura empresarial y en particular de los empleados mediante las acciones pertinentes de información y formación.

El Mecanismo para una Transición Justa constará de tres fuentes principales de financiación:

- 1) El Fondo de Transición Justa, que recibirá 7.500 millones de euros de nuevos fondos de la UE, además de la propuesta de la Comisión para el próximo presupuesto a largo plazo de la UE. Para aprovechar su participación en el Fondo, los Estados miembros, en diálogo con la Comisión, tendrán que determinar los territorios elegibles a través de planes territoriales de transición territoriales específicos. También tendrán que comprometerse a aportar un euro por cada euro del Fondo de Transición Justa con cargo al Fondo Europeo de Desarrollo Regional y del Fondo Social Europeo Plus, además de proporcionar recursos nacionales adicionales. En conjunto, esto proporcionará entre 30.000 y 50.000 millones de euros de financiación, lo que a su vez movilizará incluso más inversiones. El Fondo concederá principalmente subvenciones a las regiones. Por ejemplo, ayudará a los trabajadores a obtener capacidades y competencias para el mercado laboral del futuro y a las pymes, empresas emergentes y viveros de empresas, a crear nuevas oportunidades económicas en esas regiones. También apoyará las inversiones en la transición hacia las energías limpias, por ejemplo, en eficiencia energética.
- 2) El Régimen de transición específico con cargo a InvestEU, que movilizará inversiones por un importe de hasta 45.000 millones de euros. Este régimen procurará atraer inversiones privadas, por ejemplo, en energía sostenible y transporte, que beneficien a estas regiones y ayuden a sus economías a encontrar nuevas fuentes de crecimiento.
- 3) El mecanismo de préstamos al sector público del Banco Europeo de Inversiones respaldado por el presupuesto de la UE, que movilizará entre 25.000 y 30.000 millones de euros en inversiones. Servirá para conceder préstamos al sector público, por ejemplo, para inversiones en las redes de calefacción urbana y la renovación de edificios. La Comisión presentará una propuesta legislativa para su creación en marzo de 2020.

El Mecanismo de Transición Justa no se limita a la financiación. Basándose en una plataforma de transición justa, la Comisión proporcionará asistencia técnica a los Estados miembros y los inversores, y garantizará la participación de las comunidades afectadas, las autoridades locales, los interlocutores sociales y las organizaciones no gubernamentales. El Mecanismo de Transición Justa incluirá un sólido marco de gobernanza centrado en planes de transición territoriales.

Conclusiones

Las pymes están profundamente integradas en el tejido empresarial, económico y social tanto español como europeo. Son además, muy diversas en cuanto a modelos de negocio, tamaños, edades y perfiles de los empresarios, y se basan en gran variedad de talentos de mujeres y hombres. Abarcan las profesiones liberales – aunque las profesiones liberales reguladas y sujetas a normas específicas de su sector de actividad (farmacéutico, judicial, etc.) no se incluyen como tales en la definición de pyme –, las microempresas, las empresas industriales de gama media, los oficios tradicionales y las empresas emergentes de alta tecnología.

Partiendo de la importancia de las pymes en la economía de cada país, es lógico que las organizaciones internacionales se afanen tanto en fomentarlas y protegerlas como en darles una delimitación precisa³⁴. Una delimitación precisa favorecería identificar las necesidades de cada subcategoría de las empresas que integran la categoría pyme.

También cabe destacar, que después de una temporada tan dura no solo para España sino también para la economía mundial, el tejido empresarial español necesita ser reestructurado y reactivado con el objetivo central de alumbrar un nuevo modelo productivo, alineado con la estrategia industrial europea en consonancia con el Pacto Verde y la digitalización de la Unión Europea.

Hoy en día es el momento de aprovechar intensamente esta nueva oportunidad que en esta ocasión ofrece la COVID-19 –anteriormente la ofreció la Gran Recesión– para acometer con decisión no exenta de audacia la reindustrialización de la economía española³⁵. Hoy la prioridad pasa por salvar al tejido empresarial, las rentas familiares y el empleo, para abordar la reestructuración y reactivación de la economía española y con ello, conseguir un tejido empresarial potente, eficiente, competitivo y alineado con el Pacto Verde y la digitalización como pilares básicos de crecimiento económico post COVID-19.

Para conseguirlo es preciso diálogo, coordinación y acuerdo a escala nacional y europea, como claves para lograr tan loable propósito y dejar a las generaciones futuras un ejemplo de lo que significa la unidad de acción, la determinación, la solidaridad y los sentimientos, todos ellos valores muy propios de la cultura española y europea.

Hacer frente a esta crisis, llevar a cabo una recuperación sostenible para la Unión Europea y salir de la crisis más fuertes que antes, hoy en día, es el propósito primordial de cada gobierno. También debemos hacer hincapié en que, a este respecto, la solidaridad y el despliegue de esfuerzos comunes son necesarios para una recuperación rápida, no solo prestando una ayuda financiera rápida y focalizada

³⁴ AA. VV., *Tributación de la pequeña y mediana empresa*, op. cit. Pese a ello, no debemos olvidar que la clasificación de una determinada empresa como grande, mediana o pequeña a efectos tributarios varía significativamente de un país a otro, según el grado de desarrollo y la magnitud general de la actividad económica.

³⁵ Casilda Béjar, R., *El tejido empresarial español y el Pacto Verde de la Unión Europea*, Documentos de trabajo Centro de Estudios Economía de Madrid, DT 01/20.

a las empresas más afectadas, sino también eliminando obstáculos, reduciendo la burocracia y las barreras y mejorando las condiciones marco de las empresas, también en el sector de servicios.

Para que esta transición pueda conducir hacia una Europa más sostenible desde las perspectivas económica, ambiental y social, debe ir de la mano de la transición hacia la digitalización. Esto requiere medidas específicas encaminadas a desarrollar una capa de pymes prósperas para la economía y a dar oportunidades de crecimiento a las pymes que deseen expandirse. Es necesaria una inversión a escala de la UE para crear la infraestructura empresarial e innovadora adecuada para las pymes.

En definitiva, hay que constatar que las pymes están llamadas a jugar un papel decisivo en los próximos años donde los cambios abrirán nuevos nichos de mercado, más emprendedores asumirán los nuevos valores sociales y medioambientales y más empresarios querrán formar parte del capitalismo inclusivo para ser parte de la transformación.

Streszczenie / Resumen extenso

Europejski Zielony Ład jako bodziec dla rozwoju MŚP

Małe i średnie przedsiębiorstwa są istotnym elementem zarówno hiszpańskiej, jak i europejskiej struktury biznesowej. Są bardzo zróżnicowane pod względem modeli biznesowych, wielkości oraz profili przedsiębiorców; opierają się na szerokim wachlarzu umiejętności zarówno kobiet, jak i mężczyzn. Obejmują one wolne zawody (z wyjątkiem regulowanych wolnych zawodów, które podlegają przepisom właściwym dla swojego sektora działalności), mikroprzedsiębiorstwa, przedsiębiorstwa przemysłowe o małym i średnim zasięgu, tradycyjne warsztaty rzemieślnicze i zaawansowane technologicznie przedsiębiorstwa typu start-up.

Należy wskazać, że 25 milionów MŚP w Europie stanowi główny trzon gospodarki Unii Europejskiej. Przedsiębiorstwa te zatrudniają około stu milionów osób oraz reprezentują ponad połowę europejskiego PKB, a jednocześnie odgrywają kluczową rolę w tworzeniu wartości dodanej we wszystkich sektorach gospodarki. Małe i średnie przedsiębiorstwa oferują innowacyjne rozwiązania dla różnego rodzaju wyzwań współczesnego świata, takich jak zmiana klimatu, efektywne wykorzystanie zasobów, spójność społeczna, jak również przyczyniają się do rozpowszechniania innowacji w Europie. Są niezbędnym elementem przekształcenia UE w kierunku gospodarki zrównoważonej oraz cyfrowej.

Należy jednak podkreślić, że aby odnieść sukces na rynkach globalnych o coraz większym stopniu konkurencyjności, przedsiębiorstwa te muszą opracować nowe pomysły, które powinny się przekładać na użyteczną, zbywalną i utrwaloną wiedzę w ramach swoich strategii biznesowych. Konkurencyjność ta jest w dużej mierze oparta na innowacjach, które pozwalają im w sposób efektywny dotrzeć do coraz

bardziej wysublimowanych zapotrzebowań klientów, a także wykorzystać strategiczne możliwości rynkowe.

Małe i średnie przedsiębiorstwa, w przeciwieństwie do dużych przedsiębiorstw, zmagają się z wieloma przeszkodami w dostępie do innowacji. Największe bariery to bariery finansowe oraz brak wykwalifikowanej kadry. Ograniczają one rozwój MŚP oraz nowo powstałych firm. Dlatego konieczne jest przyjęcie ambitnego, globalnego i przekrojowego podejścia opartego na działaniach horyzontalnych, które mają pomóc MŚP, w tym podejścia opartego na działaniach ukierunkowanych na zaspokojenie określonych potrzeb, w szczególności potrzeb związanych z cyfryzacją. Należy podkreślić, że tylko dobrze prosperująca społeczność MŚP korzystających z danych i technologii cyfrowych może zapewnić Europie pozycję światowego lidera w kształtowaniu gospodarki cyfrowej. Cyfryzacja może zaoferować tym przedsiębiorcom ogromne możliwości poprawy wydajności procesów produkcyjnych oraz zdolności do wprowadzania innowacji w produktach i modelach biznesowych. Korzystanie z zaawansowanych, przełomowych technologii, takich jak *blockchain* czy sztuczna inteligencja (SI) – która nie tylko ułatwia nam życie, ale także pomaga rozwiązywać niektóre z największych wyzwań świata: od leczenia chorób przewlekłych lub zmniejszenia liczby ofiar śmiertelnych w wypadkach drogowych po przeciwdziałanie zmianom klimatu lub przewidywanie zagrożeń dla bezpieczeństwa cyberprzestrzeni – dzięki przetwarzaniu i przechowywaniu danych w chmurze i obliczeniom o wysokiej wydajności (*high-performance computing*, HPC), mogą znacznie zwiększyć konkurencyjność MŚP.

Z przeprowadzonej analizy wynika, że jedną z największych barier, które napotykają MŚP przy realizacji inwestycji związanych z transformacją, jest niewątpliwie dostęp do finansowania. Bez wątplenia na wszystkich etapach rozwoju małe firmy mają większe trudności z pozyskaniem finansowania niż duże przedsiębiorstwa, co w sposób widoczny przekłada się na ich zaawansowanie technologiczne. W wypadku młodych przedsiębiorców i start-upów może to wynikać m.in. z braku udokumentowanej historii finansowej, braku zabezpieczeń lub braku informacji pozwalających na ocenę ryzyka kredytowego lub z nieistotności aktywów. Dlatego poprawa dostępu do finansowania wymaga podejścia, które łączy sprzyjające otoczenie regulacyjne, wystarczające oraz zharmonizowane finansowanie zarówno unijne, jak i krajowe, a także dostęp do sieci przedsiębiorstw i inwestorów. Stąd też, aby zapewnić rozwój cyfrowy MŚP, w pierwszej kolejności należy im ułatwić dostęp do źródeł finansowania, oferując im możliwość pozyskania większej liczby instrumentów oraz alternatyw dla kredytu bankowego, które powinny być dostosowane do różnych faz ich cyklu, od początkowych etapów do pełnego etapy rozwoju. Bez wątplenia ułatwienie dostępu do pomocy oraz wsparcia finansowego są dla MŚP jednym z najtrudniejszych wyzwań związanych z rozpoczęciem ich stabilnego rozwoju.

Porównując sytuację MŚP prowadzących działalność na Półwyspie Iberyjskim z sytuacją takich firm w Europie, należy wskazać, że struktura biznesowa Hiszpanii

charakteryzuje się cechami bardzo podobnymi do tych, które występują w całej Unii Europejskiej, i w rzeczywistości jest dość jednorodna pod względem struktury i składu w różnych prowincjach tworzących terytorium Hiszpanii. Jednocześnie należy podkreślić, że obecna sytuacja na Półwyspie Iberyjskim jest szczególnie trudna z powodu specjalizacji produkcyjnej na rynkach lokalnych, które są najbardziej dotknięte skutkami kryzysu, ze względu na większą obecność małych i średnich przedsiębiorstw. Małe i średnie przedsiębiorstwa są przedsiębiorstwami bardziej podatnymi na kryzys, a w szczególności na kryzys związany z COVID-19, który odcisnął znaczące piętno na gospodarce hiszpańskiej, powodując zwiększone zapotrzebowanie na dodatkowe źródła finansowania.

Dzięki niezbędnym zachętom oraz instrumentom finansowym restrukturyzacja i reaktywacja małych i średnich przedsiębiorstw może być ułatwiona, co może się przyczynić nie tylko do wzrostu zdolności produkcyjnych i konkurencyjności MŚP, ale także do ich internacjonalizacji.

Strategia Europejskiego Zielonego Ładu dla Unii Europejskiej (UE) i jej obywateli oraz cyfryzacja, zaproponowane przez Komisję Europejską, formułują strategię wzrostu gospodarczego po COVID-19, przy założeniu, że w UE nastąpi ożywienie gospodarcze, poprzez inwestycje w zrównoważone rozwiązania, które uwzględniają jakość pracy. Zaangażowanie przedsiębiorstw oraz zaangażowanie obywateli i wszystkich zainteresowanych stron ma kluczowe znaczenie dla strategii wzrostu gospodarczego. Strategia Europejskiego Zielonego Ładu, jako nowa strategia na rzecz wzrostu gospodarczego, której celem jest przekształcenie UE w sprawiedliwe i prosperujące społeczeństwo żyjące w nowoczesnej, zasobooszczędnej i konkurencyjnej gospodarce, jest niewątpliwie okazją do wykorzystania kryzysu pandemii koronawirusa, aby uczynić gospodarkę europejską bardziej zrównoważoną, odporną na zawirowania ekonomiczne, a także cyfrową, przy jednoczesnym aktywnym wsparciu MŚP w dążeniu do osiągnięcia większej konkurencyjności i długoterminowego wzrostu.

Zakończenie w Hiszpanii stanu alarmowego spowodowanego pandemią COVID-19 daje możliwość wykorzystania nowej szansy, która pojawiła się w wyniku COVID-19 – poprzednio powstałej w wyniku wielkiej recesji (Gran Recesión) – do podjęcia reindustrializacji hiszpańskiej oraz europejskiej gospodarki ze śmiałością i ogromną determinacją. Obecnie najważniejszym priorytetem jest ratowanie struktury biznesowej, dochodów rodzinnych i zatrudnienia, zajęcie się restrukturyzacją i reaktywacją gospodarki, a wraz z nią osiągnięcie potężnej, wydajnej i konkurencyjnej struktury biznesowej zgodnej z Europejskim Zielonym Ładem i cyfryzacją jako podstawowymi filarami wzrostu gospodarczego po epidemii COVID-19. Żeby to osiągnąć, niezbędny jest dialog, koordynacja i porozumienie na szczeblu nie tylko krajowym, ale i europejskim, które są kluczem do osiągnięcia tak szczytnego celu i pozostawiania przyszłym pokoleniom przykładu tego, co oznaczają jedność działania, determinacja, solidarność oraz wrażliwość – wartości typowe zarówno dla kultury hiszpańskiej, jak i europejskiej.

Sukces transformacji ku bardziej zrównoważonej Europie z perspektywy gospodarczej, środowiskowej i społecznej będzie możliwy dzięki przejściu na cyfryzację. Wymaga to szczególnych środków mających na celu rozwój dobrze już prosperujących przedsiębiorstw, a także zapewnienie możliwości wzrostu MŚP pragnącym się rozwijać. Niezbędne są jednak inwestycje na szczeblu UE, których celem będzie zbudowanie infrastruktury biznesowej oraz innowacyjnej odpowiedniej dla MŚP.

Bibliografía

- AA. VV, *Tributación de la pequeña y mediana empresa*, *International Tax Dialogue* (itdweb.org), Buenos Aires, Octubre 2007.
- Casilda Béjar, R., *El tejido empresarial español y el Pacto Verde de la Unión Europea*, Documentos de trabajo Centro de Estudios Economía de Madrid, DT 01/20.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2018, Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Una estrategia para las pymes en pro de una Europa sostenible y digital, COM(2020) 103 final.
- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Determinar y abordar las barreras del mercado único, COM(2020) 93 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Plan de acción a largo plazo para mejorar la aplicación y el cumplimiento de las normas del mercado único, COM(2020) 94 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final.
- Documento ST 10698/20: Profundizar el mercado único para una recuperación sólida y una Europa competitiva y sostenible. Consejo de la Unión Europea, Bruselas, 11 de septiembre de 2020.
- Ecorys Netherlands B.V. *Administrative formalities and costs involved in accessing markets cross-border for provisions of accountancy, engineering and architecture services*, Publications Office of the European Union 2017.
- Grefe X., ¿Crean empleo las Pymes?, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, D.L. 1988, pp. 11–30.
- Informe de 2018 del Grupo de Trabajo sobre Centros de Innovación Digital.
- Mas Ortiz A., *El concepto de PYME en el ámbito tributario: la necesaria adaptación al concepto comunitario*, „Revista Quincena Fiscal” 2013, n° 5.
- Morley, J., *La Comunidad Europea y las PYMES*, Centro de Publicaciones, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, D.L., 1988.
- Segarra A., Callejón M., *New firms’ survival and market turbulence: New evidence from Spain*, „Review of Industrial Organization” 2002, vol. 20, iss. 1.
- Texis Flores M., Ramírez Urquidí M., Aguilar Barceló J. (2016), *Microempresas de base social y sus posibilidades de supervivencia*, „Contaduría y Administración” 2016, vol. 61, iss. 3, pp. 551–567.
- Zesati R., Rangel Magdaleno J., Martínez Serna M., González Adame M., *Las barreras que condicionan la actividad innovadora en la Pyme manufacturera: un estudio empírico*, „Recherches en Sciences de Gestion” 2017, vol. 4, n° 4, pp. 67–85.

Systemy certyfikacji produktów, usług i procesów ICT na jednolitym rynku cyfrowym – ujęcie normatywne

Sistemas de certificación de productos, servicios y procesos TIC en el Mercado Único Digital: un enfoque normativo

Agnieszka Żywicka

Uniwersytet im. Jana Kochanowskiego w Kielcach

Wprowadzenie; identyfikacja problemu i założenia badawcze

Zmiany społeczno-gospodarcze, w tym globalizacja gospodarki, sprawiły, że produkty cyfrowe oraz sieci i usługi łączności elektronicznej odgrywają coraz większą rolę w społeczeństwie europejskim, wspomagając funkcjonowanie rynku wewnętrznego Unii Europejskiej w różnych jego obszarach i zmieniając paradygmat funkcjonowania gospodarki. Zgodnie z nim nowy model gospodarczy ma realizować funkcjonalnie powiązane cele, obejmujące wzmocnienie efektywności i innowacyjności gospodarki oraz ochronę środowiska naturalnego poprzez zmniejszenie uzależnienia gospodarki od tradycyjnych form bezpośredniego załatwiania spraw¹. Osiągnięciu powyższych zamierzeń służy jednolity rynek cyfrowy UE, ukierunkowany na zapewnienie bezpieczeństwa i niezakłóconego przebiegu transakcji zawieranych przez Internet. Mimo że owa problematyka znajduje się od kilkunastu lat w centrum zainteresowania Unii Europejskiej, prawodawca unijny dopiero niedawno dostrzegł, że w obszarze produktów cyfrowych i urządzeń podłączonych do Internetu brakowało dotychczas spójnych i precyzyjnych rozwiązań prawnych gwarantujących i potwierdzających ich bezpieczeństwo oraz odporność na różnego rodzaju zagrożenia – w tym cyberataki. Brak rozwiązań normatywnych w powyższym zakresie skutkował nieefektywnym cyberbezpieczeństwem.

Remedium na zidentyfikowane problemy są rozwiązania prawne wprowadzone Rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady UE 2019/881 z dnia 17 kwietnia

¹ Por. A. Chwiałkowska, J. Kola, *Wpływ ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych na realizację umów na wykonanie zadania publicznego – rozważania nad spójnością działań prawodawcy*, w: *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju sektora elektromobilności w Polsce*, red. K. Kokocińska, J. Kola, Warszawa 2019, s. 87.

2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej do spraw Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013². Wymienionym aktem wprowadzono jednolite procedury certyfikacji produktów, usług i procesów ICT oparte na systemie oceny zgodności oraz udoskonalono sieciowe struktury nadzoru w ramach jednolitego rynku cyfrowego UE. Mając na względzie powyższą regulację, można sformułować tezę, że narzędziem prawnym służącym do zwiększenia poziomu cyberbezpieczeństwa, zagwarantowania równego dostępu do produktów i usług cyfrowych oraz budowy zaufania przedsiębiorców i konsumentów do tych produktów na jednolitym rynku cyfrowym UE jest uniwersalny system certyfikacji produktów, systemów i procesów ICT.

Cyberbezpieczeństwo jest zagadnieniem interdyscyplinarnym szeroko analizowanym w literaturze na wielu płaszczyznach naukowych oraz w wielu ujęciach³. Dla uniknięcia fragmentaryczności rozważań w niniejszym opracowaniu skoncentrowano się więc na normatywnych kwestiach kształtowania polityki cyfrowej UE (jednolitego rynku cyfrowego UE) i prawnych uwarunkowaniach gwarantowania bezpieczeństwa produktów cyfrowych z perspektywy certyfikacji.

Przy powyższych założeniach badawczych w opracowaniu poddano eksplikacji przystawalność oceny zgodności wyrobów w ujęciu systemowym (jako instytucji prawnej i technicznej) do weryfikacji jakości i bezpieczeństwa produktów, procesów i usług ICT. Wobec tak zarysowanego problemu badawczego opracowanie jest próbą udzielenia odpowiedzi na następujące pytania: Czy system oceny zgodności wyrobów jest adekwatnym narzędziem do potwierdzania bezpieczeństwa i jakości produktów cyfrowych? Czy owa regulacja spowoduje faktyczne zniesienie barier w dostępie do produktów cyfrowych dla przedsiębiorców i konsumentów i czy nie pozostanie jedynie w sferze postulatów? Jaka jest natura prawna (forma prawna) aktów prawnych (certyfikatów, deklaracji) wydawanych w procesie certyfikacji produktów, procesów i usług ICT?

² Dz. Urz. UE z 7.06.2019, L151/15.

³ Wobec braku uniwersalnej definicji cyberbezpieczeństwa odsyłam do literatury przedmiotu na temat tego zjawiska, np.: C. Banasiński, *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, w: *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018; J. Skrzypczak, *Polityka ochrony cyberprzestrzeni RP*, „Przegląd Strategiczny” 2014, nr 7, s. 133; *Cybersecurity in the European Union and Beyond: Exploring the Threats and Policy Responses*, Directorate – General for Internal Policies, European Union, Brussels 2015, s. 13; Z. Chmielewski, *Polityka publiczna w zakresie ochrony cyberprzestrzeni w UE i państwach członkowskich*, „Studia z Polityki Publicznej” 2016, nr 3, s. 103–128; *Cyberbezpieczeństwo jako element bezpieczeństwa państwa i ochrony obywateli*, red. J. Trubalska, Ł. Wojciechowski, Lublin 2019; M. Grzelak, K. Liedel, *Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni. Zagrożenia i wyzwania dla Polski – zarys problemu*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 2012, nr 22, t. 2, s. 129–130; J. Stańczyk, *Współczesne pojmowanie bezpieczeństwa*, Warszawa 1996, s. 20; J. Wasilewski, *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2013, nr 9, s. 227.

1. Założenia jednolitego rynku cyfrowego UE – w poszukiwaniu genezy ram prawnych certyfikacji produktów cyfrowych

Genezy bezpieczeństwa produktów ICT w kontekście certyfikacji należy upatrywać w ogólnej polityce cyberbezpieczeństwa UE, której założenia były fundamentami konkretnych rozwiązań prawnych w sferze certyfikacji jako narzędzia wzmacniającego bezpieczne korzystanie z tych produktów. Eksplikacja zagadnień dotyczących kształtowania jednolitej polityki cyfrowej na rynku wewnętrznym UE w zakresie bezpieczeństwa produktów, procesów i usług ICT wymaga zatem krótkiego odniesienia się do katalogu zagadnień, które powinny być regulowane w ramach tej polityki unijnej. W literaturze wymieniane są tutaj kwestie związane z wielopłaszczyznowym i wielopodmiotowym zarządzaniem (*governance*) cyberprzestrzenią (neutralność sieciowa na rynku komunikacji elektronicznej, przydzielanie nazw i adresów w Internecie, prawa autorskie i znaki towarowe, niechciana korespondencja e-mailowa), kwestie związane z użytkownikami cyberprzestrzeni (działanie reklam zawierających złośliwe oprogramowanie, podawanie się za kogoś innego, odpowiednie korzystanie, cyberprzestępczość, geolokalizacja, prywatność, zagadnienia związane z cyberkonfliktami (kradzież własności intelektualnej, cyberspiegostwo, cybersabotaż, cybernetyczne działania wojenne), problemy związane z infrastrukturą cyberprzestrzeni, szczegółowe problemy zarządzania cyberprzestrzenią (m.in. odpowiedzialność za powierzone dane, zarządzanie ryzykiem, certyfikowanie zawodów, zasady bezpieczeństwa, badania i rozwój)⁴. W ten ostatni obszar wpisuje się również zagadnienie certyfikacji systemów, usług i procesów ICT jako instrumentu zapewniającego (potwierdzającego wiarygodność) bezpieczeństwo produktów na jednolitym rynku cyfrowym⁵.

Polityka cyfrowa UE stanowi uszczegółowienie zidentyfikowanych powyżej problemów cyberbezpieczeństwa, ponieważ opiera się na idei jednolitego rynku cyfrowego, którego celem jest zapewnienie bezpieczeństwa transakcji dokonywanych przez Internet. Jednolity rynek cyfrowy konstrukcyjnie jest oparty na swobodach rynku wewnętrznego UE (będąc zarazem jego elementem), zatem w tych swobodach należy szukać jego założeń normatywnych. Rynek ten zmierza bowiem do wyeliminowania ograniczeń w dokonywaniu transakcji drogą elektroniczną oraz do zniesienia barier handlowych między państwami członkowskimi w celu zwiększenia dobrobytu gospodarczego i zbudowania bliskich więzi między nimi, które znajdują odzwierciedlenie w koncepcji rynku wewnętrznego określanego jako „obszar bez granic wewnętrznych, w obrębie którego zapewniony jest swobodny przepływ towa-

⁴ Z. Chmielewski, *Polityka...*, s. 109; J.L. Bayuk, J. Healey, P. Rohmeyer, M.H. Sachs, J. Schmidt, J. Weiss, *Cyber Security Policy Guidebook*, John Wiley & Sons Inc., Hoboken, New Jersey 2012, s. 89.

⁵ M. Szczygieł, *Polityka cyberbezpieczeństwa Unii Europejskiej – początek drogi do strategicznej autonomii*, „Sprawy Międzynarodowe” 2018, nr 2, s. 162–166; M. Berdel-Dudzińska, *Pojęcie cyberprzestrzeni we współczesnym polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 2, s. 23–24.

arów, osób, usług i kapitału”⁶. Koncepcja ta jest kontynuacją strategii „Europa 2020”, która wprowadziła europejską agendę cyfrową⁷ będącą jedną z siedmiu inicjatyw przewodnich, co podkreśliło kluczową rolę, którą odegrały technologie informacyjno-komunikacyjne. W Strategii jednolitego rynku cyfrowego dla Europy⁸ Komisja uznała ten rynek za priorytet. Problematyka zbudowania jednolitego rynku cyfrowego znalazła się również w centrum zainteresowania Parlamentu Europejskiego, który podjął w tym zakresie liczne inicjatywy ustawodawcze w formie rezolucji odnoszących się do zbudowania ram prawnych tego rynku⁹.

Działania organów UE wskazują, że transformacja cyfrowa spowodowała, że kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy jest obecnie jedną z kluczowych polityk publicznych Unii Europejskiej, której celem jest zapewnienie konsumentom dostępu do bezpiecznych produktów oraz rozwój konkurencyjności jednolitego rynku cyfrowego, przy jednoczesnym zapewnieniu bezpieczeństwa usług cyfrowych jako środka służącego osiągnięciu neutralności klimatycznej do 2050 r. Unia Europejska dostrzega bowiem, że korzystanie z produktów cyfrowych, poprzez ograniczenie konieczności przemieszczania się ludzi, może korzystnie wpływać na ograniczenie emisji szkodliwych substancji do środowiska naturalnego, a tym samym sprzyjać poprawie klimatu¹⁰. Dynamicznie rozwijające się od blisko 30 lat technologie informatyczne spowodowały zniesienie wielu ograniczeń komunikacyjnych i geograficznych. Stały się podstawą złożonych systemów wspierających codzienne działania społeczne, ułatwiających funkcjonowanie gospodarek krajowych w wielu kluczowych sektorach, takich jak opieka zdrowotna, energetyka, finanse czy transport. Cyfryzacja i sieci połączeń stają się wobec tego podstawowymi ele-

⁶ Art. 4 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana), Dz. Urz. UE z 26.10.2012, C/326/47.

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów Europejska agenda cyfrowa, KOM(2010)245 wersja ostateczna, Bruksela, 19.05.2010 (online), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0245> [dostęp: 30.10.2020].

⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy, COM(2015)0192, Bruksela, 6.05.2015 (online), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=celex%3A52015DC0192> [dostęp: 31.10.2020].

⁹ Można w tym zakresie wymienić następujące dokumenty: Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 20.04.2012 r. w sprawie konkurencyjnego rynku cyfrowego – administracja elektroniczna jako projekt przewodni, Dz. Urz. UE z 7.09.2013, C 258/64.; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4.07.2013 r. w sprawie stworzenia jednolitego rynku cyfrowego, Dz. Urz. UE z 26.02.2016, C 75/120; Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 19.01.2016 r. w kierunku aktu o jednolitym rynku cyfrowym, Dz. Urz. UE z 12.01.2018, C 11/55; Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów w sprawie umożliwienia transformacji cyfrowej opieki zdrowotnej i społecznej na jednolitym rynku cyfrowym, wzmacniania pozycji obywateli i budowania zdrowszego społeczeństwa, COM(2018) 233, Bruksela, 18.12.2019.

¹⁰ Por. Konkluzje Rady w sprawie kształtowania cyfrowej przyszłości Europy, Bruksela, 9.06.2020, Dz. Urz. UE z 16.06.2020, C 202 I/1.

mentami coraz większej liczby produktów i usług, a w wyniku nastania Internetu rzeczy w następnym dziesięcioleciu prognozowane jest zainstalowanie wyjątkowo dużej liczby połączonych urządzeń cyfrowych w Unii Europejskiej¹¹.

Pierwszym unijnym aktem normatywnym odnoszącym się kompleksowo do problemu cyberbezpieczeństwa w obszarze infrastruktury informatycznej w ujęciu systemowym była dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii¹² (dyrektywa NIS). Dyrektywa koncentrowała się na trzech filarach: instytucjach, które powinny powstać we wszystkich państwach członkowskich, współpracy na poziomie europejskim oraz zobowiązaniach w zakresie bezpieczeństwa sieci i informacji. Zobowiązywała państwa członkowskie UE do zagwarantowania minimalnego poziomu zdolności krajowych w dziedzinie cyberbezpieczeństwa poprzez ustanowienie właściwych organów oraz jednolitego punktu kontaktowego ds. cyberbezpieczeństwa, powołanie zespołów reagowania na incydenty komputerowe (CSIRT) oraz przyjęcia krajowych strategii w zakresie cyberbezpieczeństwa. W dyrektywie sformułowano obowiązki służące zapewnieniu cyberbezpieczeństwa systemów informacyjnych w sektorach usług o kluczowym znaczeniu dla utrzymania krytycznej działalności społeczno-gospodarczej (energetyce, transporcie, bankowości i instytucjach finansowych, sektorach zdrowia, zaopatrzenia w wodę i infrastrukturze cyfrowej). Zgodnie z dyrektywą operatorzy najważniejszych usług zostali zobowiązani do stosowania odpowiednich zabezpieczeń, szacowania ryzyka oraz do zgłaszania właściwym organom lub CSIRT wszelkich incydentów poważnie zagrażających ich systemom informacyjnym oraz mogących znacząco zakłócić ciągłość działania usług.

Europejskie ramy certyfikacji cyberbezpieczeństwa wprowadzono rozporządzeniem Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z 17 kwietnia 2019 r. Jest to pierwsze prawo dotyczące rynku wewnętrznego, będące odpowiedzią na potrzebę podniesienia poziomu bezpieczeństwa produktów, usług i procesów ICT, które ostatecznie ma doprowadzić do zniesienia barier utrzymujących się na rynku cyfrowym poprzez wypracowanie harmonijnego podejścia do certyfikacji cyberbezpieczeństwa i umożliwienie wprowadzania systemów certyfikacji. Ogólnie rzecz ujmując, celem tej regulacji jest zapewnienie ochrony konsumentów oraz stworzenie dogodnych i konkurencyjnych warunków prowadzenia działalności gospodarczej przedsiębiorcom na rynku wewnętrznym UE. Rozporządzenie ma doprowadzić do stanu, w którym konsument będzie mógł wybierać takie urządzenia i rozwiązania, które są przetestowane i spełniają odpowiednie normy bezpieczeństwa. Z punktu widzenia podmiotów gospodarczych ma oznaczać zwiększenie swobody działalności gospodarczej na rynku wewnętrznym (oszczędność czasu i środków finansowych)

¹¹ Tamże.

¹² Dz. Urz. UE z 19.7.2016, L 194/1.

dzięki wprowadzeniu uniwersalnego certyfikatu bezpieczeństwa usług, procesów i produktów ICT uznawanego we wszystkich państwach członkowskich. Oznacza bowiem brak obowiązku ubiegania się o certyfikat w każdym kraju, w którym przedsiębiorcy będą oferować swoje usługi bądź produkty. Certyfikacja produktów, procesów i usług ma być również instrumentem prawnym zwiększającym przewagę konkurencyjną tych podmiotów nad przedsiębiorcami, którzy nie korzystają z systemu certyfikacji.

2. Konstrukcja normatywna oceny zgodności wyrobów z wymaganiami a swoistość europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa – kontekst prawno-porównawczy

Główną przyczyną certyfikacji produktów, procesów i usług ICT, którą kieruje się prawodawca unijny, jest podniesienie poziomu zaufania społeczeństwa do tych produktów poprzez zwiększenie ich bezpieczeństwa z jednej strony, z drugiej zaś – poprzez wzrost konkurencyjności owych wyrobów (poddanych certyfikacji) w stosunku do innych tożsamyh produktów (niemających certyfikatów). Zbliżonymi przesłankami kierował się prawodawca unijny, tworząc system oceny zgodności wyrobów z wymaganiami. Komisja UE, dążąc do wzmocnienia cyberbezpieczeństwa infrastruktur wykorzystywanych na rynku cyfrowym, zamierza podnosić wiedzę ogółu społeczeństwa na temat ryzyka w cyberprzestrzeni oraz zachęcać producentów i dostawców tych produktów do podnoszenia norm bezpieczeństwa poprzez stosowanie sprawdzonych instytucji prawnych.

Instrumentem służącym osiągnięciu powyższego zamiaru są europejskie programy certyfikacji cyberbezpieczeństwa ustanowione w rozporządzeniu nr 2019/881. Na europejski program certyfikacji cyberbezpieczeństwa składa się kompleksowy system przepisów, wymogów technicznych, norm, procedur prawnych oraz struktur instytucjonalnych ustanowionych na poziomie unijnym, mających zastosowanie do certyfikacji lub oceny zgodności określonych produktów, usług i procesów ICT. Wprowadzenie europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa oraz potwierdzania, że dane produkty, usługi bądź procesy ICT spełniają określone wymogi bezpieczeństwa (tzw. poziom uzasadnienia zaufania), wymagało częściowej recepcji konstrukcji prawnej systemu oceny zgodności wyrobów z wymaganiami jako sprawdzonej w praktyce i funkcjonującej od kilkunastu lat w obrębie rynku wewnętrznego, instytucji służącej do weryfikacji poziomu bezpieczeństwa produktów niezwykłościowych¹³. Zasadna jest zatem ocena adekwatności założeń

¹³ Ramy prawne systemu oceny zgodności określają: Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9.07.2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, Dz. Urz. UE z 13.08.2008, L 218/82, oraz Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady WE nr 765/2008 z dnia 9.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odno-

normatywnych i konstrukcji prawnej oceny zgodności wyrobów do certyfikacji cyberbezpieczeństwa.

Instytucja systemu oceny zgodności wyrobów jest *sui generis* kompromisem ustawodawcy unijnego, a następnie krajowego, w godzeniu interesów konsumentów i przedsiębiorców w sferze bezpieczeństwa wyrobów. Rozpatrując termin „ocena zgodności” w znaczeniu normatywnym, należy uznać, że jest to kategoria prawa materialnego. Ocena zgodności to akt stosowania prawa właściwego podmiotu co do zgodności wyrobu z określonymi normatywnie wymaganiami. System oceny zgodności tworzą przepisy określające zasadnicze i szczegółowe wymagania dotyczące wyrobów oraz przepisy i normy określające działania podmiotów uczestniczących w procesie oceny zgodności. Zasadnicze wymagania należy pojmować jako wymagania w zakresie cech wyrobu, jego projektowania, konstrukcji, wytwarzania, wpływu na środowisko, działania na ludzki organizm, w tym również sposób testowania, podania lub używania, określone w przepisach UE. Pojęcie norm w systemie oceny zgodności przyjmuje natomiast swoiste znaczenie, właściwe tylko dla tej instytucji prawnej, odbiegające od jurydycznego sensu, chociaż osadzone w przepisach prawnych. Normy będące punktem odniesienia dla weryfikacji cech produktów to pozaprawne normy techniczne, utworzone w procesie normalizacji, wykorzystywane do konfrontowania poziomu bezpieczeństwa produktów z określonym wzorcem (wymaganiami) ustalonym w regulacji normatywnej¹⁴. Zgodnie z założeniami harmonizacji technicznej wymagania dla poszczególnych produktów są ustalone jednolicie w dyrektywach UE, a ich weryfikacja może być prowadzona za pomocą różnych norm technicznych. Rezultatem oceny zgodności są odpowiednie certyfikaty bezpieczeństwa i deklaracje zgodności.

Przedstawiając pokrótce mechanizm prawny oceny zgodności i zaangażowane w ten proces podmioty, można stwierdzić, że ocena zgodności może być przeprowadzana w rozmaity sposób. Istnieje kilka różnych metod (modułów i ich wariantów) opartych na trzech podstawowych procedurach: ocenę zgodności przeprowadza producent lub jego upoważniony przedstawiciel; jednostka notyfikowana (niezależna od dostawcy i odbiorcy) ocenia zgodność wyrobu z zasadniczymi wymaganiami; notyfikowana jednostka certyfikująca dokonuje certyfikacji – wydaje producentowi lub jego upoważnionemu przedstawicielowi certyfikat zgodności. Procedury oceny

szące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93, Dz. Urz. UE z 13.08.2008, L 218/30; Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1020 z dnia 20.06.2019 r. w sprawie nadzoru rynku i zgodności produktów oraz zmieniające dyrektywę 2004/42/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 765/2008 i (UE) nr 305/2011, Dz. Urz. UE z 25.6.2019, L169/1, które ujednoliciły mechanizmy i procedury stosowane przez państwa członkowskie w obszarze nadzoru rynku, tak aby zwiększyć skuteczność wykrywania niebezpiecznych wyrobów, wzmocnić współpracę między uczestnikami systemu nadzoru rynku, także na poziomie unijnym, oraz podnieść świadomość opinii publicznej (przedsiębiorców i konsumentów) odnośnie do korzyści i mechanizmów działania systemu.

¹⁴ B. Fischer, *Prawne aspekty norm technicznych. Normalizacja jako wsparcie legislacji administracyjnej*, Warszawa 2017, s. 140–141.

zgodności mogą dotyczyć albo samego wyrobu, albo też procesu projektowania i produkcji, mogą polegać na: wewnętrznej kontroli projektu i produkcji przez producenta; badaniu typu przez stronę trzecią (jednostkę notyfikowaną) w połączeniu z wewnętrzną kontrolą produkcji przez producenta; badaniu typu lub projektu przez stronę trzecią (jednostkę notyfikowaną) w połączeniu z zatwierdzeniem przez nią wyrobu lub systemów zapewnienia jakości produkcji lub z weryfikacją wyrobu przez stronę trzecią, weryfikacji projektu i produkcji przez stronę trzecią; zatwierdzeniu pełnego systemu kontroli jakości przez stronę trzecią.

W ogólnym kształcie normatywnym dokonanie oceny zgodności wyrobu jest obowiązkiem producenta. Producent ponosi pełną odpowiedzialność za swój wyrób, wobec tego musi kontrolować (pośrednio lub bezpośrednio) cały proces jego powstawania i zapewnić spełnienie wymagań określonych przepisami. Producent nie może scedować odpowiedzialności za wadliwy lub niebezpieczny wyrób na podwykonawcę lub jednostkę notyfikowaną. Rodzaj obowiązków producenta w zakresie dokonania oceny zgodności wyrobu zależy przede wszystkim od zastosowanego modułu.

Założenia europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa opierają się w znacznej mierze na wyżej opisanych założeniach konstrukcyjnych przyjętych w systemie oceny zgodności wyrobów, zawierają jednak osobiwe rozwiązania prawne uwzględniające ryzyko stosowania wyrobów poddawanych tym procedurom pod względem prawdopodobieństwa wystąpienia incydentów i ich skutków. Swoistość procedury wynika przede wszystkim ze specyfiki przedmiotu, wobec którego prowadzona jest ocena, gdyż w dotychczasowym jej zastosowaniu dotyczyła ona wyrobów rozumianych jako przedmioty materialne – rzeczy¹⁵. W wypadku produktów, procesów i usług ICT sprawa wygląda jednak inaczej. Przez produkt ICT należy rozumieć element lub grupę elementów sieci lub systemów informatycznych. Usługa ICT oznacza usługę polegającą w pełni lub głównie na przekazywaniu, przechowywaniu, pobieraniu lub przetwarzaniu informacji za pośrednictwem sieci i systemów informatycznych. Proces ICT to z kolei zestaw czynności wykonywanych w celu projektowania, rozwijania, dostarczania lub przekazywania produktów ICT lub usług ICT. Produkty, procesy i usługi ICT ze względu na ich swoisty niematerialny aspekt wymagały wprowadzenia nowych specyficznych rozwiązań uwzględniających szczególny charakter rynku cyfrowego oraz zagrożenia, które wiążą się ze stosowaniem produktów cyfrowych. Należy przy tym zwrócić uwagę, że certyfikacja cyberbezpieczeństwa ma charakter dobrowolny, o ile prawo UE lub prawo krajowe nie stanowi inaczej. Warto zatem przyrzeć się kilku rozwiązaniom

¹⁵ W Rozporządzeniu Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 765/2008 z dnia 9.07.2008 r. ustanawiającym wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylającym rozporządzenie (EWG) nr 339/93. W art. 15 pkt 4 tego aktu czytamy, że „produkt” oznacza substancję, preparat lub produkt wytworzony w procesie produkcji niebędący produktem żywnościowym, paszą, żywym zwierzęciem lub rośliną, produktem pochodzenia ludzkiego ani produktem uzyskanym z roślin lub zwierząt związanym bezpośrednio z ich przyszłą reprodukcją.

szczegółowym, które wprowadza rozporządzenie 2019/881 w odniesieniu do certyfikacji cyberbezpieczeństwa.

W świetle art. 54 rozporządzenia 2019/881 europejski program certyfikacji musi obejmować co najmniej następujące elementy: przedmiot, zakres i cel programu certyfikacji; odniesienie do międzynarodowych, europejskich lub krajowych standardów zastosowanych w ocenie (lub przy ich braku do specyfikacji technicznych lub wymogów cyberbezpieczeństwa określonych w programie); poziom bezpieczeństwa (poziom uzasadnienia zaufania); wskazanie, czy samoocena zgodności (tzw. ocena zgodności przez stronę pierwszą) jest dozwolona w ramach programu; szczegółowe lub dodatkowe wymogi dla jednostek oceniających zgodność; kryteria oraz metody oceny, które pozwolą wykazać, że osiągnięto wymogi bezpieczeństwa; informacje niezbędne dla procesu certyfikacji, które wnioskodawca musi udostępnić jednostkom oceniającym zgodność; jeżeli program przewiduje znaki lub etykiety – określenie warunków, na jakich mogą być one używane; zasady monitorowania zgodności z wymogami certyfikatu lub unijnej deklaracji zgodności; warunki przyznawania, przedłużania i odnawiania ważności certyfikatu, a także rozszerzania lub zmniejszania zakresu certyfikacji; konsekwencje niezgodności certyfikowanych lub samoocenionych produktów, usług i procesów ICT z wymogami programu; sposoby zgłaszania i rozwiązywania wcześniej niewykrytych podatności; zasady przechowywania informacji przez jednostki oceniające zgodność; zidentyfikowane krajowe lub międzynarodowe programy certyfikacji cyberbezpieczeństwa, które obejmują te same procesy, produkty i usługi ICT; określenie treści i formatu wydawanego certyfikatu lub deklaracji zgodności.

Rozporządzenie nr 2019/881 przewiduje możliwość ustanawiania specyficznych normatywnych wymagań „poziomów uzasadnienia zaufania” produktów, procesów i usług ICT na poziomie: podstawowym, istotnym i wysokim. Głównym kryterium jest stwierdzony poziom ryzyka pod względem wystąpienia incydentów lub ich skutków związany ze stosowaniem produktu, procesu lub usługi ICT. Poziomy zaufania to kryteria bezpieczeństwa, które muszą spełniać produkty, procesy i usługi ICT (odporność na zagrożenie cyberatakami). Jednocześnie sprecyzowane zostały działania w zakresie oceny produktów, procesów i usług ICT, które mają zostać podjęte: przegląd dokumentacji technicznej, sprawdzenie i testowanie produktów w celu wykazania, że nie występują powszechnie znane podatności, oraz prawidłowe wdrożenie niezbędnej funkcjonalności bezpieczeństwa, testy sprawdzające. Europejskie certyfikaty cyberbezpieczeństwa i unijne deklaracje zgodności poza związanymi z nimi specyfikacjami technicznymi, normami i procedurami technicznymi powinny się odwoływać do owego poziomu uzasadnienia zaufania.

Oceny zgodności w ramach europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa przeprowadzają jednostki notyfikowane, które uzyskują akredytację na podstawie rozporządzenia (WE) nr 765/2008, przy czym program może zezwolić na przeprowadzenie samooceny zgodności przez producenta (tzw. ocena zgodności

przez stronę pierwszą). Przeprowadza ją producent lub dostawca produktów, procesów i usług ICT na swoją wyłączną odpowiedzialność. Owa ocena może dotyczyć tylko produktów, procesów i usług na podstawowym poziomie bezpieczeństwa.

Reasumując, można powiedzieć, że ocena zgodności wyrobów to konstrukcja prawna, która informuje o relacjach między produktem a określonymi normatywnie wymaganiami w wyniku przeprowadzenia procesu porównania właściwości wyrobu z określonym wzorcem¹⁶. Wskazana reguła odnosi się również do europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa. Wdrożenie podstawowych założeń systemu oceny zgodności wyrobów do tych programów jest odpowiedzią unijnego prawodawcy na potrzebę dostosowywania już istniejących instytucji prawnych (w ujęciu poszczególnych rozwiązań normatywnych) do otaczającej rzeczywistości społecznej i gospodarczej oraz wprowadzania norm zapewniających sprawne funkcjonowanie administracji, przy jednoczesnym zabezpieczeniu jednostkom określonych pozycji wobec władzy publicznej¹⁷. Płaszczyzną odniesienia w owym procesie porównań są odpowiednie kryteria weryfikacji – wymagania zasadnicze, szczegółowe lub inne, których źródłem są normy techniczne. Przestrzeganie tych wymagań przez producenta lub dostawcę ma prowadzić do efektywnej ochrony interesu publicznego z uwzględnieniem normatywnie wyznaczonych kryteriów tej ochrony w celu zagwarantowania bezpieczeństwa produktów¹⁸. W ujęciu systemowym analizowaną instytucję należy postrzegać jako swoistego rodzaju instytucję prawną obejmującą weryfikację spełniania przez wyroby zasadniczych i innych wymagań (procedura oceny zgodności) oraz postępowanie w sprawie wprowadzonych do obrotu lub oddanych do użytku wyrobów niezgodnych z zasadniczymi lub innymi wymaganiami (nadzór rynku)¹⁹.

3. Usuwanie barier w dostępie do produktów cyfrowych dla przedsiębiorców i konsumentów na jednolitym rynku cyfrowym. Charakter prawny certyfikatu i deklaracji

Na jednolitym rynku w dziedzinie cyberbezpieczeństwa dotychczas zauważalna była luka w spójnym i całościowym podejściu do kwestii bezpieczeństwa: brak

¹⁶ K. Kiczka, *Administracyjne akty kwalifikujące w działalności gospodarczej*, Wrocław 2006, s. 67.

¹⁷ Por. uwagi sformułowane przez J. Jagielskiego, P. Gołaszewskiego, *O problemach z prawem administracyjnym oraz niektórych węzłowych zagadnieniach tego prawa (kilka refleksji z teraźniejszej i przyszłej perspektywy)*, w: *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, s. 30–6.

¹⁸ L. Kieres, A. Borkowski, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Guziński, M. Szydło, *Instrumenty administracyjno-prawne w systemie oceny zgodności*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 229–231.

¹⁹ A. Żywicka, *Instrumenty administracyjno-prawne w systemie oceny zgodności – kierunki rozwoju systemu oceny zgodności*, w: *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2018, s. 283–291.

interoperacyjnych rozwiązań (norm technicznych), praktyk i ogólnounijnych mechanizmów certyfikacji. Taki stan rzeczy generował bariery dla przedsiębiorców europejskich w konkutowaniu na poziomie krajowym, unijnym i globalnym oraz dla konsumentów, którzy nie otrzymywali uniwersalnego potwierdzenia spełniania przez produkt odpowiedniego poziomu bezpieczeństwa. Certyfikacja produktów, usług i procesów ICT była stosowana w ograniczonym stopniu, głównie na poziomie państw członkowskich lub w ramach programów inicjowanych przez przedsiębiorców. W rezultacie znaczenie prawne certyfikatu wydanego przez krajowy organ ds. certyfikacji cyberbezpieczeństwa nie było zasadniczo uznawane przez inne państwa członkowskie, co utrudniało porównanie w sposób obiektywny jego znaczenia na tle różnych porządków prawnych. Wprowadzenie jednolitych certyfikatów bezpieczeństwa i deklaracji zgodności uznawanych we wszystkich państwach członkowskich w ramach europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa ma zatem kluczowe znaczenie w usuwaniu barier w dostępie do produktów, procesów i procesów ICT oraz w budowaniu zaufania podmiotów gospodarczych i konsumentów. Z powyższego powodu prawodawca unijny odwołuje się do poziomu „uzasadnionego zaufania” w procesie certyfikacji, wprowadzając europejski certyfikat bezpieczeństwa i europejską deklarację zgodności oraz stosując domniemanie bezpiecznego produktu²⁰, wobec którego wydano te dokumenty. Europejski certyfikat bezpieczeństwa oraz europejska deklaracja bezpieczeństwa to instrumenty prawne bazujące na jednym z poziomów uzasadnienia zaufania będące potwierdzeniem, że produkt, proces lub usługa ICT spełniają odpowiadające temu poziomowi wymogi bezpieczeństwa.

Dokonanie oceny adekwatności opisanych instrumentów (certyfikatów i deklaracji) do osiągniętych określonych celów (wymaganego poziomu bezpieczeństwa, wzrostu zaufania na rynku cyfrowym) wymaga zbadania natury prawnej tych aktów, która wywodzi się z systemu oceny zgodności z wymaganiami. Otwiera to tym

²⁰ Por. M. Wierzbowski, A. Żywicka, *Prawo bezpiecznego produktu w porządku prawnym Unii Europejskiej*, w: *Ustroje – Prawa człowieka – Bezpieczeństwo – Integracja europejska. Księga Jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Jerzego Jaskierni*, red. R.M. Czarny, Ł. Boratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak, Toruń 2020, s. 939–954. Pojęcie bezpiecznego produktu zawiera art. 2 lit. b dyrektywy nr 2001/95/WE. „Produktem bezpiecznym” jest produkt, który w zwykłych lub w innych, dających się w sposób uzasadniony przewidzieć, warunkach jego używania, z uwzględnieniem czasu korzystania z produktu, a także, w zależności od rodzaju produktu, sposobu uruchomienia oraz wymogów instalacji i konserwacji, nie stwarza żadnego zagrożenia lub stwarza jedynie minimalne zagrożenie, dające się pogodzić z jego zwykłym użytkowaniem i odpowiadające wysokiemu poziomowi ochrony bezpieczeństwa i zdrowia osób. Wyraźnie wyodrębnione zostały przy tym szczegółowe kryteria, które musi spełnić produkt bezpieczny, odnoszące się do jego właściwości, łącznie z jego składem, opakowaniem, instrukcją montażu, instrukcją instalacji i konserwacji; oddziaływania na inne produkty, jeżeli można przewidzieć, że będzie on używany wraz z innymi produktami; wyglądu produktu, etykietowania, ostrzeżeń i instrukcji zastosowania i zniszczenia, a także innych wskazówek czy informacji na temat produktu. Dyrektywa 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 3.12.2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów, Dz. Urz. UE z 15.01.2002, L 011, P. 0004–0017.

samym nowe perspektywy badawcze w nauce prawa publicznego gospodarczego i kierunku jego rozwoju. Ewolucja prawa gospodarczego (charakterystycznych dla niego instytucji i instrumentów prawnych) jest procesem ciągłym i nieuniknionym, ze względu na zmiany w obrębie przedmiotu jego oddziaływania, którym jest gospodarka²¹. Nadal niezwykle aktualne pozostaje w tej materii twierdzenie T. Rabskiej, że „cele regulacji prawnych zmieniają się wraz z narastającymi przeobrażeniami stosunków gospodarczych”²²; takie przeobrażenia zachodzą w gospodarce cyfrowej. Złożony charakter współczesnych problemów w sferze stosunków społeczno-gospodarczych wywołuje potrzebę stosowania przez prawodawcę coraz to nowych instrumentów oddziaływania²³, niejednokrotnie o hybrydowym charakterze²⁴. Wraz z narastającymi zmianami stosunków społeczno-gospodarczych zmianie ulegają cele regulacji prawnych, będące podstawą aktywności ze strony organów państwa²⁵. Uprawniona jest wobec powyższego naukowa analiza przyjętych środków oddziaływania oraz ich adekwatności do planowanych dążeń. W pierwszej kolejności należy ocenić naturę prawną certyfikatu bezpieczeństwa i deklaracji bezpieczeństwa produktów, procesów i usług ICT na płaszczyźnie prawnych form działania administracji publicznej. Czy w ogóle można traktować te akty jako prawną formę działania administracji? A jeśli tak – to gdzie je zakwalifikować w katalogu tych form? Jednoznaczna odpowiedź nie jest prosta. Konieczne jest przede wszystkim odniesienie się do obszernych – aczkolwiek niejednorodnych – poglądów występujących w prawoznawstwie na temat definicji i rodzajów prawnych form działania administracji publicznej²⁶.

Dla ustalenia istoty prawnej certyfikatu będzie pomocna definicja sformułowana przez K. Ziemskiego, według którego „przez formę prawną działania administracji rozumieć będziemy wyodrębniony bądź dający się wyodrębnić, prawem określony, o utrwalonych cechach typ czynności konwencjonalnej bądź faktycznej, bądź ze-
spół takich czynności określonego, powołanego do wykonywania zadań z zakresu

²¹ L. Kieres, *Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego*, w: *25 lat fundamentów wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013, s. 330.

²² T. Rabska, *Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009, s. 18.

²³ K. Kokocińska, *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014, s. 10.

²⁴ A. Żywicka, *O współzależnościach prawa publicznego i prywatnego w regulacjach gospodarczych na przykładzie systemu oceny zgodności wyrobów. Kilka refleksji*, „Annales UMCS, sectio G (Ius)” 2020, nr 1, t. 67, s. 149–161.

²⁵ K. Kokocińska, *Prawny...*, s. 10.

²⁶ Poglądy na ten temat zostały obszernie przedstawione w pozycji: *System prawa administracyjnego. Prawne formy działania administracji*, t. 5, red. A. Błaś, J. Boć, M. Stahl, K.M. Ziemiński, Warszawa 2013. Zobacz też cytowaną tam literaturę oraz K. Strzyczkowski, *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działania administracji gospodarczej*, w: *Instrumenty...*, s. 39.

administracji publicznej podmiotu (bądź zespołu podmiotów) w celu wypełnienia zadań z zakresu administracji publicznej”²⁷. W tym znaczeniu certyfikat można uznać za prawną formę działania administracji publicznej, nawet w przypadku wykonywania tych zadań przez podmioty prywatne (w systemie oceny zgodności często mamy do czynienia z prywatyzacją zadań publicznych).

Implikacją powyższej tezy jest kwalifikacja prawna certyfikatu. Nie jest to zadanie łatwe, zważywszy na mnogość semantyk prawnych form działania administracji publicznej wypracowanych przez doktrynę z zastosowaniem zróżnicowanych kryteriów. Na potrzeby niniejszego opracowania posłużę się koncepcją J. Starościaka, który zastosował podział na formy działania administracji w sferze wewnętrznej i zewnętrznej²⁸. W analizowanym przypadku istotna jest sfera zewnętrzna działań administracji i dokonana w jej obrębie klasyfikacja: jednostronne akty będące władczym objawieniem woli (akty normatywne i akty administracyjne indywidualne), działania dwustronne (umowy i porozumienia), działania materialno-techniczne i czynności społeczno-organizatorskie. Na podstawie prezentowanej klasyfikacji nadal trudno jednoznacznie przesądzić o charakterze certyfikatu – czy uznać go za indywidualny akt administracyjny, czy też czynność materialno-techniczną. Akty administracyjne są szczególną formą czynności organów administrujących regulowanych przepisami prawa administracyjnego o charakterze jednostronnym i władczym, których wykonanie zapewniają liczne środki, którymi administracja dysponuje we własnym zakresie²⁹.

W aspekcie ochrony interesu publicznego najbardziej korzystne jest zakwalifikowanie certyfikatu jako szczególnego administracyjnego aktu kwalifikującego. Pomocny będzie tutaj pogląd wyrażony przez K. Kiczkę, który za administracyjne akty kwalifikujące uznaje indywidualne działania prawne administracji publicznej, które stwierdzają (ustalają, konstatają), że rzecz (produkt) ma cechy, do których odwołuje się norma prawna. Stwierdzenie owych cech rzeczy (produktu) określonych w prawie powszechnie obowiązującym następuje przez wydanie rozstrzygnięcia administracyjnego podwójnie konkretnego, dotyczącego zawsze oznaczonego podmiotu prawa (przedsiębiorcy) oraz konkretnej formy zachowania tego podmiotu regulowanej prawem³⁰. Instytucja systemu oceny zgodności została poddana głębokiej prywatyzacji zadań publicznych, w rezultacie tego procesu czynności w obrębie certyfikacji prowadzą jednostki notyfikowane wywodzące się spoza aparatu administracji publicznej. Taki sposób realizacji zadań publicznych nie przekreśla jednak możliwości zaliczenia certyfikatu bezpieczeństwa do grupy administracyjnych aktów kwalifikujących, które są zbliżone w swej naturze prawnej do decyzji.

²⁷ K.M. Ziemiński, w: *System prawa administracyjnego*, t. 5, *Prawne formy działania administracji*, red. A. Błaś, J. Boć, M. Stahl, K.M. Ziemiński, Warszawa 2013, s. 4.

²⁸ J. Starościak, *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977, s. 230 i nast.

²⁹ E. Ochędowski, *Prawo administracyjne, Część ogólna*, Toruń 2004, s. 179–180.

³⁰ K. Kiczka, *Administracyjne...*, Wrocław 2006, s. 62.

Certyfikat stwierdza (kwalifikuje) bowiem spełnienie przez wyrób (rzecz) konkretnych wymogów bezpieczeństwa.

Powyższy pogląd potwierdzają S. Babiarz i L. Żukowski, którzy dostrzegają, że odmowa wydania certyfikatu wynikająca z przepisów prawa wydana w procedurze przed wprowadzeniem do obrotu, z uwzględnieniem możliwości weryfikacji w postępowaniu wewnętrznym przed jednostką certyfikującą, zawiera cechy rozstrzygnięcia administracyjnego, ponieważ stwarza producentowi zakaz wprowadzania do obrotu. Tym samym zawiera elementy charakterystyczne dla procesu decyzyjnego. Przyjęcie powyższego poglądu nakazuje traktowanie czynności odmowy wydania certyfikatu zgodności jako zaskarżalnej do sądu administracyjnego, w odniesieniu do tych przypadków, w których odmowa wydania certyfikatu następowałaby przed wprowadzeniem wyrobu do obrotu³¹.

Inny jest natomiast charakter prawny unijnej deklaracji zgodności bezpieczeństwa. Deklaracja zgodności jest dokumentem prywatnym – oświadczeniem producenta lub jego upoważnionego przedstawiciela stwierdzającym na jego wyłączną odpowiedzialność, że wyrób jest zgodny z wymaganiami³². W tym wypadku producent lub wytwórca ponosi względem kontrahentów odpowiedzialność za brak spełniania wymogów w reżimie prywatno-prawnym. Deklarację należy zatem traktować jako powszechnie uznawany na rynku wewnętrznym dowód prywatny spełnienia przez produkt konkretnych wymogów bezpieczeństwa wskazanych w stosownych przepisach.

Przenosząc rozważania na grunt regulacji prawnych normujących certyfikację produktów, procesów i usług ICT, dostawca lub producent stwierdza, że spełnione zostały wymogi określone w europejskim programie certyfikacji, i przyjmuje odpowiedzialność za ich zgodność. Unijną deklarację zgodności oraz dokumentację techniczną należy przechowywać przez czas określony w danym europejskim programie certyfikacji. Kopię deklaracji przedkłada się do krajowego organu ds. certyfikacji cyberbezpieczeństwa i ENISA. Uniwersalny charakter deklaracji zgodności przesądza, że dokument ten w obiektywny sposób potwierdza poziom bezpieczeństwa produktów, usług i procesów ICT, co ma istotne znaczenie dla przedsiębiorców w wielu obszarach ich aktywności gospodarczej, m.in. w procedurach zamówień publicznych. Certyfikacja produktów, procesów i usług ICT jest korzystna również z punktu widzenia ochrony interesów konsumentów, zważywszy na obowiązki informacyjne, które zostały nałożone na przedsiębiorców. Producenci i dostawcy certyfikowanych produktów, procesów i usług ICT są zobowiązani do udostępniania w formie elektronicznej dodatkowych uzupełniających informacji na temat cyberbezpieczeństwa, które mają pomóc użytkownikom w bezpiecznej konfiguracji,

³¹ S. Babiarz, L. Żukowski, *Niektóre problemy administracyjnoprawne związane z certyfikacją zgodności wyrobów w ustawie o systemie oceny zgodności*, w: *Ius et lex, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata*, red. S. Pikulski, B. Brzeziński, M. Goettel, A. Biegalski, A. Goettel, D. Gibasiewicz, Olsztyn 2004, s. 43–44.

³² L. Kieres, A. Borkowski, K. Kiczka, T. Kocowski, M. Guziński, M. Szydło, *Instrumenty...*, s. 247.

instalacji, wdrażaniu, eksploatacji i konserwacji produktów lub usług; informacji, jak długo użytkownicy będą mieli zapewnione wsparcie bezpieczeństwa, zwłaszcza w kontekście aktualizacji związanych z cyberbezpieczeństwem; informacji na temat sposobu zgłaszania informacji o podatnościach; informacji o repozytoriach online, zawierających ujawnione luki w zabezpieczeniach danego produktu lub usługi.

Podsumowanie

Przeprowadzone w opracowaniu rozważania dotyczą zaledwie kilku problemów związanych z systemem certyfikacji cyberbezpieczeństwa, czynią przedpole do dalszych badań w tej sferze. Analiza wybranych aspektów funkcjonowania jednolitego rynku cyfrowego pozwala jednak na sformułowanie następujących wniosków podsumowujących.

W warunkach gospodarki globalnej i wspólnego rynku wewnętrznego bez granic, certyfikacja produktów jest podstawowym i uniwersalnym narzędziem potwierdzania i informowania o spełnianiu różnorodnych wymagań jakościowych i bezpieczeństwa dla większości wyrobów wprowadzanych do obrotu na rynek wewnętrzny UE. Programy certyfikacji osadzone w europejskich ramach akredytacji są zatem obiektywnym narzędziem weryfikowania jakości produktów, ich uznawalność na rynku wewnętrznym zaś zapewnia swobodny przepływ towarów, przyczyniając się do znoszenia barier w dostępie do produktów. Wprowadzenie certyfikacji do ram prawnych jednolitego rynku cyfrowego było zatem niezbędne dla wzmocnienia bezpieczeństwa produktów, usług i procesów ICT stosowanych w transakcjach dokonywanych przez Internet. Jako że rynek cyfrowy jest częścią rynku wewnętrznego UE, opartego na koncepcji „obszaru bez granic wewnętrznych, w obrębie którego zapewniony jest swobodny przepływ towarów, osób, usług i kapitału”, naturalną kolejną rzeczą było dokonanie recepcji instytucji i instrumentów prawnych stosowanych w obszarze akredytacji wyrobów zgodnie z wymaganiami uregulowanymi w decyzji nr 768/2008/WE i rozporządzeniu UE nr 765/2008 dotyczącymi tego rynku.

Wprowadzenie programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa wywoływało wprawdzie pewne obawy, że nowe rozwiązania prawne z miejsca podzielą rynek na tych, którzy certyfikat posiadają, i tych, którzy nie są w stanie się nim pochwalić, co może generować ryzyko wykluczenia danych podmiotów z rynku sprzeczne np. z regulacjami o wolnym handlu³³. W mojej ocenie takie obawy były bezprzedmiotowe. Certyfikacja w znacznej mierze pomaga znosić ograniczenia, głównie dzięki transparentnym i jednolitym kryteriom weryfikacji produktów, procesów i usług ICT, których punktem odniesienia są normy techniczne. Skuteczność tej

³³ G. Psujek, *Bezpieczeństwo cyfrowe – jak je zapewnić firmom i obywatelom* (online), <https://cyfrowa.rp.pl/it/27074-bezpieczenstwo-cyfrowe-jak-je-zapewnic-firmom-i-obywatelom> [dostęp: 9.11.2020].

instytucji prawnej potwierdza zresztą jej długoletnie stosowanie w stosunku do innych wyrobów na rynku wewnętrznym UE. Certyfikacja wspiera jakość oraz konkurencyjność przemysłu w sferze produktów, usług i procesów ICT, wzmacnia handel międzynarodowy, umożliwiając akceptację eksportu na całym świecie po wypełnieniu określonych wymagań technicznych. Dzięki akredytacji można mieć pewność, że wyroby dostawców spełniają wymagania rynku, oraz możliwe jest pełne zaufanie do tych wyrobów.

Odpowiadając na postawione na wstępie pytania badawcze, wprowadzony rozporządzeniem nr 2019/881 mechanizm weryfikacji i potwierdzania bezpieczeństwa wyrobów, procesów i usług ICT oparty na programach certyfikacji wydaje się spełniać potrzeby w zakresie potwierdzania bezpieczeństwa i zwiększania zaufania do tych produktów na jednolitym rynku cyfrowym. Wprowadzone narzędzie spełnia wymóg adekwatności i faktycznie sprzyja znoszeniu ograniczeń do produktów na jednolitym rynku cyfrowym oraz podnoszeniu poziomu zaufania do produktów cyfrowych, co wynika z powszechnej uznawalności certyfikatów i deklaracji na rynku wewnętrznym UE.

Resumen extenso / Streszczenie

Sistemas de certificación de productos, servicios y procesos TIC en el Mercado Único Digital: un enfoque normativo

Los cambios socioeconómicos, incluida la globalización de la economía, han hecho que los productos digitales y las redes y servicios de comunicaciones electrónicas desempeñen un papel cada vez más importante en la sociedad europea, apoyando el funcionamiento del mercado interior de la Unión Europea en sus diferentes ámbitos y cambiando el paradigma del funcionamiento de la economía. Conforme con él, el nuevo modelo económico ha de cumplir objetivos funcionalmente relacionados, que incluyen el fortalecimiento de la eficiencia y la innovación económica y la protección del medio ambiente, reduciendo la dependencia económica de las formas tradicionales de realizar los trámites de manera directa³⁴. El Mercado Único Digital de la UE sirve para alcanzar estos objetivos dirigidos a garantizar la seguridad y de las transacciones realizadas de forma *ininterrumpida* en internet. Aunque esta problemática ha estado en el centro de interés de la Unión Europea durante varios años, el legislador de la UE se ha dado cuenta recientemente de que faltaban soluciones legales coherentes y precisas en el ámbito de los productos digitales y los

³⁴ Comparar A. Chwiałkowska, J. Kola, *Wpływ ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych na realizację umów na wykonanie zadania publicznego – rozważania nad spójnością działań prawodawcy*, w: *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju sektora elektromobilności w Polsce*, red. K. Kokocińska, J. Kola, Warszawa 2019, s. 87.

dispositivos conectados a internet que garantizaran y confirmaran su seguridad y resistencia a diversas amenazas, incluidos los ciberataques. La falta de soluciones normativas en este ámbito dio lugar a una ciberseguridad ineficaz.

El remedio a los problemas identificados son las soluciones legales introducidas por el Reglamento UE 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 17 de abril de 2019, relativo a la ENISA (Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad) y a la certificación de la ciberseguridad en el ámbito de las tecnologías de la comunicación y por el que se deroga el Reglamento UE nº 526/2013³⁵.

El Marco Europeo de Certificación de Ciberseguridad fue introducido por el Reglamento (UE) 2019/881 del Parlamento Europeo y del Consejo del 17 de abril de 2019. Es la primera ley del mercado interior que responde a la necesidad de aumentar el nivel de seguridad de los productos, servicios y procesos de las TIC, con el efecto de eliminar las barreras que persisten en el mercado digital mediante el desarrollo de un enfoque armonizado de la certificación de la ciberseguridad, que permita la introducción de los sistemas de certificación. En general, el objetivo del reglamento es garantizar la protección de los consumidores y crear condiciones empresariales favorables y competitivas para los empresarios para el desarrollo de sus actividades económicas en el mercado interior de la UE. El reglamento ha de llevar a una situación en la que los consumidores podrán elegir esos dispositivos y soluciones que han sido probados y cumplen las normas de seguridad adecuadas. Desde el punto de vista de las entidades económicas, se supone que aumentará la libertad de la actividad económica en el mercado interior (ahorro del tiempo y medios financieros), gracias a la introducción de un certificado de seguridad universal para los servicios, procesos y productos TIC, reconocido en todos los Estados miembros. Esto significa que no hay obligación de solicitar un certificado en cada país en el que los empresarios vayan a ofrecer sus servicios o productos. Se supone que la certificación de productos, procesos y servicios es también un instrumento legal que aumente la ventaja competitiva de esas entidades sobre los empresarios que no utilizan el sistema de certificación.

La razón principal de la certificación de los productos, procesos y servicios TIC, impulsada por el legislador de la UE, es aumentar el nivel de confianza de la sociedad en estos productos, mediante el aumento de su seguridad, por un lado, y por otro, el aumento de la competitividad de estos productos (sometidos a la certificación) frente a otros productos idénticos (que no posean certificados). El legislador de la UE tuvo consideraciones similares al crear el sistema de evaluación de la conformidad de los productos con los requisitos. La Comisión de la UE, intentando reforzar la ciberseguridad de las infraestructuras utilizadas en el mercado digital, pretende sensibilizar a la sociedad sobre los riesgos del ciberespacio y animar a los fabricantes y proveedores de esos productos a mejorar las normas de seguridad, utilizando

³⁵ D.O. UE del 7.06.2019, L151/15.

instituciones jurídicas eficaces, que correspondan a las necesidades indicadas les corresponde el sistema de evaluación de la conformidad con los requisitos.

El instrumento que sirve para lograr dicha intención son los Programas Europeos de Certificación de la Ciberseguridad establecidos por el Reglamento n° 2019/881. El Programa Europeo de Certificación de la Ciberseguridad consiste en un sistema completo de disposiciones, requisitos técnicos, normas, procedimientos legales y estructuras institucionales establecidas a nivel de la Unión aplicables a la certificación o evaluación de la conformidad de productos, servicios y procesos específicos de las TIC. La introducción del sistema europeo de certificación de la ciberseguridad y la confirmación de que determinados productos, servicios o procesos de las TIC cumplen determinados requisitos de seguridad (el así llamado “nivel de confianza”) requeriría una adopción parcial de la construcción jurídica del Sistema de Evaluación de la Conformidad de los productos con los requisitos, como institución bien probada en práctica para verificar el nivel de seguridad de los productos no alimentarios, que ha estado funcionando durante varios años en el mercado interior³⁶, por lo tanto, es razonable evaluar la adecuación de los supuestos normativos y la construcción legal de la evaluación de la conformidad de los productos para la certificación de la ciberseguridad.

La institución del sistema de evaluación de la conformidad de los productos es un compromiso *sui generis* del legislador de la UE y del legislador nacional para conciliar los intereses de los consumidores y los empresarios en el ámbito de la seguridad de los productos. Los supuestos de los programas europeos de certificación de la ciberseguridad se basan en gran medida en los supuestos estructurales adoptados en el sistema de evaluación de la conformidad de los productos, sin embargo, contienen soluciones legales independientes que tienen en cuenta el riesgo de utilizar productos sujetos a esos procedimientos, en términos de probabilidad de aparición de incidentes y sus consecuencias. La especificidad del procedimiento resulta, ante todo, de la especificidad del objeto en relación con el cual se realiza la evaluación, porque en su aplicación de hasta ahora se trataba de productos enten-

³⁶ Los marcos legales del sistema de evaluación de la conformidad están definidos por: Decisión n° 768/2008/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, del 9.07.2008, sobre un marco común para la comercialización de los productos, Diario Oficial de la UE, del 13.08.2008, L 218/82 y Reglamento CE n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 9.07.2008 por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93, Diario Oficial de la Unión Europea, del 13.08.2008, L 218/30, Reglamento (UE) 2019/1020 del Parlamento Europeo y del Consejo del 20.06.2019 relativo a la vigilancia del mercado y la conformidad de los productos y por el que se modifican la Directiva 2004/42/CE y los Reglamentos (CE) n.º 765/2008 y (UE) n.º 305/2011, Diario Oficial de la Unión Europea del 25.6.2019, L169/1, que unificaron los mecanismos y procedimientos aplicados por los Estados miembros en el ámbito de la vigilancia del mercado con el fin de aumentar la eficacia de la detección de los productos peligrosos, reforzar la cooperación entre los participantes en el sistema de vigilancia del mercado, también a escala de la UE, y sensibilizar a la opinión pública (empresarios y consumidores) sobre las ventajas y los mecanismos del funcionamiento del sistema.

dados como bienes tangibles – objetos físicos³⁷. Sin embargo, no sucede lo mismo para los productos, procesos y servicios de las TIC. Por un producto TIC se debe entender un elemento o un grupo de elementos de redes o sistemas de información. Un servicio TIC es un servicio que consiste total o principalmente en la transmisión, el almacenamiento, la recuperación o el tratamiento de la información a través de redes y sistemas de información. Un proceso TIC, en cambio, es un conjunto de actividades realizadas para el diseño, desarrollo, provisión o transferencia de productos TIC o servicios TIC. Los productos, procesos y servicios TIC, debido a su aspecto intangible específico, requerían la introducción de nuevas soluciones específicas que tuvieran en cuenta la especificidad del mercado digital y los riesgos asociados al uso de productos digitales. Cabe señalar que la certificación de la ciberseguridad es de carácter voluntario, a menos que la legislación de la UE o la legislación nacional disponga lo contrario. Por ello, merece la pena analizar algunas de las soluciones detalladas que introduce el Reglamento 2019/881 en materia de certificación de ciberseguridad.

Las evaluaciones de conformidad en el marco de los programas de certificación de ciberseguridad europeos son realizadas por organismos notificados acreditados en virtud del Reglamento (CE) n° 765/2008, aunque el programa puede permitir la ejecución de autoevaluación de la conformidad por parte del fabricante (la denominada evaluación de la conformidad por la primera parte). La lleva a cabo el fabricante o proveedor de productos, procesos y servicios TIC bajo su exclusiva responsabilidad. Esta evaluación sólo puede referirse a los productos, procesos y servicios del nivel básico de seguridad.

En las condiciones de una economía global y un mercado interior sin fronteras, la certificación de productos es una herramienta esencial y universal para acreditar y comunicar el cumplimiento de diversos requisitos de calidad y seguridad para la mayoría de los productos comercializados en el mercado interior de la UE. Los programas de certificación integrados en el marco europeo de acreditación constituyen, por tanto, una herramienta objetiva para la verificación de la calidad de los productos, mientras que su reconocimiento en el mercado interior garantiza la libre circulación de mercancías y contribuye a eliminar las barreras de acceso a los productos. La introducción de la certificación en el marco legal del Mercado Único Digital era, por tanto, necesaria para reforzar la seguridad de los productos, servicios y procesos TIC utilizados en las transacciones por internet. Dado que el mercado digital forma parte del mercado interior de la UE, basado en el concepto de

³⁷ En el Reglamento (CE) n° 765/2008 del Parlamento Europeo y del Consejo, del 9.07.2008, por el que se establecen los requisitos de acreditación y vigilancia del mercado relativos a la comercialización de los productos y por el que se deroga el Reglamento (CEE) n° 339/93. En el art. 15 punto 4 del de esta ley se puede leer que el «producto» es la sustancia, el preparado o la mercancía producidos por medio de un proceso de fabricación que no sean alimentos, piensos, plantas y animales vivos, productos de origen humano y productos de origen vegetal y animal directamente relacionados con su futura reproducción.

“un espacio sin fronteras interiores en el que está garantizada la libre circulación de mercancías, personas, servicios y capitales”, era natural que las instituciones e instrumentos legales utilizados en el ámbito de la acreditación de productos con los requisitos regulados por la Decisión n° 768/2008/CE y el Reglamento n° 765/2008 fueran recibidos para este mercado.

Bibliografia

- Babiarz S., Żukowski L., *Niektóre problemy administracyjnoprawne związane z certyfikacją zgodności wyrobów w ustawie o systemie oceny zgodności*, w: *Ius et lex*, Księga Jubileuszowa Profesora Andrzeja Kabata, red. S. Pikulski, B. Brzeziński, M. Goetttel, A. Biegalski, A. Goettel, D. Gibasiewicz, Olsztyn 2004.
- Banasiński C., *Podstawowe pojęcia i podstawy prawne bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni*, w: *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018.
- Bayuk J.L., Healey J., Rohmeyer P., Sachs M.H., Schmidt J., Weiss J., *Cyber Security Policy Guidebook*, John Wiley&Sons Inc., Hoboken, New Jersey 2012.
- Berdel-Dudzińska M., *Pojęcie cyberprzestrzeni we współczesnym polskim porządku prawnym*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2012, nr 2, s. 19–38.
- Chmielewski Z., *Polityka publiczna w zakresie ochrony cyberprzestrzeni w UE i państwach członkowskich*, „Studia z Polityki Publicznej” 2016, nr 3, s. 103–128.
- Chwiałkowska A., Kola J., *Wpływ ustawy o elektromobilności i paliwach alternatywnych na realizację umów na wykonanie zadania publicznego – rozważania nad spójnością działań prawodawcy*, w: *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju sektora elektromobilności w Polsce*, red. K. Kokocińska, J. Kola, Warszawa 2019.
- Cyberbezpieczeństwo jako element bezpieczeństwa państwa i ochrony obywateli*, red. J. Trubalska, Ł. Wojciechowski, Lublin 2019.
- Cybersecurity in the European Union and Beyond: Exploring the Threats and Policy Responses*, Directorate – General for Internal Policies, European Union, Brussels 2015.
- Decyzja Parlamentu Europejskiego i Rady nr 768/2008/WE z dnia 9.07.2008 r. w sprawie wspólnych ram dotyczących wprowadzania produktów do obrotu, Dz. Urz. UE, z 13.08.2008, L 218/82
- Dyrektywa 2001/95/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 3.12.2001 r. w sprawie ogólnego bezpieczeństwa produktów, Dz. Urz. z 15.01.2002, L 011, P. 0004–0017.
- Fischer B., *Prawne aspekty norm technicznych. Normalizacja jako wsparcie legislacji administracyjnej*, Warszawa 2017.
- Grzelak M., Liedel K., *Bezpieczeństwo w cyberprzestrzeni. Zagrożenia i wyzwania dla Polski – zarys problemu*, „Bezpieczeństwo Narodowe” 2012, nr 22, t. 2, s. 125–139.
- Jagielski J., Gołaszewski P., *O problemach z prawem administracyjnym oraz niektórych węzłowych zagadnieniach tego prawa (kilka refleksji z teraźniejszej i przyszłej perspektywy)*, w: *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2018.
- Kiczka K., *Administracyjne akty kwalifikujące w działalności gospodarczej*, Wrocław 2006.
- Kieres L., *Kierunki rozwoju regulacji publicznego prawa gospodarczego*, w: *25 lat fundamentów wolności gospodarczej. Tendencje rozwojowe*, red. J. Grabowski, K. Pokryszka, A. Hołda-Wydrzyńska, Katowice 2013.
- Kieres L., Borkowski A., Kiczka K., Kocowski T., Guziński M., Szydło M., *Instrumenty administracyjnoprawne w systemie oceny zgodności*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.

- Kokocińska K., *Prawny mechanizm prowadzenia polityki rozwoju w zdecentralizowanych strukturach władzy publicznej*, Poznań 2014.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów Europejska agenda cyfrowa, KOM(2010)245 wersja ostateczna, Bruksela, 19.05.2010 (online), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=CELEX%3A52010DC0245> [dostęp: 30.10.2020].
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów Strategia jednolitego rynku cyfrowego dla Europy, COM(2015)0192, Bruksela, 6.05.2015 (online), <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/ALL/?uri=celex%3A52015DC0192> [dostęp: 31.10.2020].
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Społeczno-Ekonomicznego i Komitetu Regionów w sprawie umożliwienia transformacji cyfrowej opieki zdrowotnej i społecznej na jednolitym rynku cyfrowym, wzmacniania pozycji obywateli i budowania zdrowszego społeczeństwa, COM(2018) 233, Bruksela, 18.12.2019.
- Ochendowski E., *Prawo administracyjne, Część ogólna*, Toruń 2004.
- Psujek G., *Bezpieczeństwo cyfrowe – jak je zapewnić firmom i obywatelom* (online), <https://cyfrowa.rp.pl/it/27074-bezpieczenstwo-cyfrowe-jak-je-zapewnic-firmom-i-obywatelom>, [dostęp: 9.11.2020].
- Rabska T., *Działania administracji publicznej w świetle współczesnej koncepcji publicznego prawa gospodarczego*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 20.04.2012 r. w sprawie konkurencyjnego rynku cyfrowego – administracja elektroniczna jako projekt przewodni, Dz. Urz. UE z 7.09.2013, C 258/64.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 4.07.2013 r. w sprawie stworzenia jednolitego rynku cyfrowego, Dz. Urz. z 26.02.2016, C 75/120.
- Rezolucja Parlamentu Europejskiego z 19.01.2016 r. w kierunku aktu o jednolitym rynku cyfrowym, Dz. Urz. UE z 12.01.2018, C 11/55.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady WE nr 765/2008 z dnia 9.07.2008 r. ustanawiające wymagania w zakresie akredytacji i nadzoru rynku odnoszące się do warunków wprowadzania produktów do obrotu i uchylające rozporządzenie (EWG) nr 339/93, Dz. Urz. UE z 13.08.2008, L 218/30.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1020 z dnia 20.06.2019 r. w sprawie nadzoru rynku i zgodności produktów oraz zmieniające dyrektywę 2004/42/WE oraz rozporządzenie (WE) nr 765/2008 i (UE) nr 305/2011, Dz. Urz. UE z 25.6.2019, L169/1.
- Skrzypczak J., *Polityka ochrony cyberprzestrzeni RP*, „Przegląd Strategiczny” 2014, nr 7, s. 133-144.
- Stańczyk J., *Współczesne pojmowanie bezpieczeństwa*, Warszawa 1996.
- Starościk J., *Prawo administracyjne*, Warszawa 1977.
- Strzyczkowski K., *Uwagi o zadaniach nauki o prawnych formach działaniach administracji gospodarczej*, w: *Instrumenty i formy prawne działania administracji gospodarczej*, red. B. Popowska, K. Kokocińska, Poznań 2009.
- System prawa administracyjnego. Prawne formy działania administracji*, t. 5, red. A. Błaś, J. Boć, M. Stahl, K.M. Ziemiński, Warszawa 2013.
- Szczygieł M., *Polityka cyberbezpieczeństwa Unii Europejskiej – początek drogi do strategicznej autonomii*, „Sprawy Międzynarodowe” 2018, nr 2, s. 161–188.
- Wasilewski J., *Zarys definicyjny cyberprzestrzeni*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2013, nr 9, s. 225–234.
- Wierzbowski M., Żywicka A., *Prawo bezpiecznego produktu w porządku prawnym, Unii Europejskiej*, w: *Ustroje – Prawa człowieka – Bezpieczeństwo – Integracja europejska. Księga jubileuszowa z okazji 70. urodzin Profesora Jerzego Jaskierni*, red. R.M. Czarny, Ł. Boratyński, P. Ramiączek, K. Spryszak, Toruń 2020.

Żywicka A., *Instrumenty administracyjnoprawne w systemie oceny zgodności – kierunki rozwoju systemu oceny zgodności*, w: *Prawo administracyjne dziś i jutro*, red. J. Jagielski, M. Wierzbowski, Warszawa 2018.

Żywicka A., *O współzależnościach prawa publicznego i prywatnego w regulacjach gospodarczych na przykładzie systemu oceny zgodności wyrobów. Kilka refleksji*, „Annales UMCS, sectio G (Ius)” 2020, nr 1, t. 67, s. 149–161.

Cyberbezpieczeństwo a uczestnictwo MŚP w jednolitym rynku cyfrowym

Ciberseguridad y participación de las pymes en el Mercado Único Digital

Jarosław Greser

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Zagadnienia wprowadzające

Wyzwania o charakterze geopolitycznym, wśród których można wskazać rosnącą rolę Chin, globalnym, takim jak zmiany klimatyczne, czy społecznym, jak starzenie się społeczeństwa, postawiły Unię Europejską przed koniecznością podjęcia inicjatyw mających na celu sprostanie im. Wytyczne polityczne sformułowane przez przewodniczącą Komisji Europejskiej Ursulę von der Leyen, priorytety postawione przez Parlament Europejski oraz program strategiczny Rady Europejskiej na lata 2019–2024 są spójną wizją działań dla UE będących odpowiedzią na zaistniałe problemy¹. Opiera się ona na transformacji cyfrowej i ekologicznej, która ma objąć wszystkie aspekty gospodarcze i społeczne i doprowadzić do wzrostu konkurencyjności i dobrobytu Europy, suwerenności gospodarczej i technologicznej oraz odporności na wstrząsy zewnętrzne². Założenie to jest precyzowane w kolejnych dokumentach takich jak Europejski Zielony Ład³ czy strategia „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”⁴, które wskazują, że cele te są współzależne i niemożliwe do osiągnięcia bez ścisłej współpracy na obu polach. Obrazuje to chociażby przykład roli sektora cyfrowego jako źródła rozwiązań w zakresie czystej technologii⁵ czy

¹ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”, COM(2020) 102 final, Bruksela, 10.03.2020, s. 1

² Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia MŚP na rzecz zrównoważonej i cyfrowej Europy”, COM(2020) 103 final, Bruksela, 10.03.2020, s. 1.

³ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład”, COM(2019) 640 final, Bruksela, 11.12.2019.

⁴ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”, COM(2020) 67 final, Bruksela, 19.2.2020.

⁵ Komunikat Komisji „Nowa strategia ...”, s. 4.

zwiększenie możliwości świadczenia usług na odległość, a tym samym zmniejszenie emisji gazu spowodowane ograniczaniem podróżowania⁶.

Szczególne znaczenie dla osiągnięcia tych planów ma rozwój jednolitego rynku cyfrowego, który uznaje się za punkt wyjścia do zachowania konkurencyjności UE i rozwoju w kierunku neutralności klimatycznej i przywództwa cyfrowego⁷. Trzeba zwrócić uwagę, że większość spośród podmiotów na nim operujących stanowią małe i średnie przedsiębiorstwa (MŚP), których liczbę szacuje się na 25 milionów⁸. Ich rola ma zasadnicze znaczenie we wprowadzaniu innowacji, nowych modeli biznesowych i rozwiązań, których skutkiem będzie realizacja założonych celów. Jednocześnie bariery występujące na tym rynku są najbardziej dotkliwe dla prowadzenia działalności gospodarczej przez te podmioty z powodu posiadania przez nie ograniczonych zasobów⁹ oraz trudności w ich uzupełnieniu, szczególnie w obszarze zasobów ludzkich, ze względu na brak specjalistów w obszarze ICT¹⁰.

Ponadto tworzenie i rozwój jednolitego rynku cyfrowego jest immanentnie związane z bezpieczeństwem działania na nim, które w odniesieniu do zagrożeń związanych z funkcjonowaniem w cyfrowym świecie nazywane jest cyberbezpieczeństwem. U źródeł tej tezy leży przekonanie, że im bardziej połączona staje się gospodarka i społeczeństwo, tym większa jest podatność na ataki i tym szersze są ich skutki, a pomimo transgranicznego charakteru zagrożeń kompetencje organów odpowiedzialnych za bezpieczeństwo i organów ścigania mają w głównej mierze charakter krajowy¹¹. Obniża to zdolność do dokonania odpowiedniej reakcji, a w konsekwencji adekwatnej redukcji skutków ataku i ukarania osób za nie odpowiedzialnych. Jednocześnie na poziomie politycznym wskazuje się, że cyberzagrożenia są niebezpieczne dla demokracji i europejskich wartości. Z tego powodu zagadnienia związane z cyberbezpieczeństwem wykroczyły poza wąsko pojmowaną problematykę techniczną i stały się niezbędne do realizacji celu politycznego, którym jest „Europe fit for the Digital Age”¹².

⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade”, COM(2021) 118 final, Bruksela, 9.03.2021, s. 3.

⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie określenia i usuwania barier na jednolitym rynku, COM(2020) 93 final, Bruksela, 10.03.2020, s. 1.

⁸ Komunikat Komisji „Strategia MŚP...”, s. 1.

⁹ Komunikat Komisji w sprawie określenia... s. 3.

¹⁰ Komunikat Komisji „2030 Digital Compass: ...”, s. 4.

¹¹ Por. motyw 5 Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie), Dz.Urz. UE L 151/15.

¹² *A Union that strives for more. My agenda for Europe by candidate for President of the European Commission Ursula von der Leyen. Political Guidelines for the Next European Commission 2019–2024*, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/political-guidelines-next-commission_en.pdf [dostęp: 10.03.2021].

W niniejszym rozdziale skupiono się na wskazaniu działań podejmowanych przez organy Unii Europejskiej w celu podniesienia poziomu cyberbezpieczeństwa małych i średnich przedsiębiorstw. Składa się on z trzech części. W pierwszej wskazano główne zagrożenia dla MŚP, których źródłem jest cyfryzacja. W drugiej scharakteryzowano pozaprawne działania UE w celu podniesienia poziomu cyberbezpieczeństwa, a w trzeciej przedstawiono regulacje prawne tworzące system cyberbezpieczeństwa, ze szczególnym uwzględnieniem planowanych zmian.

1. Zarys zagrożeń w cyberprzestrzeni

Rozważania dotyczące bezpieczeństwa w Internecie należy rozpocząć przywołaniem stwierdzenia byłego dyrektora FBI Robert Muellera, zgodnie z którym przedsiębiorstwa dzielą się na dwa typy: te, które padły ofiarą ataku, i te, które nimi się staną¹³. Pogląd ten znajduje potwierdzenie empiryczne. Tytułem przykładu można wskazać atak na co najmniej 30 000 organizacji przeprowadzony w Stanach Zjednoczonych w marcu 2021 roku¹⁴ czy Soliorgate, który doprowadził do naruszenia systemów informacyjnych ponad 400 największych globalnych korporacji według listy Fortune 500¹⁵. Z raportów dotyczących polskich przedsiębiorstw wynika, że w 2017 roku 82% z nich odnotowało przynajmniej jeden cyberincydent, a co czwarta firma zarejestrowała ich 10 lub więcej¹⁶. Jednocześnie trzeba zauważyć, że celem napastników są również instytucje unijne¹⁷ czy krajowe organy władzy publicznej¹⁸, a walkę z nimi komplikuje różnorodność podmiotowa atakujących, do których zaliczają się przestępcy działający dla zysku, wywiady obcych państw, ekstremiści-

¹³ R.S. Mueller, Speech, RSA Cyber Security Conference San Francisco, 1.03.2012, <https://archives.fbi.gov/archives/news/speeches/combating-threats-in-the-cyber-world-outsmarting-terrorists-hackers-and-spies> [dostęp: 10.03.2021].

¹⁴ *Co najmniej 30 000 organizacji w USA zhackowanych w przeciągu ostatnich paru dni. Ogromna operacja cyberszpiegowska*, SEKURAK, 5 marca 2021 r., <https://sekurak.pl/co-najmniej-30-000-organizacji-w-usa-zhackowanych-w-przeciegu-ostatnich-paru-dni-ogromna-operacja-cyberszpiegowska/> [dostęp: 10.03.2021].

¹⁵ *Highly Evasive Attacker Leverages SolarWinds Supply Chain to Compromise Multiple Global Victims with SUNBURST Backdoor*, Mandiant, 13 grudnia 2020 r., <https://www.fireeye.com/blog/threat-research/2020/12/evasive-attacker-leverages-solarwinds-supply-chain-compromises-with-sunburst-backdoor.html> [dostęp: 10.03.2021].

¹⁶ *80 proc. polskich firm doświadczyło przynajmniej jednego cyberataku*, RyndekDomen.pl, 26 kwietnia 2018 r., <https://ryndekdomen.pl/2018/80-proc-polskich-firm-doswiadczylo-przynajmniej-jednego-cyberataku/> [dostęp: 10.03.2021].

¹⁷ *Cyberataki na Europejską Agencję Leków. Media: To byli chińscy i rosyjscy hakerzy*, „Dziennik Gazeta Prawna”, 6 marca 2021 r., <https://technologia.dziennik.pl/internet/artykuly/8113887, europejska-agencja-lekow-hakerzy-media-rosja-chiny.html> [dostęp: 10.03.2021].

¹⁸ S. Palczewski, *Zhakowano Urząd Marszałkowski w Krakowie*, CyberDefence24, 11 lutego 2021 r., <https://www.cyberdefence24.pl/zhakowano-urzed-marszalkowski-w-krakowie> [dostęp: 10.03.2021].

ci czy hacktywiści działający dla dobra wspólnego¹⁹. Dodatkowym wskaźnikiem zwiększającym poziom zagrożenia jest przyspieszenie cyfryzacji wielu usług spowodowane pandemią COVID-19²⁰. Zgodnie z danymi Międzynarodowego Związku Telekomunikacyjnego w czasie pandemii do ataku dochodzi co 39 sekund, a liczba e-maili wykorzystywanych do ataków wzrosła o 600%²¹.

Zgodnie z systematyką wskazaną przez Włodzimierza Nowaka ataki na przedsiębiorstwa można podzielić na trzy grupy²²: ataki z użyciem szkodliwego oprogramowania, kradzieże tożsamości oraz ataki polegające na blokowaniu dostępu do usług. Ich skutki mogą dotknąć przedsiębiorstwo w różnych sferach i wywołać straty finansowe, reputacyjne lub skutkować stałym albo czasowym zaprzestaniem prowadzenia działalności operacyjnej. Ta ostatnia może prowadzić do znacznych zakłóceń w funkcjonowaniu społeczności, jak w przypadku ataku na infrastrukturę krytyczną taką jak systemy zaopatrzenia w wodę²³ lub podmioty systemu opieki zdrowotnej²⁴. Trzeba również zauważyć, że do takich skutków może doprowadzić nie tylko bezpośrednie działanie wobec przedsiębiorstwa, ale również atak na kluczowych podwykonawców lub usługodawców²⁵.

Atak może mieć też konsekwencje w sferze prawnej. Szczególnym przypadkiem jest naruszenie przepisów o ochronie danych osobowych na terenie Unii Europejskiej regulowanych rozporządzeniem 2016/679 (RODO)²⁶. Trzeba zauważyć, że w systemach informatycznych oprócz klasycznie rozumianych danych jak imię, nazwisko czy adresy zamieszkania często przetwarzane są również metadane

¹⁹ J.P. Kesan, C.M. Hayes, *Bugs in the Market: Creating a Legitimate, Transparent, and Vendor-focused Market for Software Vulnerabilities*, „Arizona Law Review” 2016, no. 58, s. 769–770.

²⁰ *Pospieszna cyfryzacja zwiększa ryzyko cyberataków. 4-krotny wzrost liczby incydentów*, CyberDefence24, 3 grudnia 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/pospieszna-cyfryzacja-zwieksza-ryzyko-cyberatakow-4-krotny-wzrost-liczby-incydentow> [dostęp: 10.03.2021].

²¹ *ONZ: podczas pandemii liczba złośliwych e-maili wzrosła o 600 proc.*, CyberDefence24, 25 maja 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/onz-podczas-pandemii-liczba-zlosliwych-e-maili-wzroslo-o-600-proc>, [dostęp: 10.03.2021].

²² W. Nowak, *Specyfika zagrożeń w cyberprzestrzeni*, w: *Cyberbezpieczeństwo*, red. C. Banasiński, M. Rojszczak, Warszawa 2020, s. 103.

²³ *Amerykańska policja: hacker włamał się do systemu uzdatniania wody i wprowadził zmianę stężenia wodorotlenku sodu. 100 ppm -> 11100 ppm*, SEKURAK, 8 lutego 2020 r., <https://sekurak.pl/amerykanska-policja-hacker-wlamal-sie-do-systemu-uzdatniania-wody-i-wprowadzil-zmiane-stezenia-wodorotlenku-sodu-100ppm-11100ppm/> [dostęp: 10.03.2021].

²⁴ *Największy operator prywatnych szpitali w Europie zaatakowany*, CyberDefence24, 7 maja 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/najwiekszy-operator-prywatnych-szpitali-w-europie-fresenius-zaatakowany-przez-hakerow> [dostęp 10.03.2021]; *10 szpitali uderzonych przez Ransomware. Trzy przestały przyjmować pacjentów*, SEKURAK, 2 października 2019 r., <https://sekurak.pl/10-szpitali-uderzonych-przez-ransomware-re-trzy-przestaly-przyjmowac-pacjentow-us-australia/> [dostęp: 10.03.2021].

²⁵ Komunikat Komisji „2030 Digital Compass: ...”, s. 7.

²⁶ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych), Dz. Urz. UE L 119, s. 1.

i identyfikatory nadawane przez urządzenie takie jak adres IP. Zgodnie motywem 30 RODO i orzecznictwem TSUE mogą mieć one w pewnych sytuacjach charakter danych osobowych²⁷. Jednocześnie zasada integralności i poufności wysłowiona w art. 5 ust. 1 lit. f RODO wskazuje, że dane należy chronić nie tylko przed niedozwolonym lub niezgodnym z prawem przetwarzaniem, ale również przypadkową utratą, zniszczeniem lub uszkodzeniem. Ponadto dodatkowe obowiązki w zakresie bezpieczeństwa danych są wskazane w art. 24 i 32-36 RODO. Daje to bardzo szeroki katalog sytuacji, w których przepisy tego aktu prawnego znajdują zastosowanie, a naruszenie reguł cyberbezpieczeństwa jest sankcjonowane przez krajowe organy ochrony danych. Tytułem przykładu można wskazać decyzje Prezesa Urzędu Ochrony Danych Osobowych, w których uznał on za naruszenie RODO brak testowania i oceny skuteczności środków technicznych i organizacyjnych wprowadzonych przez przedsiębiorstwo²⁸ oraz brak aktualizacji oprogramowania używanego do przetwarzania danych osobowych²⁹.

2. Regulacje prawne mające na celu podniesienie cyberbezpieczeństwa na poziomie UE

Niezależnie od wprowadzania przepisów regulujących częściowe komponenty cyberbezpieczeństwa, jak rozwiązania dotyczące ochrony danych osobowych, Unia Europejska podejmuje próby systemowej regulacji tego zagadnienia. W tym obszarze do najważniejszych należy zaliczyć Rozporządzenie 2019/881³⁰ zwane Aktem o cyberbezpieczeństwie oraz Dyrektywę 2016/1148 określaną w literaturze jako Dyrektywa NIS³¹.

Zgodnie z artykułem 1 ust. 1 rozporządzenia, jego zakres przedmiotowy obejmuje wyznaczenie celów i zadań Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa (ENISA) oraz ram ustanawiania europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa. Oba te obszary mają wpływ na wzmocnienie bezpieczeństwa małych i średnich przedsiębiorstw. W zakresie działań ENISA należy wyróżnić zadania tego organu obejmujące edukację i tworzenie wiedzy dotyczącej cyberbezpieczeństwa.

²⁷ P. Litwiński, *Pojęcie danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.10.2016 w sprawie c-582/14 Patrick Breyer*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5, s. 51–53.

²⁸ Decyzja Prezesa Urzędu Danych Osobowych z 11.02.2021, DKN.5130.2024.2020 <https://www.uodo.gov.pl/decyzje/DKN.5130.2024.2020> [dostęp: 10.03.2021].

²⁹ Decyzja Prezesa Urzędu Danych Osobowych z 11.01.2021, DKN.5130.2815.2020, <https://www.uodo.gov.pl/decyzje/DKN.5130.2815.2020> [dostęp: 10.03.2021].

³⁰ Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA.

³¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz.U rz. UE L 194/1.

Pierwsze z nich jest normowane w artykule 10. Obejmuje ono zarówno działania własne agencji, jak i wsparcie państw członkowskich w sferze propagowania wiedzy na temat cyberbezpieczeństwa, w tym kampanie informacyjne i wymianę najlepszych praktyk.

Obowiązki w obszarze tworzenia wiedzy są regulowane w artykule 9. Nakłada on na ENISA obowiązek przeprowadzania analiz powstających technologii i przedstawiania tematycznych ocen dotyczących spodziewanego społecznego, prawnego, gospodarczego i regulacyjnego ich wpływu na cyberbezpieczeństwo oraz gromadzenia i analizowania publicznie dostępnych informacji dotyczących istotnych incydentów. Ponadto Agencja prowadzi portal, na którym gromadzi, systematyzuje i podaje do wiadomości publicznej informacje na temat cyberbezpieczeństwa. Kreowanie wiedzy może też zachodzić w czasie prac badawczo-rozwojowych, w których zgodnie z art. 11 lit. b i c rozporządzenia ENISA może brać udział zarówno jako beneficjent projektów mających na celu finansowanie badań, jak i podmiot uczestniczący w strategicznych badaniach w dziedzinie cyberbezpieczeństwa na poziomie unijnym.

Należy zauważyć, że działania ENISA są kierowane nie tylko do państw członkowskich. W zakresie działań edukacyjnych art. 10 lit. a Aktu o cyberbezpieczeństwie wprost wskazuje, że ich adresatami mają być „obywatele, organizacje i przedsiębiorstwa”. Ta sama grupa jest odbiorcą sprawozdań z istotnych incydentów, o których mowa w art. 9 lit. e aktu, natomiast portal z informacjami o cyberbezpieczeństwie, o którym mowa w art. 9 lit. d tego rozporządzenia, jest udostępniany do informacji publicznej. W przypadku MŚP zasadniczą rolę będzie odgrywało promowanie cyberhigieny rozumianej zgodnie z motywem 8 rozporządzenia jako proste, rutynowe czynności, których wdrożenie i regularne wykonywanie minimalizuje narażenie na ryzyka związane z cyberzagrożeniami³². Ponadto dużym ułatwieniem, szczególnie dla przedsiębiorstw z sektora produkcji oprogramowania i urządzeń, będą rekomendacje dotyczące cyberbezpieczeństwa wskazujące najlepsze praktyki i uzupełniające lukę w wiedzy na ten temat³³.

W zakresie europejskich ram certyfikacji cyberbezpieczeństwa rozporządzenie 2019/881 przewiduje powstanie systemu niezależnego od innych systemów

³² M. Rojszczak, *Praktyczne aspekty cyberbezpieczeństwa z perspektywy użytkownika*, w: *Cyberbezpieczeństwo*, red. C. Banasiński, M. Rojszczak, Warszawa 2020, s. 39.

³³ *IoT Security Standards Gap Analysis*, ENISA, <https://www.enisa.europa.eu/publications/iotsecurity-standards-gap-analysis>, January 2019; *Cyber security and resilience for Smart Hospitals*, ENISA, 24 listopada 2016 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/cyber-security-and-resilience-for-smart-hospitals> [dostęp: 10.03.2021]; Dokumenty tego typu są regularnie publikowane przez agencje. Tytułem przykładu można wskazać: *Good Practices for Security of IoT in the context of Smart Manufacturing*, ENISA, 19 listopada 2018 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/good-practices-for-security-of-iot>; *Industry 4.0 – Cybersecurity Challenges and Recommendations*, ENISA, 20 maja 2019 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/industry-4-0-cybersecurity-challenges-and-recommendations> [dostęp: 10.03.2021].

certyfikacyjnych i nieuchylającego obowiązków z nich wynikających³⁴. Zgodnie z motywem 13 zadaniem tego systemu jest potwierdzenie, że produkty ICT są zgodne z określonymi wymogami bezpieczeństwa mającymi na celu zabezpieczenie dostępności, autentyczności, integralności lub poufności przechowywanych, przekazywanych lub przetwarzanych danych bądź funkcji lub usług oferowanych lub dostępnych za pośrednictwem tych produktów, usług i procesów w trakcie ich całego cyklu życia. Definicja legalna zawarta w art. 2 pkt 12 określa „produkt ICT” jako element lub grupę elementów sieci lub systemów informatycznych. Jednocześnie pojęcie „systemu informatycznego” jest zdefiniowane w art. 4 pkt 1 Dyrektywy NIS i zgodnie z nią obejmuje między innymi wszelkie urządzenia lub grupy wzajemnie połączonych lub powiązanych urządzeń, z których jedno lub większa ich liczba, wykonując program, dokonuje automatycznego przetwarzania danych cyfrowych. Na tej podstawie należy wnioskować, że zdecydowana większość urządzeń elektronicznych jest objęta tą definicją, a tym samym będzie mogła podlegać wskazanej certyfikacji.

Warto również zauważyć, że certyfikowane mogą być również usługi ICT rozumiane jako usługi polegające w pełni lub głównie na przekazywaniu, przechowywaniu, pobieraniu lub przetwarzaniu informacji za pośrednictwem sieci i systemów informatycznych oraz procesy ICT, które definiuje się jako zestaw czynności wykonywanych w celu projektowania, rozwijania, dostarczania lub utrzymywania produktów ICT lub usług ICT. Tym samym certyfikacją poza samym urządzeniem mogą być objęte wszystkie procesy związane z korzystaniem z niego. Zgodnie z art. 56 ust. 2 rozporządzenia 2019/881 certyfikacja cyberbezpieczeństwa jest dobrowolna, o ile prawo Unii lub prawo państwa członkowskiego nie stanowi inaczej. Obecnie nie ma przepisów nakazujących takie działanie, niemniej jednak art. 47 ust. 1 rozporządzenia przewiduje opublikowanie krocącego programu prac na rzecz europejskich programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa, które mają zawierać obszary poddawane regulacji w pierwszej kolejności. Zgodnie z art. 2 pkt 10 program taki obejmuje kompleksowy zbiór przepisów, wymogów technicznych, norm i procedur mających zastosowanie do certyfikacji lub oceny zgodności objętych zakresem danego programu produktów, usług i procesów ICT. Kryteriami przemawiającymi za uwzględnieniem danego programu w krocącym programie prac są m.in. istnienie odpowiednich przepisów lub polityk Unii lub państwa członkowskiego oraz popyt na rynku.

Drugim dokumentem regulującym zagadnienia w zakresie cyberbezpieczeństwa jest dyrektywa 2016/1148 (Dyrektywa NIS). Celem tego aktu jest stworzenie ram prawnych umożliwiających powstanie krajowych systemów cyberbezpieczeństwa oraz sieci wymiany informacji i współpracy w tym zakresie pomiędzy państwami

³⁴ A. Żywicka, *Uwarunkowania prawne bezpieczeństwa wyrobów medycznych. Certyfikacja wyrobów medycznych w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2017/745 UE*, w: *Jakość w opiece medycznej. Teleporady, Internet Rzeczy, aplikacje śledzące, IP Boxy*, red. K. Kokocińska, J. Greser, Warszawa 2021.

UE. Jego wejście w życie uznaje się za przełomowy moment dla tworzenia ponadpaństwowego systemu ochrony, który między innymi miał wspierać rozwój jednolitego rynku cyfrowego. Jednocześnie jego funkcjonowanie w praktyce okazało się problematyczne, szczególnie dla MŚP. Jako przyczyny zaistnienia tego problemu wskazuje się między innymi rozbieżności w rozumieniu cyberbezpieczeństwa, ponieważ dyrektywa NIS nie zawiera definicji tego terminu³⁵, oraz ograniczenia co do oceny poziomu odporności sieci i systemów informatycznych, a nie całego systemu teleinformatycznego³⁶. Ponadto zaobserwowano zjawisko nadmiernie rygorystycznego wdrażania, które powoduje, że państwa członkowskie wykraczają poza zakres minimalnej harmonizacji nakładany dyrektywą, kreując różne obciążenia dla podmiotów rynkowych, co wpływa negatywnie na otoczenie biznesowe i działalność gospodarczą, w szczególności prowadzoną przez MŚP, i ma bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego, zwłaszcza na transgraniczne świadczenie usług³⁷. W związku z tym obszar ten został objęty programem sprawności i wydajności regulacyjnej (REFIT), którego celem jest ograniczenie obciążenia regulacyjnego dla właściwych organów oraz kosztów przestrzegania przepisów dla podmiotów publicznych i prywatnych.

Wynikiem prac Komisji jest wniosek legislacyjny z 16 grudnia 2020 roku mający na celu uchwalenie nowej dyrektywy roboczo nazywanej NIS 2³⁸. Podkreśla się w nim, że zmiany mają na celu wsparcie w budowaniu gospodarki przygotowane na przyszłość oraz w realizacji celów strategicznych UE oraz są odpowiedzią Komisji na kryzys związany z COVID-19. Wskazano również, że przegląd dyrektywy 2016/1148 wykazał istnienie niskiego poziomu cyberodporności przedsiębiorstw działających w UE oraz niski poziom wspólnej orientacji sytuacyjnej i brak wspólnego reagowania kryzysowego. W związku z tym zgodnie z motywem 5 projektu dyrektywy NIS 2 akt ten ma na celu określenie minimalnych przepisów dotyczących funkcjonowania skoordynowanych ram regulacyjnych, ustanowienie mechanizmów skutecznej współpracy między odpowiedzialnymi organami w każdym państwie członkowskim, dokonanie aktualizacji wykazu sektorów i działań podlegających obowiązkom w zakresie cyberbezpieczeństwa oraz ustanowienie skutecznych środków naprawczych i sankcji, które są kluczowe dla skutecznego egzekwowania tych obowiązków.

Obowiązki nakładane przez dyrektywę NIS 2 można podzielić na trzy grupy. Pierwsza obejmuje przyjęcie krajowej strategii cyberbezpieczeństwa, wyznaczenie właściwych organów krajowych, pojedynczych punktów kontaktowych oraz zespo-

³⁵ G. Szpor, *Nowelizacja siatki pojęciowej cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 22, s. 1189.

³⁶ K. Światała, *Bezpieczeństwo sieci i usług w projekcie nowelizacji ustawy o Krajowym Systemie Cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 23 s. 1240.

³⁷ Komunikat Komisji w sprawie określenia..., s. 13.

³⁸ Wniosek z dnia 16 grudnia 2020 r. „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148”, COM(2020) 823 final.

łów reagowania na incydenty bezpieczeństwa komputerowego. Druga dotyczy określenia obowiązków w zakresie wymiany informacji na temat cyberbezpieczeństwa. Trzecia zawiera obowiązki związane z zarządzaniem ryzykiem w cyberprzestrzeni oraz zgłaszaniem incydentów przez określone podmioty. Trzeba zauważyć, że adresatem norm wynikających z dyrektywy są państwa członkowskie oraz wybrane podmioty publiczne i prywatne, które spełniają kryteria uznania ich za podmioty niezbędne albo podmioty istotne³⁹. Jednocześnie zgodnie z art. 2 ust. 1 dyrektywa nie ma zastosowania do podmiotów kwalifikujących się jako mikroprzedsiębiorstwa, małe i średnie przedsiębiorstwa w rozumieniu zalecenia Komisji 2003/361⁴⁰. Prawodawca uzasadnia swój wybór w motywie 8, wskazując, że jednolite kryterium oparte na wielkości przedsiębiorstwa zwiększa pewność prawa w odniesieniu do podmiotów objętych obowiązkami wynikającymi z dyrektywy. Decyzję tę należy ocenić pozytywnie. Praktyka stosowania Dyrektywy NIS jednoznacznie wskazywała na różnorodną interpretację przesłanek do uznania przedsiębiorstwa za podmiot podlegający pod jej regulacje w poszczególnych państwach członkowskich. Wydaje się, że przyjęcie obecnego kryterium spowoduje zmniejszenie liczby takich przypadków.

Jednocześnie prawodawca zauważył, że specyfika cyberbezpieczeństwa nie może całkowicie przekreślać możliwości uznania MŚP za podmiot podlegający unormowaniom dyrektywy, szczególnie w sytuacji, gdy mają one zasadnicze znaczenie dla gospodarek lub społeczeństw państw członkowskich, a także konkretnych sektorów lub rodzajów usług. Zgodnie z art. 2 ust. 2 dyrektywy małe lub średnie przedsiębiorstwo będzie adresatem obowiązków z niej wynikających, jeżeli przedmiot jego działalności zawiera się w definicji podmiotów niezbędnych lub istotnych oraz równocześnie spełnia jedną z przesłanek wskazanych w tym przepisie, do których należą między innymi: prowadzenie działalności jako dostawca usług zaufania, świadczenie usług rejestracji domen najwyższego poziomu, bycie jedynym dostawcą danej usługi w państwie członkowskim, lub gdy zakłócenie świadczonych przez niego usług mogłoby mieć wpływ na porządek publiczny, bezpieczeństwo publiczne lub zdrowie publiczne albo prowadzić do powstania ryzyka

³⁹ Zgodnie z art. 4 pkt. 24 i 25 podmiot niezbędny oznacza każdy podmiot w rodzaju tego, który określono jako podmiot niezbędny w załączniku I, natomiast podmiot istotny oznacza każdy podmiot w rodzaju tego, który określono jako podmiot istotny w załączniku II. Wskazane załączniki zawierają rozszerzoną w stosunku do dyrektywy 2016/1148 listę podmiotów, na które nakładane są obowiązki, co zdaniem prawodawcy ma zapewnić całościowe uwzględnienie sektorów i usług mających istotne znaczenie dla kluczowych rodzajów działalności społecznej i gospodarczej w ramach rynku wewnętrznego. W przypadku podmiotów niezbędnych w stosunku do Dyrektywy NIS dodano między innymi infrastrukturę cyfrową, administrację publiczną i przestrzeń kosmiczną. W przypadku podmiotów istotnych usługi pocztowe i kurierskie, gospodarowanie odpadami, produkcję i dystrybucję chemikaliów, produkcję, przetwarzanie i dystrybucję żywności oraz sektor produkcji wyrobów medycznych, produktów komputerowych, elektronicznych i optycznych, sprzętu elektrycznego, maszyn, pojazdów samochodowych i innego sprzętu transportowego.

⁴⁰ Zalecenie Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE L 124/36.

systemowego, w szczególności w sektorach, w których takie zakłócenie mogłoby mieć wpływ transgraniczny.

Należy zauważyć, że o ile państwa członkowskie same sporządzają wykaz MŚP podlegających przepisom dyrektywy, o tyle jest on przedkładany Komisji i weryfikowany nie rzadziej niż raz na dwa lata. Ponadto zgodnie z motywem 10 Komisja, działając wspólnie z Grupą Współpracy⁴¹, może sformułować wytyczne dotyczące wdrażania kryteriów mających zastosowanie do mikroprzedsiębiorstw i małych przedsiębiorstw. Rozwiązania te mają zapobiegać zjawisku nakładania nadmiernych obowiązków na te podmioty, których źródłem jest wskazywane powyżej nadmierne rygorystyczne wdrażanie. Rozwiązanie to należy uznać za trafne, tym bardziej że dyrektywa NIS 2 ma być również aktem minimalnej harmonizacji, co rodzi zagrożenie przyjmowania różnych, bardziej restrykcyjnych i daleko idących rozwiązań w tym zakresie.

Jednocześnie prawodawca zdecydował się na inne rozwiązanie w zakresie relacji dyrektywy NIS 2 do unijnych sektorowych aktów prawnych niż obecnie funkcjonujące, które zakłada ich prymat nad ogólną regulacją⁴². Jako przykład można wskazać sektor łączności elektronicznej, który ma długą tradycję własnych regulacji w zakresie cyberbezpieczeństwa⁴³, a zjawisko to ulegnie pogłębieniu po wejściu w życie Europejskiego kodeksu łączności elektronicznej⁴⁴, który kompleksowo normuje kwestie cyberbezpieczeństwa w sektorze łączności elektronicznej⁴⁵. W art. 2 ust. 6 projektu dyrektywy NIS 2 zaproponowano rozwiązanie, że przepisów dyrektywy nie stosuje się tylko wówczas, gdy skutki wymogów wynikających z przepisów sektorowych są co najmniej równoważne skutkom obowiązków przewidzianych w tej dyrektywie. Jeżeli taka sytuacja nie występuje, to zastosowanie będą miały rozwiązania dyrektywy NIS 2, w tym w kwestiach dotyczących nadzoru. Trzeba jednak zauważyć, że będzie to miało zastosowanie tylko do podmiotów objętych regulacją tej dyrektywy. Dlatego jeżeli przepisy sektorowe nakładają na MŚP obowiązki o mniejszym zakresie niż NIS 2, a jednocześnie nie zachodzi żaden z wyjątków wskazanych w art. 2 ust. 2 dyrektywy, który pozwala taki podmiot objąć regulacjami tego aktu prawnego, należy uznać, że zastosowanie mają przepisy sektorowe.

⁴¹ Zgodnie z art. 12 dyrektywy NIS 2 Grupa Współpracy jest ciałem powołanym do wspierania i ułatwiania strategicznej współpracy i wymiany informacji między państwami członkowskimi w obszarze stosowania dyrektywy. W jej skład wchodzi przedstawiciele państw członkowskich, Komisji i ENISA, a w charakterze obserwatora Europejska Służba Działań Zewnętrznych.

⁴² S. Piątek, *Obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie cyberbezpieczeństwa*, „Inter-towy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 2, s. 29.

⁴³ M. Rojszczak, *Cyberbezpieczeństwo w łączności elektronicznej*, w: *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018, s. 200 i nast.

⁴⁴ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/1972 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L321/36.

⁴⁵ S. Piątek, dz. cyt., s. 30.

3. Pozaprawne inicjatywy UE w celu podniesienia poziomu cyberbezpieczeństwa

Na poziomie Unii Europejskiej istnieje konsensus co do tego, że nakładanie obowiązków prawnych nie jest wystarczające do osiągnięcia wysokiego poziomu cyberbezpieczeństwa w obrębie jednolitego rynku cyfrowego, tym bardziej że MŚP zgłaszają jako barierę brak odpowiedniej wiedzy eksperckiej w tym zakresie⁴⁶. Wśród inicjatyw Komisji Europejskiej, które zmierzają do rozwiązania tego problemu można wskazać cztery grupy: edukacja, badania naukowe, wsparcie dla start-upów i tworzenie partnerstw europejskich.

W ramach działań w pierwszym ze wskazanych obszarów KE zobowiązała się do aktualizacji europejskiego programu na rzecz umiejętności, w tym paktu na rzecz umiejętności zawierającego specjalny komponent przeznaczony dla MŚP oraz opracowania intensywnych kursów umiejętności cyfrowych dla pracowników MŚP, szczególnie w obszarach sztucznej inteligencji, cyberbezpieczeństwa i *blockchain*⁴⁷. Ponadto Komisja zaktualizuje oraz przedstawi wniosek dotyczący zalecenia Rady mającego na celu modernizację kształcenia i szkolenia zawodowego. W celu wsparcia osób starszych i tradycyjnych przedsiębiorstw ma zostać uruchomiony program „cyfrowi wolontariusze”⁴⁸.

W obszarze badań celem Komisji jest rozwój technologii, które zostały uznane za kluczowe z perspektywy bezpieczeństwa i suwerenności technologicznej. W jej ramach wskazano robotykę, mikroelektronikę, infrastrukturę obliczeń wielkiej skali i chmury danych, *blockchain*, technologie kwantowe, fotonikę, biotechnologię przemysłową, biomedycynę, nanotechnologie, produkty lecznicze, materiały i technologie zaawansowane⁴⁹. Szczególną rolę w tym systemie odgrywa program Horyzont Europa, którego cele zostały przyjęte przez Komisję, Parlament i Radę 11 grudnia 2020 roku⁵⁰. Program ten został wyposażony w budżet w wysokości około 95,5 mld euro na lata 2021–2027, a w jego ramach będą się mieścić działania Europejskiej Rady ds. Innowacji, która wspiera działania mające przełomowe znaczenie, ale zbyt ryzykowne dla prywatnych inwestorów. Na uwagę zasługuje to, że 70% z ponad 10 mld euro zarezerwowanych na działania tego organu będzie przeznaczane dla małych i średnich przedsiębiorstw. Jednocześnie w opublikowanym w marcu 2021 roku planie strategicznym obszarów wspieranych przez program Horyzont Europa cyberbezpieczeństwo jest wskazane jako jeden z priorytetów, któ-

⁴⁶ Komunikat Komisji w sprawie określenia..., s. 19.

⁴⁷ Komunikat Komisji „Strategia MŚP...”, s. 6.

⁴⁸ Tamże, s. 6–7.

⁴⁹ Komunikat Komisji „Nowa strategia...”, s. 15.

⁵⁰ Komisja z zadowoleniem przyjmuje porozumienie polityczne w sprawie programu „Horyzont Europa”, następnego unijnego programu w zakresie badań naukowych i innowacji, Komisja Europejska, 10 grudnia 2020 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_20_2345 [dostęp: 10.03.2021].

rego osiągnięcie ma skutkować stworzeniem bezpiecznego środowiska cyfrowego dla obywateli i przedsiębiorstw⁵¹.

W obszarze wsparcia dla start-upów trzeba zwrócić uwagę na trzy obszary. Pierwszym jest budowanie infrastruktury do świadczenia usług cyfrowych w standardzie 5G z uwzględnieniem wymogów w zakresie bezpieczeństwa, które są uznawane za priorytetowe. Podjęcie tych działań jest dla KE szczególnie istotne ze względu na ich znaczenie we wdrażaniu zielonych technologii⁵². Ponadto UE rozpoczęła prace na infrastrukturą komunikacji kwantowej, która w ciągu najbliższych 10 lat ma wprowadzić możliwość certyfikowanego szyfrowania kwantowego⁵³. Trzeba zauważyć, że technologia ta znacznie wydajniej chroni informacje niż systemy używane obecnie⁵⁴. Drugim obszarem jest wypracowanie unijnego standardu wspierania start-upów i zachęcanie państw członkowskich do wdrożenia jego praktyk na szczeblu lokalnym, regionalnym i krajowym oraz bezpośrednie wsparcie polegające na zwiększeniu liczby centrów innowacji cyfrowych oraz dalszy rozwój inicjatyw Startup Europe i Europejskiej Sieci Przedsiębiorczości⁵⁵. Trzecim obszarem jest wsparcie w podejmowaniu działań na rynkach regulowanych, które z reguły są mało dostępne dla start-upów ze względu na wysoki próg wejścia⁵⁶. Rozwiązaniem tego problemu jest tworzenie tzw. piaskownic regulacyjnych (*regulatory sandbox*), które umożliwiają przedsiębiorstwom wypróbowanie rozwiązań nieprzewidzianych w przepisach prawa, pozostając pod nadzorem organów regulacyjnych⁵⁷. Dotychczas tego typu działania były podejmowane najczęściej w obszarze usług finansowych, w tym również w Polsce⁵⁸, ale można znaleźć przykłady podobnych działań również w innych branżach takich jak energetyka⁵⁹. Celem KE jest zachęcenie państw członkowskich do zwiększania zasięgu takich rozwiązań, co ma skutkować poszerzeniem dystrybucji innowacji, szczególnie w obszarach regulowanych.

Ostatnim obszarem wsparcia UE jest tworzenie partnerstw europejskich między Unią Europejską, państwami członkowskimi a przemysłem. Są to nowe inicjatywy,

⁵¹ *Horizon Europe Strategic Plan 2021–2024*, Bruksela 2021, s. 59.

⁵² *5G for Europe's Digital and Green Recovery*, EC, styczeń 2021 r., <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/5g-europes-digital-and-green-recovery> [dostęp: 10.03.2021].

⁵³ Komunikat Komisji „Nowa strategia...”, s. 15.

⁵⁴ A. Parakh, *Providing variable levels of security in quantum cryptography*, Proc. SPIE 10771, Quantum Communications and Quantum Imaging XVI, 107710R (18 September 2018), <https://doi.org/10.1117/12.2323204>.

⁵⁵ Komunikat Komisji „Strategia MŚP...”, s. 6–8.

⁵⁶ J.J. Goo, J.-Y. Heo, *The Impact of the Regulatory Sandbox on the Fintech Industry, with a Discussion on the Relation between Regulatory Sandboxes and Open Innovation*, „Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity” 2020, no. 2, s. 43.

⁵⁷ Komunikat Komisji „Strategia MŚP...”, s. 9.

⁵⁸ K. Marchewka-Bartkowiak, *Regulacyjne środowisko testowe (regulatory sandbox) – doświadczenia i perspektywy*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2019, nr 1, s. 61–75.

⁵⁹ E.C. van der Waal, A.M. Das, T. van der Schoor, *Participatory Experimentation with Energy Law: Digging in a 'Regulatory Sandbox' for Local Energy Initiatives in the Netherlands*, „Energies” 2020, nr 2, s. 458–479.

których podstawą prawną mają być rozporządzenia wydane na podstawie art. 187 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)⁶⁰. Ich celem jest przyspieszenie utworzenia i wykorzystywania nowych innowacyjnych rozwiązań w różnych sektorach poprzez mobilizację środków publicznych i prywatnych, szczególnie w zakresie ekologicznej i cyfrowej transformacji. Stroną partnerstwa mogą być ośrodki badawcze, szkoły wyższe, organizacje pozarządowe, podmioty publiczne na szczeblu lokalnym, regionalnym, krajowym lub międzynarodowym, a także przedsiębiorstwa, niezależnie od swojej formy i wielkości. Unia Europejska planuje zainwestowanie w te inicjatywy prawie 10 miliardów euro. W zakresie cyberbezpieczeństwa szczególne znaczenie ma partnerstwo dotyczące kluczowych technologii cyfrowych, którego nadrzędnym celem jest wspieranie transformacji cyfrowej wszystkich sektorów gospodarczych i społecznych oraz Europejskiego Zielonego Ładu, a także Partnerstwo na rzecz inteligentnych sieci i usług, które ma się skupić na realizacji zadań wskazanych w strategii cyberbezpieczeństwa UE i unijnym zestawie narzędzi na potrzeby cyberbezpieczeństwa sieci 5G⁶¹.

Podsumowanie

Podstawowym środkiem, który ma prowadzić do realizacji priorytetów Unii Europejskiej, jest wykorzystanie potencjału cyfryzacji i technologii informacyjno-komunikacyjnych. Ze względu na ryzyko związane z korzystaniem z nich, pierwszoplanowa staje się problematyka cyberbezpieczeństwa. Ma ona szczególne znaczenie w odniesieniu do małych i średnich przedsiębiorstw, które z jednej strony stanowią trzon gospodarki unijnej, a z drugiej są relatywnie łatwiejszym celem ataków niż duże przedsiębiorstwa. Wynika to zarówno z braków dostępu do zasobów, jak i mniejszego poziomu świadomości wśród osób zatrudnionych w MŚP. Organy UE podjęły próbę rozwiązania tego wyzwania za pomocą instrumentów prawnych i pozaprawnych.

Wśród tych pierwszych kluczowe są regulacje mające doprowadzić do zbudowania systemu odporności na ataki na tym samym poziomie we wszystkich państwach członkowskich. Podstawową rolę w tym zakresie odgrywa dyrektywa NIS, która jednak ze względu na rozbieżność we wdrażaniu okazała się niewystarczająca do osiągnięcia tego celu, a jednocześnie stworzyła nowe bariery w funkcjonowaniu jednolitego rynku cyfrowego. Wniosek legislacyjny Komisji Europejskiej zmierzający do uchwalenia dyrektywy NIS 2 ma zniwelować zaobserwowane mankamenty oraz podnieść poziom bezpieczeństwa, szczególnie w sektorach dotychczas nie objętych

⁶⁰ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, Dz. Urz. UE C 326/47.

⁶¹ UE ma ustanowić nowe partnerstwa europejskie i zainwestować prawie 10 mld euro w ekologiczną i cyfrową transformację, komunikat prasowy z dnia 23 lutego 2021 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/ip_21_702 [dostęp: 10.03.2021].

normowaniami. W propozycji Komisji zwraca uwagę rozszerzenie zakresu stosowania przepisów na sektor wytwórczy i przemysłowy oraz produkcję i dystrybucję żywności. Trzeba zauważyć, że w obu z nich operują liczne podmioty z sektora małych i średnich przedsiębiorstw, dla których nałożenie nowych obowiązków mogłoby się wiązać z dużym obciążeniem administracyjnym i finansowym. Dlatego należy podzielić stanowisko KE, która zasadniczo wyklucza objęcie MŚP tymi regulacjami, przedstawiając listę wyjątków, która będzie dotyczyła ograniczonej liczby podmiotów. Równie korzystnym rozwiązaniem wydaje się monitorowanie, jakiego rodzaju przedsiębiorstwa są uznane przez państwa członkowskie za podlegające wyjątkom, aby mieć pole do ewentualnej interwencji w tym zakresie.

Akt o cyberbezpieczeństwie jako drugi ze środków prawnych skupia się na tworzeniu instytucjonalnego środowiska do wspierania bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni. Należy jednak zauważyć, że kompetencje Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa mogą mieć wpływ na polepszenie się sytuacji MŚP. Wynika to z przyznanych temu organowi kompetencji zarówno do prowadzenia działań edukacyjnych, jak i tworzenia ram w zakresie certyfikacji. W zakresie tego pierwszego obszaru istotne jest, że adresatami działań mogą być małe i średnie przedsiębiorstwa, które w ten sposób mogą zapłacić lukę kompetencyjną. Natomiast działania z zakresu certyfikacji pośrednio przyczynią się do poprawienia poziomu bezpieczeństwa MŚP poprzez możliwość wyboru urządzeń gwarantujących określony pułap zabezpieczeń bez konieczności prowadzenia analiz w tym zakresie.

Niezależnie od środków prawnych Unia Europejska przewiduje podjęcie inicjatyw edukacyjnych, wsparcie badań naukowych oraz środowiska start-upów, które mają prowadzić do bezpiecznego korzystania MŚP z jednolitego rynku cyfrowego. Należy uznać, że takie wsparcie jest zasadne i będzie znaczącym wzmocnieniem sektora małych i średnich przedsiębiorstw.

Resumen extenso / Streszczenie

Ciberseguridad y participación de las pymes en el Mercado Único Digital

Los retos geopolíticos, entre los que se puede indicar el creciente rol de China, los retos globales, como los cambios climáticos, y los retos sociales, como el envejecimiento de la sociedad, han desafiado a la Unión Europea a tomar iniciativas con el fin de afrontarlos. Las indicaciones políticas formuladas por la Presidenta de la Comisión Europea, Ursula von der Leyen, las prioridades establecidas por el Parlamento Europeo y el Programa Estratégico 2019–2024 del Consejo Europeo constituyen una visión coherente de las acciones de la UE que son una respuesta a los problemas existentes. Se basa en una transformación digital y ecológica que deba abarcar todos los aspectos económicos y sociales y conducir a un aumento de la

competitividad y la prosperidad de Europa, a la soberanía económica y tecnológica y a la capacidad de recuperación frente a los choques externos.

De especial importancia para la consecución de estos planes es el desarrollo de un Mercado Único Digital, que se considera el punto de partida para mantener la competitividad de la UE y evolucionar hacia la neutralidad climática y el liderazgo digital. Cabe señalar que la gran mayoría de sus operadores son pequeñas y medianas empresas (pymes), cuyo número se estima en 25 millones. Su papel tiene gran importancia para introducir la innovación, los nuevos modelos de negocio y las soluciones cuyo efecto será el cumplimiento de los objetivos propuestos. Al mismo tiempo, las barreras en este mercado son más dolorosas para el desarrollo de las actividades económicas para las entidades, debido a sus limitados recursos y a la dificultad para reponerlos.

Además, la creación y el desarrollo del Mercado Único Digital están inmanentemente relacionados con la seguridad de funcionar en él, que en relación con las amenazas que conlleva el funcionamiento en el mundo digital denominada la ciberseguridad. En la base de esta tesis está la creencia de que cuanto más interconectadas están la economía y la sociedad, mayor es la vulnerabilidad a los ataques y más amplio su impacto, y que, a pesar del carácter transfronterizo de las amenazas, las competencias de los organismos responsables por la seguridad y las fuerzas de orden son principalmente de carácter nacional. Esto reduce la capacidad de reaccionar adecuadamente y, en consecuencia, de reducir el impacto de un ataque y castigar a los responsables. Al mismo tiempo, a nivel político, las ciberamenazas se consideran una amenaza para la democracia y los valores europeos. Por esta razón, las cuestiones relacionadas con la ciberseguridad han ido más allá de un problema técnico estrechamente definido y se han convertido en indispensables para el cumplimiento del objetivo político de “Europe fit for the Digital Age” [“una Europa preparada para la Era Digital”].

En este capítulo me centraré en indicar las acciones que adoptan los organismos de la Unión Europea para aumentar el nivel de ciberseguridad de las pequeñas y medianas empresas. Se dividirá en tres partes. En la primera parte señalaré las principales amenazas para las pymes, cuya fuente es la digitalización. En la segunda parte caracterizaré las acciones extralegales de la UE para aumentar el nivel de ciberseguridad, mientras que en la tercera parte presentaré las disposiciones legales que crean el sistema de ciberseguridad, con especial énfasis en los cambios planeados.

Las consideraciones sobre la seguridad en internet se deben comenzar con la cita de la afirmación de ex director del FBI, Robert Mueller, según la cual las empresas se dividen en dos tipos: las que han sido víctimas de ataques y las que lo serán. Esta opinión se confirma empíricamente. Como ejemplo, podemos señalar el ataque a al menos 30.000 organizaciones llevado a cabo en EE.UU. en marzo de 2021 o el *Soliorgate*, que provocó una violación de los sistemas de información de más de 400 grandes corporaciones mundiales según la lista Fortune 500. Un indicador adicional

que aumenta el nivel de amenaza es la aceleración de la digitalización de muchos servicios provocada por la pandemia COVID-19. Conforme con los datos de la Unión Internacional de Telecomunicaciones, durante la pandemia se produce un ataque cada 39 segundos y el número de correos electrónicos utilizados para los ataques aumentó un 600%.

Independientemente de la introducción de normativas que regulen componentes parciales de la ciberseguridad, como las soluciones concernientes a la protección de datos personales, la Unión Europea está tratando de regular esta cuestión de forma sistémica. En este ámbito, destacan el Reglamento 2019/881 denominado Reglamento sobre la Ciberseguridad y la Directiva 2016/1148 denominada en la literatura como Directiva NIS [*seguridad de redes y sistemas de información*].

Conforme con el artículo 1 apartado 1 del Reglamento, su ámbito sustancial de aplicación incluye la fijación de los objetivos y tareas de la Agencia de la Unión Europea para la Ciberseguridad (ENISA) y el marco para el establecimiento de programas europeos de certificación de ciberseguridad. Ambas áreas tienen un impacto en el fortalecimiento de la seguridad de las pequeñas y medianas empresas. En el ámbito de las actividades de la ENISA, se deben distinguir las tareas de este organismo que incluyen la educación y la creación de conocimientos en materia de ciberseguridad. La primera está normalizada en el artículo 10. Incluye tanto las actividades propias de la agencia como el apoyo a los Estados miembros en el ámbito la promoción de la concienciación en materia de ciberseguridad, incluidas las campañas informativas y el intercambio de las mejores prácticas. Las responsabilidades en el ámbito de la creación de conocimientos se regulan en el artículo 9. En él se impone a ENISA la obligación de realizar los análisis de las tecnologías emergentes y presentar evaluaciones temáticas concernientes a un previsible impacto social, legal, económico y normativo en la ciberseguridad, y recopilar y analizar la información disponible públicamente sobre los incidentes importantes.

En el ámbito al marco europeo de certificación de la ciberseguridad, el Reglamento 2019/881 prevé la creación de un sistema independiente de otros sistemas de certificación y no exime de las obligaciones derivadas de los mismos. Según el artículo 56, apartado 2, del Reglamento 2019/881, la certificación de ciberseguridad es voluntaria, salvo que la legislación de la Unión o de los Estados miembros disponga otra cosa. Actualmente, no hay disposiciones que obliguen a ese tipo de acciones. El segundo documento que regula las cuestiones de la ciberseguridad es la Directiva 2016/1148 (Directiva NIS). El objetivo de este acto es crear un marco legal que facilite la creación de sistemas y redes nacionales de ciberseguridad para el intercambio de información y la cooperación en este ámbito entre los países de la UE. Su entrada en vigor se considera un momento histórico para la creación de un sistema de protección supranacional que, entre otras cosas, pretendía apoyar el desarrollo de un mercado único digital. Al mismo tiempo, su funcionamiento en la práctica resultó problemático, especialmente para las pymes. Por ello, el 16 de

diciembre de 2020, la Comisión presentó una propuesta legislativa para adoptar una nueva directiva, denominada provisionalmente NIS 2.

El legislador ha determinado que las disposiciones de la directiva no se aplican a las entidades que se califican como microempresas, pequeñas o medianas empresas en el sentido de la Recomendación 2003/361 de la Comisión. Al mismo tiempo, el legislador ha notado que las especificidades de la ciberseguridad no pueden excluir por completo que las pymes se consideren unas entidades sujetas a las disposiciones de la directiva, especialmente en la situación cuando son de gran importancia para las economías o sociedades de los Estados miembros o para sectores o tipos de servicios concretos. Según el artículo 2 apartado 2 de la Directiva, las pequeñas o medianas empresas serán destinatario de las obligaciones resultantes de la Directiva, si su objeto de actividades está incluido en la definición de entidades imprescindibles o relevantes y, al mismo tiempo, cumple una de las premisas indicadas en esta disposición, que son, entre otras: realizar actividades como proveedor de servicios de confianza, prestar servicios de registro de dominios de primer nivel, ser el único proveedor de un servicio en un Estado miembro, o cuando la interrupción de los servicios prestados pueda afectar al orden público, a la seguridad pública o a la salud pública o provocar un riesgo sistémico, en particular en los sectores en los que dicha interferencia pueda tener un impacto transfronterizo.

Existe un consenso a nivel de la Unión Europea de que la imposición de obligaciones legales no es suficiente para lograr un alto nivel de ciberseguridad dentro del Mercado Único Digital, especialmente porque las pymes señalan como barrera la falta de conocimiento experto en esta área. Entre las iniciativas de la Comisión Europea que pretenden resolver este problema, se pueden identificar cuatro grupos: educación, investigación, apoyo a las start-ups y creación de asociaciones europeas.

Dentro de las acciones en el primero de los ámbitos indicados, la CE se ha comprometido a actualizar la agenda europea de capacidades, incluyendo un pacto de capacidades con un componente especial destinado para las pymes, y a desarrollar cursos intensivos de competencias digitales para los empleados de las pymes, especialmente en los ámbitos de la inteligencia artificial, la ciberseguridad y el blockchain.

En el ámbito de la investigación, la Comisión pretende desarrollar tecnologías que se han identificado como claves desde el punto de vista de la seguridad y la soberanía tecnológica. En su marco se ha indicado la robótica, la microelectrónica, la infraestructura de computación a gran escala y las nubes de datos, el blockchain, las tecnologías cuánticas, la fotónica, la biotecnología industrial, la biomedicina, las nanotecnologías, los productos médicos, los materiales y las tecnologías avanzadas. Horizonte Europa, cuyos objetivos fueron adoptados por la Comisión, el Parlamento y el Consejo el 11 de diciembre de 2020, desempeña un papel especial en este sistema.

En el ámbito del apoyo a las start-ups, hay que prestar atención a tres áreas. La primera es la construcción de infraestructura para prestar servicios digitales en el estándar 5G, teniendo en cuenta los requisitos de seguridad, que se consideran

prioritarios. El último ámbito de apoyo de la UE es la creación de asociaciones europeas entre la Unión Europea, los Estados miembros y la industria. Se trata de nuevas iniciativas cuya base legal son los reglamentos dictados en virtud del artículo 187 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE). Su objetivo es acelerar la creación y explotación de nuevas soluciones innovadoras en diversos sectores mediante la movilización de recursos públicos y privados, en particular en el ámbito de la transformación ecológica y digital.

Bibliografia

- 5G for Europe's Digital and Green Recovery*, EC, styczeń 2021 r., <https://ec.europa.eu/digital-single-market/en/news/5g-europes-digital-and-green-recovery> [dostęp: 10.03.2021].
- 10 szpitali uderzonych przez Ransomware. Trzy przestały przyjmować pacjentów, SEKURAK, 2 października 2019 r., <https://sekurak.pl/10-szpitali-uderzonych-przez-ransomware-trzy-przestaly-przyjmowac-pacjentow-us-australia/> [dostęp: 10.03.2021].
- 80 proc. polskich firm doświadczyło przynajmniej jednego cyberataku, RyndekDomen.pl, 26 kwietnia 2018 r., <https://ryndekdomen.pl/2018/80-proc-polskich-firm-doswiadczylo-przynajmniej-jednego-cyberataku/> [dostęp: 10.03.2021].
- A Union that strives for more. My agenda for Europe by candidate for President of the European Commission Ursula von der Leyen. Political Guidelines for the Next European Commission 2019-2024* https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/political-guidelines-next-commission_en_0.pdf [dostęp: 11.11.2021]
- Amerykańska policja: hacker włamał się do systemu uzdatniania wody i wprowadził zmianę stężenia wodorotlenku sodu. 100 ppm -> 11100 ppm, SEKURAK, 8 lutego 2020 r., <https://sekurak.pl/amerykanska-policja-hacker-wlamal-sie-do-systemu-uzdatniania-wody-i-wprowadzil-zmiane-stezenia-wodorotlenku-sodu-100ppm-11100ppm/> [dostęp: 10.03.2021].
- Co najmniej 30 000 organizacji w USA zhackowanych w przeciągu ostatnich paru dni. Ogromna operacja cyberszpiegowska, SEKURAK, 5 marca 2021, <https://sekurak.pl/co-najmniej-30-000-organizacji-w-usa-zhackowanych-w-przeciegu-ostatnich-paru-dni-ogromna-operacja-cyberszpiegowska/> [dostęp: 10.03.2021].
- Cyberataki na Europejską Agencję Leków. Media: To byli chińscy i rosyjscy hakerzy, „Dziennik Gazeta Prawna”, 6 marca 2021 r., <https://technologia.dziennik.pl/internet/artykuly/8113887, europejska-agencja-lekow-hakerzy-media-rosja-chiny.html> [dostęp: 10.03.2021].
- Cyber security and resilience for Smart Hospitals, ENISA, 24 listopada 2016 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/cyber-security-and-resilience-for-smart-hospitals> [dostęp: 10.03.2021].
- Decyzja Prezesa Urzędu Danych Osobowych z 11.01.2021, DKN.5130.2815.2020, <https://www.uodo.gov.pl/decyzje/DKN.5130.2815.2020> [dostęp: 10.03.2021].
- Decyzja Prezesa Urzędu Danych Osobowych z 11.02.2021, DKN.5130.2024.2020 <https://www.uodo.gov.pl/decyzje/DKN.5130.2024.2020> [dostęp: 10.03.2021].
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/1148 z dnia 6 lipca 2016 r. w sprawie środków na rzecz wspólnego poziomu bezpieczeństwa sieci i systemów informatycznych na terytorium Unii, Dz. Urz. UE L 194/1.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2018/172 z dnia 11 grudnia 2018 r. ustanawiająca Europejski kodeks łączności elektronicznej, Dz. Urz. UE L321/36.
- Goo J.J., Heo J.-Y., *The Impact of the Regulatory Sandbox on the Fintech Industry, with a Discussion on the Relation between Regulatory Sandboxes and Open Innovation*, „Journal of Open Innovation: Technology, Market, and Complexity” 2020, no. 2, s. 43–71.

- Good Practices for Security of IoT in the context of Smart Manufacturing*, ENISA, 19 listopada 2018 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/good-practices-for-security-of-iot>.
- Highly Evasive Attacker Leverages SolarWinds Supply Chain to Compromise Multiple Global Victims with SUNBURST Backdoor*, Mandiant, 13 grudnia 2020 r., <https://www.fireeye.com/blog/threat-research/2020/12/evasive-attacker-leverages-solarwinds-supply-chain-compromises-with-sunburst-backdoor.html> [dostęp: 10.03.2021].
- Horizon Europe Strategic Plan 2021–2024*, Bruksela 2021, s. 59.
- Industry 4.0 – Cybersecurity Challenges and Recommendations*, ENISA, 20 maja 2019 r., <https://www.enisa.europa.eu/publications/industry-4-0-cybersecurity-challenges-and-recommendations> [dostęp: 10.03.2021].
- IoT Security Standards Gap Analysis*, ENISA, <https://www.enisa.europa.eu/publications/iotsecurity-standards-gap-analysis>, January 2019.
- Kesan J.P., Hayes C.M., *Bugs in the Market: Creating a Legitimate, Transparent, and Vendor-focused Market for Software Vulnerabilities*, „Arizona Law Review” 2016, no. 58.
- Komisja z zadowoleniem przyjmuje porozumienie polityczne w sprawie programu „Horyzont Europa”, następnego unijnego programu w zakresie badań naukowych i innowacji*, Komisja Europejska, 10 grudnia 2020 r., https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/pl/IP_20_2345 [dostęp: 10.03.2021].
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład” COM(2019) 640 final, Bruksela, 11.12.2019.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy”, COM(2020) 67 final, Bruksela, 19.2.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w sprawie określenia i usuwania barier na jednolitym rynku, COM(2020) 93 final, Bruksela, 10.03.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”, COM(2020) 102 final, Bruksela, 10.03.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Strategia MŚP na rzecz zrównoważonej i cyfrowej Europy”, COM(2020) 103 final, Bruksela, 10.03.2020.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „2030 Digital Compass: the European way for the Digital Decade”, COM(2021) 118 final, Bruksela, 9.03.2021.
- Litwiński P., *Pojęcie danych osobowych w ogólnym rozporządzeniu o ochronie danych osobowych – glosa do wyroku Trybunału Sprawiedliwości z 19.10.2016 w sprawie C-582/14 Patrick Breyer*, „Europejski Przegląd Sądowy” 2017, nr 5, s. 51–53.
- Marchewka-Bartkowiak K., *Regulacyjne środowisko testowe (regulatory sandbox) – doświadczenia i perspektywy*, „Studia Biura Analiz Sejmowych” 2019, nr 1, s. 61–75.
- Mueller R.S., Speech, RSA Cyber Security Conference San Francisco, FBI, 1.03.2012, <https://archives.fbi.gov/archives/news/speeches/combating-threats-in-the-cyber-world-outsmarting-terrorists-hackers-and-spies> [dostęp: 10.03.2021].
- Największy operator prywatnych szpitali w Europie zaatakowany*, CyberDefence24, 7 maja 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/najwiekszy-operator-prywatnych-szpitali-w-europie-fresenius-zaatakowany-przez-hakerow> [dostęp 10.03.2021].
- Nowak W., *Specyfika zagrożeń w cyberprzestrzeni*, w: *Cyberbezpieczeństwo*, red. C. Banasiński, M. Rojszczak, Warszawa 2020.

- ONZ: *podczas pandemii liczba złośliwych e-maili wzrosła o 600 proc.*, CyberDefence24, 25 maja 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/onz-podczas-pandemii-liczba-zlosliwych-e-maili-wzrosla-o-600-proc> [dostęp: 10.03.2021].
- Palczewski S., *Zhakowano Urząd Marszałkowski w Krakowie*, CyberDefence14, 11 lutego 2021 r., <https://www.cyberdefence24.pl/zhakowano-urzad-marszalkowski-w-krakowie> [dostęp: 10.03.2021].
- Piątek S., *Obowiązki przedsiębiorców telekomunikacyjnych w zakresie cyberbezpieczeństwa*, „Internetowy Kwartalnik Antymonopolowy i Regulacyjny” 2020, nr 2, s. 28–41.
- Pospieszna cyfryzacja zwiększa ryzyko cyberataków. 4-krotny wzrost liczby incydentów*, CyberDefence24, 3 grudnia 2020 r., <https://www.cyberdefence24.pl/pospieszna-cyfryzacja-zwieksza-ryzyko-cyberatakow-4-krotny-wzrost-liczby-incydentow> [dostęp: 10.03.2021].
- Rojszczak M., *Cyberbezpieczeństwo w łączności elektronicznej*, w: *Cyberbezpieczeństwo. Zarys wykładu*, red. C. Banasiński, Warszawa 2018.
- Rojszczak M., *Praktyczne aspekty cyberbezpieczeństwa z perspektywy użytkownika*, w: *Cyberbezpieczeństwo*, red. C. Banasiński, M. Rojszczak, Warszawa 2020.
- Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/881 z dnia 17 kwietnia 2019 r. w sprawie ENISA (Agencji Unii Europejskiej ds. Cyberbezpieczeństwa) oraz certyfikacji cyberbezpieczeństwa w zakresie technologii informacyjno-komunikacyjnych oraz uchylenia rozporządzenia (UE) nr 526/2013 (akt o cyberbezpieczeństwie), Dz. Urz. UE L 151/15.
- Parakh A., *Providing variable levels of security in quantum cryptography*, Proc. SPIE 10771, Quantum Communications and Quantum Imaging XVI, 107710R (18 September 2018); <https://doi.org/10.1117/12.2323204>
- Świtała K., *Bezpieczeństwo sieci i usług w projekcie nowelizacji ustawy o Krajowym Systemie Cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 23 s. 1239–1243.
- Szpor G., *Nowelizacja siatki pojęciowej cyberbezpieczeństwa*, „Monitor Prawniczy” 2020, nr 22, s. 1189–1193.
- Waal E.C. van der, Das A.M., Schoor T. van der, *Participatory Experimentation with Energy Law: Digging in a ‘Regulatory Sandbox’ for Local Energy Initiatives in the Netherlands*, „Energies” 2020, nr 2, s. 458–479.
- Wniosek z dnia 16 grudnia 2020 r. „Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie środków na rzecz wysokiego wspólnego poziomu cyberbezpieczeństwa na terytorium Unii, uchylająca dyrektywę (UE) 2016/1148”, COM(2020) 823 final
- Zalecenie Komisji 2003/361/WE z dnia 6 maja 2003 r. dotyczące definicji mikroprzedsiębiorstw oraz małych i średnich przedsiębiorstw, Dz. Urz. UE L 124/36.
- Żywicka A., *Uwarunkowania prawne bezpieczeństwa wyrobów medycznych. Certyfikacja wyrobów medycznych w świetle rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady 2017/745 UE*, w: *Jakość w opiece medycznej. Teleporady, Internet Rzeczy, aplikacje śledzące, IP Boxy*, red. K. Kokocińska, J. Greser, Warszawa 2021.

La contratación pública como instrumento de digitalización de las pymes

Zamówienia publiczne jako instrument cyfryzacji MŚP

Javier Miranzo Díaz

Universitat Oberta de Catalunya

1. Las pymes en la Unión Europea

La importancia de las pequeñas y medianas empresas (pymes) para la estructura social y económica de la UE es a todas luces innegable. Tal y como expone la propia Comisión Europea, las pymes representan más del 99 % del total de las sociedades europeas¹. Estas, además, son en su gran mayoría empresas familiares y constituyen nuestra columna vertebral tanto económica como social. En países como España, este porcentaje un 99,84% del total de empresas en España 2.884.795, de las cuales eran pyme².

En este marco, la potenciación económica y capacitación de las pymes, y en concreto la digitalización, se ha configurado como un elemento determinante. Si analizamos el estado de la I+D+I empresarial en España, vemos que las empresas españolas invierten poco en activos basados en el conocimiento, no sólo en I+D sino también en otras capacidades empresariales que son importantes para la innovación³. El porcentaje sobre el PIB que supone el gasto en I+D ejecutado por el sector empresarial en España es del 0,6%, lo que supone aproximadamente la mitad del porcentaje en la UE (1,3%), y muy lejos de países como Suecia, Austria y Alemania, que superan el 2%.

En el European Innovation Scoreboard 2020, tanto España como Polonia aparecen catalogados como “innovadores moderados”, dentro de la categorización que hace la UE⁴, junto con otros países como Italia, Grecia, República Checa, Eslovaquia o Hungría⁵. Es especialmente preocupante que tanto España como Polonia se en-

¹ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final, p. 2.

² Pueden consultarse las cifras oficiales en: Cifras PYME, <http://www.ipyme.org/es-ES/publicaciones/Paginas/estadisticaspyme.aspx>.

³ Ibidem.

⁴ Innovadores líderes, innovadores fuertes, innovadores moderados e innovadores modestos.

⁵ Sin embargo, dentro de este rango, España tiene una puntuación más alta (92) y Polonia más baja (64).

cuentran entre los tres peores países (acompañados por Bulgaria), en el indicador dedicado a la innovación interna de las pymes (26 y 16 puntos, respectivamente), con una brecha importante respecto a los primeros países más innovadores en este sentido, como Portugal o Noruega (170 puntos)⁶.

Ante esta situación, la digitalización de las pymes ha sido uno de los principales ejes de actuación de la UE en su estrategia de desarrollo desde hace años⁷. La prioridad de esta digitalización para la supervivencia de estas pequeñas empresas se ha puesto quizá especialmente de manifiesto a raíz de la crisis provocada por la COVID-19⁸. Las dificultades para desarrollar actividades presenciales en este contexto y la necesidad de las pymes para sobrevivir a la crisis económica derivada de la situación sanitaria, ha hecho que el 48 % de las pymes hayan invertido en software debido a la crisis, cambiando su plan de inversión en software desde el comienzo de la pandemia. Curiosamente, España (55%) e Italia (52%), con un nivel de digitalización de pymes relativamente bajo en relación con la media europea, han sido algunos de los países con mayor número de pymes invirtiendo en nuevos programas informáticos para acelerar el cambio digital debido a la COVID-19⁹. Estos datos no son sorprendentes, ya que el 35% de las empresas han tenido que considerar la posibilidad de incorporar nuevos software para fomentar el trabajo en equipo y el 70% de las empresas han podido adaptar parte o la totalidad de sus ofertas comerciales para poder entregarlas virtualmente.

En este contexto, la Comisión Europea ha reiterado cómo el la digitalización y la implantación de herramientas de IA debe ser considerado como uno de los pilares del desarrollo, de forma que el crecimiento de la capacidad informática y la disponibilidad de datos, así como los avances en los algoritmos, han convertido la IA y las herramientas digitales en una de las tecnologías más estratégicas del siglo XXI¹⁰. De igual manera, otras organizaciones, como Digital SME Alliance, han manifestado también sus preocupaciones para crear un mercado único digital armonizado abierto y competitivo y permita que las pequeñas empresas innovadoras prosperen¹¹.

⁶ European Innovation Scoreboard 2020. Puede consultarse en: https://interactivetool.eu/EIS/EIS_2.html#a.

⁷ Véase el análisis que hace la Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. *Análisis sectorial de implantación de las tic en la pyme española*, 2011; también B. Gómez Fariñas, *La participación de las PYMES en la contratación pública: una visión desde el derecho europeo*, „Revista Digital de Derecho Administrativo” 2020, n° 24, pp. 161–182.

⁸ Véase, por ejemplo, *Plan de Digitalización PYMES 2021–2025*, que pretende inyectar importantes cantidades de inversión en este sector para garantizar una recuperación económica lo más ágil posible. Gobierno de España. *Plan de Digitalización PYMES 2021–2025*, 2021. En el mismo sentido, véase C. de Guerrero Manso, C., *¿Compara Pública de innovación en tiempo de COVID-19?*, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2019*, dir. J.M. Gimeno Feliú, Pamplona 2020, pp. 433–458.

⁹ J. Molero et al., *Pymes y COVID-19: hacia una recuperación sostenible*, 2020.

¹⁰ En particular, puede verse la Comunicación de la Comisión “Inteligencia artificial para Europa”, COM(2018) 237 final.

¹¹ European Digital SME Alliance, *Position paper on the Digital Services Act (DSA)*, 8 September 2020.

2. La COVID-19, el Estado de Alarma y los efectos sobre las pymes

Cuando el 31 de diciembre la Comisión Municipal de Salud de Wuhan (provincia de Hubei, China) notificara una serie de casos de neumonía en la ciudad que podrían estar causados por un nuevo coronavirus, pocos podían sospechar el impacto que este nuevo virus tendría en el mundo. Tras ir superando fronteras y, tras llegar a Europa, el 11 de marzo la OMS juzgó que la situación presentaba características lo suficientemente graves como para calificarlo como una pandemia global. Apenas unos días más tarde, el fuerte brote que comenzaba a manifestarse en España hacía que el Estado de la Nación decretara el Estado de Alarma mediante el Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma para la gestión de la situación de crisis sanitaria ocasionada por el COVID-19. En él se recogían una serie de medidas de confinamiento que paralizaron la práctica totalidad de la actividad social en nuestro país, y por ende, también una parte importante de la actividad económica.

Estas medidas generaron, así, una situación de crisis económica nunca antes vista, debido al carácter radical y artificial de la parálisis económica, frente a las fluctuaciones “naturales”, parciales y en mayor o menor grado progresivas que se pueden observar en crisis económicas anteriores. De la noche a la mañana, millones de empresas y operadores económicos dejaron de operar, y por tanto de ingresar beneficios, lo cual podía repercutir esencialmente en (1) despido de trabajadores o (2) cierres de empresas. Todos los operadores económicos se enfrentaron a estas consecuencias, pero las pymes y autónomos, precisamente por el escaso presupuesto y la ausencia de liquidez, se encontraron en una especial situación de exposición y vulnerabilidad antes estos gastos extraordinarios (o más bien, ante la ausencia de ingresos). La falta de ingresos o la minoración de los mismos durante el periodo del estado de alarma dio lugar a la incapacidad financiera de autónomos y pymes para hacer frente al cumplimiento, total o parcial, de sus diversas obligaciones de pago.

Ante este escenario, el Gobierno se vio obligado a aprobar una serie de medidas. Así, existía la posibilidad de acudir a un ERTE regulado por los arts. art. 45, 47 y 51 del Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores –flexibilizado posteriormente por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 y otras normativas posteriores– con el objetivo de mantener puestos de trabajo sin que esto supusiera una carga insoportable para las empresas cuando su actividad económica esté incluida en el anexo del Real Decreto 463/2020, de 14 de marzo, por el que se declara el estado de alarma, y por tanto se ven obligadas a dejar de prestar servicios y cerrar sus puertas temporalmente. Del mismo modo, todas las empresas que no estén incluidas dentro de dicho listado, pero se vean directamente afectadas por la situación de alarma nacional y deban suspender la actividad o reducir las jornadas

de sus trabajadores, podrán presentar frente a la autoridad laboral competente la solicitud de ERTE.

Esta medida, quizá la más popular, fue complementada con otras disposiciones, como las tomadas por el Real Decreto-ley 7/2020, de 12 de marzo, por el que se adoptan medidas urgentes para responder al impacto económico del COVID-19, sobre el aplazamiento del ingreso de la deuda tributaria correspondiente a todas aquellas declaraciones-liquidaciones y autoliquidaciones desde la fecha de entrada en vigor del presente real decreto-ley y hasta el día 30 de mayo de 2020 (art. 14), así como de la devolución de préstamos concedidos a las pymes por concedidos por la Secretaría General de Industria y de la Pequeña y Mediana Empresa (art. 15). Igualmente, el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, de medidas urgentes extraordinarias para hacer frente al impacto económico y social del COVID-19 creó una línea de avales para las empresas y autónomos para paliar los efectos económicos del COVID-19, llevó a cabo una ampliación del límite de endeudamiento neto del ICO y creó el Programa Acelera pyme con el objeto de articular un conjunto de iniciativas en colaboración con el sector privado de apoyo a las pymes en el corto y medio plazo¹². Éste último constituye una ventanilla única de acceso a todas las soluciones, servicios, ayudas y herramientas ofrecidas por entidades colaboradoras, que se centra especialmente en la digitalización de las pymes que les permita operar con garantías en condiciones de teletrabajo¹³.

En esta secuencia temporal, las medidas continuaron con la moratoria para pymes y autónomos en el alquiler de los locales siempre que fueran propiedad de empresas, entidades públicas de vivienda o un gran tenedor grandes tenedores, aprobada por el Real Decreto-ley 15/2020, de 21 de abril, de medidas urgentes complementarias para apoyar la economía y el empleo. En el mismo se incluían, dicha norma adopta también algunas medidas para reforzar la financiación empresarial.

Finalmente, la normativa citada prevé también una serie de medidas excepcionales en materia de contratación que tienen que ver con la necesidad de garantizar la liquidez de las empresas adjudicatarias y la necesaria flexibilidad para adaptar los contratos a las excepcionales circunstancias¹⁴. Estas medidas, las cuales no entrare-

¹² En este punto habría que interpretar las disposiciones relacionadas con el ICO en relación con la Resolución de 25 de marzo de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 24 de marzo de 2020, por el que se aprueban las características del primer tramo de la línea de avales del ICO para empresas y autónomos, para paliar los efectos económicos del COVID-19; y la Resolución de 10 de abril de 2020, de la Secretaría de Estado de Economía y Apoyo a la Empresa, por la que se publica el Acuerdo del Consejo de Ministros de 10 de abril de 2020, por el que se instruye al Instituto de Crédito Oficial a poner en marcha el segundo tramo de la línea de avales aprobada por el Real Decreto-ley 8/2020, de 17 de marzo, y se establece que sus beneficiarios sean las pequeñas y medianas empresas y autónomos afectados por las consecuencias económicas del COVID-19.

¹³ Puede visitarse la página web en: <https://acelerapyme.gob.es>.

¹⁴ Véanse las reflexiones pioneras de Gimeno Feliú ante la situación, en J.M. Gimeno Feliú, *La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública*, „El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho” 2020, n° 86–87, 2020; I. Gallego Córcoles, *La formalización de contratos en tiempos de alarma*:

mos a analizar, pues han sido estudiadas con gran maestría en otros trabajos¹⁵, han ido dirigidas esencialmente a la reformulación o adaptación de las prerrogativas de reequilibrio económico del contrato, las posibles prórrogas, modificaciones del contrato, indemnizaciones, etc.

Todo lo anterior, por tanto, compone el marco principal de medidas estructurales acometidas durante el periodo del Estado de Alarma para mitigar los efectos inmediatos o a corto plazo que pudieran tener las medidas de paralización de la economía. Esto es, se trataba de medidas de contención o amortiguación. Sin embargo, es ya evidente a la fecha de finalización del presente capítulo que las secuelas económicas de la crisis sanitaria provocada por el COVID-19 se prolongarán en el tiempo y marcarán con toda seguridad el devenir económico de los diversos países en los próximos años. En el presente trabajo nos centramos, por ello, en el papel que la contratación pública puede desempeñar en la reactivación económica, y en particular, en el mantenimiento o impulso del entramado económico local que componen las pymes y los autónomos, de cuya supervivencia dependerá, en buena medida, la capacidad de ahorro y gasto, y por tanto de crecimiento, de los Estados. En este contexto, analizaremos las posibilidades y aspectos de mejora, tanto a nivel nacional como local, para conseguir que la contratación pública actúe como un elemento que participe en el renacer económico de la masa empresarial, haciendo especial énfasis en el papel que la contratación pública puede jugar como dinamizador de la digitalización empresarial de las pequeñas empresas.

3. Herramientas directas e indirectas para la digitalización de las pymes

Tal y como se ha expuesto en anteriores apartados, durante las últimas décadas se han tomado múltiples medidas encaminadas a conseguir una digitalización de las pymes. Así, diversos países han aprobado sistemas de bonificaciones fiscales a las inversiones en I+D, algunos de ellos, además, como el caso de España, configurados con bonificaciones muy generosas, ayudas a inversiones en conectividad para las pymes que participen en programas públicos de digitalización¹⁶. Algunas herramientas como los bonos de cuantía fija para financiar la inversión en digitalización (voucher) en Bélgica, o la creación de centros de capacidades tecnológica “Technology Center Program” en Irlanda, han sido especialmente utilizados por algunos países europeos. A esto hay que añadir las numerosas iniciativas para crear

contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial, „Observatorio de Contratación Pública”, 1 de abril de 2020; X. Lazo Vitoria, *Contratación pública de emergencia COVID-19*, „Observatorio de Contratación Pública”, 30 de marzo de 2020.

¹⁵ Véanse, por ejemplo, las contribuciones de Gimeno Feliú, Moreno Molina, Tornos Más, Lazo Vitoria o Medina Arnáiz en la monografía *Observatorio de los contratos públicos 2019*, dir. J.M. Gimeno Feliú.

¹⁶ C. Rivas Sánchez, *Los incentivos fiscales a la innovación en España y en el ámbito comparado*. “Crónica Tributaria” 2008, nº 127, pp. 131–156.

un conjunto de estrategias, programas, iniciativas, capacidades, infraestructuras y recursos que se han dado a lo largo de Europa.

Sin embargo, existen diferentes circunstancias que han hecho muy poco efectivos estos mecanismos de fomento de la inversión, que han derivado en que una parte significativa del presupuesto público destinado a subvenciones y/o préstamos para innovación no ha llegado a gastarse en los últimos años. Entre ellos, cabría destacar una excesiva burocratización del acceso a los mismos (trámites, documentación, etc.), así como la incertidumbre o falta de transparencia comunicativa acerca de no conocer con seguridad el montante final de la deducción que esta inversión podría llevar conlleva. Esto hace que en muchas ocasiones, la pequeña empresa no opte por este tipo de inversión por considerarla incierta y dificultosa. En cualquier caso, el impulso de la digitalización por parte de las pymes requiere de una estrategia multinivel, que debe abarcar también, por supuesto, la actuación en materia de contratación pública.

4. El encaje de la digitalización de las pymes en la estrategia de contratación pública europea

El objetivo de la contratación pública tradicional no ha sido, sin embargo, beneficiar a los empresarios en uno u otro modo. Al adjudicar un contrato, hay un primer objetivo que debe alcanzarse: la prestación de servicios a la Administración o a los ciudadanos. Por lo tanto, existe un grupo principal de personas interesadas que los administradores de contratos deben tener en cuenta al establecer los criterios de adjudicación. Este grupo se puede identificar con los clientes del servicio, que puede ser la propia Administración Pública o un grupo reducido de ciudadanos más o menos bien definido. Sin embargo, los objetivos actuales de contratación pública van mucho más allá de la mera oferta de bienes y servicios a un grupo determinado de clientes. La contratación pública se ha convertido en una política pública y, como tal, en un instrumento clave para el desarrollo de las sociedades de maneras diferentes que requiere, en el diseño de los criterios de contratación, la observancia de un interés más amplio que trascienda aquel de los usuarios finales del servicio.

Es el caso de la protección del medio ambiente. Hoy en día se espera que los gestores públicos incluyan en los pliegos requisitos técnicos y los criterios de adjudicación destinados a garantizar o maximizar la protección del medio ambiente. Estos requisitos no se basan en un beneficio directo para los usuarios finales del servicio, sino más bien en un beneficio indirecto y más abstracto para un grupo más amplio de ciudadanos que a menudo identifica con “la sociedad”. Consecuencias similares se derivan de la utilización de medidas sociales en los procedimientos de contratación pública. Algunas de las medidas concebibles, como los criterios relacionados con condiciones laborales, responden a los intereses de quienes participan

en la prestación de servicios (trabajadores), pero otras potenciales cláusulas sociales potenciales – como las relacionadas con la inclusión de grupos desfavorecidos en el mercado laboral o disposiciones para la igualdad de género real en un sector determinado – se fundamentan en intereses de grupos que de otro modo no estarían directamente afectados por el contrato.

En cuanto a las disposiciones anticorrupción, aunque se pueda argumentar que la corrupción afecta a cada contrato individualmente y que, por lo tanto, su lucha se basa en intereses puramente contractuales, lo cierto es que las estrategias de integridad actuales están legitimadas sobre el hecho de que la corrupción socava la economía y la democracia en un ámbito mucho más amplio que el del contrato. Esto explica que incluso si el empleado público puede probar que la corrupción en un escenario determinado puede de hecho beneficiar a los usuarios finales del servicio, esto no legitima su acción, ya que hay intereses extracontractuales más amplios que deben ser protegidos¹⁷.

Por último, debemos reconocer que, aunque el objetivo principal de la contratación pública no es beneficiar a las empresas, este es sin duda uno de sus efectos. Dado que, irremediamente, se adjudicará el contrato a uno de los licitadores, se produce una cierta preocupación sobre las consecuencias de una adjudicación, no ya para los usuarios finales y la calidad de la prestación de servicios, sino para el sistema económico en el que la empresa está impregnada, o en última instancia, para la propia empresa¹⁸. La adjudicación del contrato a una empresa determinada establecida en una región concreta, o en unas condiciones determinadas, beneficia o condiciona sin duda a la economía de ese territorio. Las empresas son, en este punto, uno de los intereses que intervienen en el proceso de toma de decisiones, y desempeña un papel claro a la hora de evaluar el interés público del contrato.

De esta manera, aunque es cierto que la contratación pública debe dirigirse hacia la mayor eficiencia, no debemos olvidar que ésta debe tener como fin último prestar mejores servicios a los ciudadanos en aras del interés general, que es mucho más amplio que el objeto del contrato en sentido estricto¹⁹. Los contratos públicos, como política pública que “de facto” son, deben perseguir la satisfacción del interés general, el cual trasciende el propio contrato y la tradicional relación bilateral contractual²⁰. El Sector Público deja de ser un prestador de servicios directo para adquirir un

¹⁷ J. Miranzo Díaz, *Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas*, „Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado 2018, n° 14, 2018, pp. 1–26.

¹⁸ Estos efectos son analizados con mayor detalle en J. Miranzo Díaz, *The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform*, „Revista de Investigações Constitucionais” 2020, vol. 7, n° 2, pp. 355–400.

¹⁹ R. Medeiros, *A nova Diretiva 2014/24/UE: uma primeira aproximacao*. R. Medeiros, L. Valadares Tavares, D. Coelho, *A Nova Diretiva 2014/24/UE sobre os processos de aquisição de bens, serviços e obras baseados em contratos públicos*, „Official Journal of the European Union” 2014, pp. 45–47.

²⁰ C. Barnard, *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*. „Industrial Law Journal” 2017, vol. 46, n° 2, pp. 208–244.

nuevo rol estratégico, y esta nueva función debe llevarse a cabo haciendo uso de una ponderación de intereses que, al igual que sucede en escenarios de prestación directa de servicios por la Administración, trasciende el mero contrato y la relación clientelar empresarial²¹. A través de la contratación pública se debe intentar proveer de bienes y servicios a la sociedad en una forma que permita, por un lado, al sector privado alcanzar sus objetivos económicos sin dinamitar la competencia, y por otro, alcanzar mayores niveles de desarrollo a niveles más amplios²².

Y dentro de este ámbito objeto de ponderación, esto es, el entramado económico-empresarial y los efectos de la contratación en su desarrollo, es innegable el papel estratégico de la digitalización que se ha puesto de manifiesto en las páginas anteriores. Es de destacar, en este sentido, la interpelación directa que hace la Comisión Europea en su Comunicación Un nuevo modelo de industria para Europa (2020) al instar a que Estados miembros, las regiones, la industria y todas las demás partes pertinentes colaboren para crear mercados líderes en tecnologías limpias y garantizar que nuestra industria sea líder mundial, estableciendo la contratación pública, la competencia leal y la plena participación de las pymes como elementos esenciales para ello²³. En esta misma línea, la European Digital SME Alliance llama a la colaboración público-privada integral como herramienta fundamental para invertir en programas de re-cualificación en tecnologías digitales y alfabetización digital, especialmente para los desempleados o aquellos en riesgo de desempleo debido a COVID-19.

5. La incorporación de las pymes en la contratación pública de innovación

En este punto del trabajo, es innegable que el reto de la economía europea sigue siendo incrementar la inversión pública y privada en I+D+I, especialmente en aquellos países que se encuentran con un grado menor de desarrollo, tal y como recoge el Plan Estratégico Horizonte Europa (2021–2024) que establece orientaciones estratégicas clave para el apoyo a la investigación y la innovación, adoptado el 15 de marzo de 2021²⁴, para garantizar el crecimiento económico e impulsar la competitividad y la productividad del país y de la UE en su conjunto. En este sentido, diversos estudios han puesto de manifiesto cómo el uso de la demanda del sector público para des-

²¹ I. Diz, *Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?*, „Revista Española de Sociología” 2017, n° 26, pp. 77–95.

²² J.M. Gimeno Feliú, *La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*, „Revista Economía Industrial” 2020, n° 415, pp. 89-97, en p. 90.

²³ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final.

²⁴ Puede consultarse la nota de prensa en: https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/IP_21_1122.

encadenar la innovación del sector privado es cada vez más importante y relevante para la política de innovación y como medio para apoyar las innovaciones de las PYME²⁵. Esto, a su vez, puede canalizarse de la siguiente manera:

5.1. Desde el propio diseño de los contratos

En este marco, la propia estrategia de gasto en comprar pública puede favorecer o entorpecer el desarrollo de las pymes. Así, podemos hablar de las relaciones entre innovación tecnológica y contratación también desde la perspectiva del papel que desempeña la contratación pública como agente dinamizador de la innovación²⁶; el diseño del objeto del contrato, la elección del proyecto o necesidad a cubrir y sus características, pueden suponer un elemento determinante. Así, por ejemplo, invertir en infraestructuras de Internet en zonas rurales o más periféricas y regiones favorecerá el desarrollo tecnológico de las pequeñas empresas, pues la infraestructura es la condición básica necesaria para la digitalización y muchos países/regiones de Europa están rezagados con respecto a otras regiones mundiales a este respecto, como la realización de proyectos clave de infraestructuras de la Red Transeuropea de Transportes (RTE-T) y el despliegue de internet de alta velocidad en toda la UE. Del mismo modo sucede con el desarrollo de programas de re-cualificación en tecnologías digitales y alfabetización digital, especialmente para los desempleados o aquellos en riesgo de desempleo debido a COVID-19, que pueden favorecer la empleabilidad de las personas, pero también la digitalización de aquellas empresas en las que trabajen en el futuro.

Por otro lado, se debe potenciar lo que tradicionalmente se ha entendido como Compra pública de Innovación (CPI), esto es, aquella en la que se abre un procedimiento para desarrollar un producto que no existe en el momento en que se abre la convocatoria, pero el cual podría desarrollarse dentro de un período de tiempo razonable²⁷. Dentro de la CPI, a su vez, encontramos la compra pública pre-comercial (CPP) en la que se adquieren resultados de investigación esperados, y confina la financiación de actividades de I+D; (2) la CPI adaptativa, en la que el producto adquirido es nuevo en el país o región en el que se sitúa la iniciativa, y se requieren actividades de innovación para adaptar un producto ya existente a las

²⁵ J. Saastamoinen, H. Reijonen, T. Tammi, *Should SMEs pursue public procurement to improve innovative performance?*, „Technovation” 2018, vol. 69 (C), pp. 2–14; E. Uyarra et al., *Barriers to innovation through public procurement: a supplier perspective*, „Technovation” 2014, vol. 34, iss. 10, pp. 631–645; A. Talebi, D. Rezaei, *Governance of projects in public procurement of innovation a multi-level perspective*, „Journal of Public Procurement” 2020, vol. 20, iss. 2.

²⁶ I. Gallego Córcoles, *Contratación pública e innovación tecnológica*, „Revista española de Derecho Administrativo” 2017, n° 184.

²⁷ J.M. Zabala-Iturriagoitia, *La Política de Compra Pública como Estímulo a la Innovación y el Empleo*, „Journal of Technology Management & Innovation” 2017, vol. 12, n° 1, pp. 100–108.

particularidades de la demanda local; o (3) la CPI evolutiva conlleva el desarrollo de productos totalmente novedosos, por lo que se la relaciona con el desarrollo de innovaciones de carácter radical. A estas se podría sumar una CPI cooperativa, en la que el órgano solicitante y los proveedores cooperan durante el proceso de la compra pública. En todos estos tipos de compra pública, el modo en el que la entidad pública formula los requisitos que el nuevo producto deba cumplir tiene una influencia directa sobre el comportamiento de los potenciales proveedores²⁸, y por tanto, su configuración debe realizarse teniendo en cuenta el acceso de las pymes a este entramado de innovación.

5.2. El uso adecuado de procedimientos

Por otro lado, debe fomentarse el uso de procedimientos adecuados a la innovación. Es cierto que los procedimientos ordinarios, abiertos o restringidos están en los diferentes países de la UE altamente formalizados, y no son el espacio idóneo para favorecer la innovación²⁹. No obstante, el Derecho europeo ofrece otras herramientas y alternativas interesantes para canalizar este tipo de colaboración público-privada, que deben fomentarse en su uso diario por parte de las entidades adjudicadoras.

Estamos hablando, esencialmente, del procedimiento negociado, del procedimiento de diálogo competitivo y del de asociación para la innovación, pero no exclusivamente³⁰. Así, en determinados casos, como en la compra pública pre-comercial, se deberá realizar una inversión por parte de la Administración en I+D que no se recoge en ninguno de los procedimientos de la Directiva 2014/24/UE – aunque sí que deberá, en todo caso, respetar los principios de las directivas de contratación. En este modelo, la Administración no se reserva los resultados de la I+D para su propio uso en exclusiva, sino que comparte los riesgos y beneficios con las empresas. Los modelos de asociación para la innovación, por el contrario, buscan contratar todo el proceso de innovación, desde la investigación hasta la explotación comercial y compra del nuevo producto o servicio (cuando estas soluciones no estén disponibles en el mercado, artículo 31 de la Directiva 2014/24/UE)³¹.

²⁸ J.M. Zabala-Iturriagoitia, op. cit.

²⁹ I. Gallego Córcoles, *Contratación pública...*

³⁰ Para más detalle al respecto, véase C. De Guerrero Manso, *Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros y contras de cada uno de ellos*, en *Observatorio de los Contratos Públicos 2018*, dir. J.M. Gimeno Feliú, Pamplona 2019, pp. 281–327; y C. De Guerrero Manso, *La asociación para la innovación: Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras*, en *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, dir. M. Fernández Salmerón, R. Martínez Gutiérrez, Tirant Lo Blanch 2018, pp. 271–304.

³¹ P. Valcárcel Fernández, *La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación*, „Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas” 2018, n° 153, pp. 56–68.

En un segundo estadio encontramos el diálogo competitivo y las consultas preliminares al mercado. Estos procedimientos no pretenden desarrollar un proyecto completo de innovación, pero sí desarrollar, adaptar o encontrar nuevas soluciones con el mercado. En el diálogo competitivo el procedimiento de compra se desarrolla en dos fases, una primera en la que se negocia una solución o un objeto determinado del contrato, y una segunda en la que se produce la concurrencia en sentido estricto. Las consultas preliminares de mercado, por su parte, tratan de concretar, por parte de la Administración, cuál es el estado de desarrollo, el precio o las condiciones de un determinado servicio o bien en el mercado.

El uso de este tipo de procedimientos se ha impulsado por parte de las diferentes instituciones europeas y nacionales, pero lo cierto es que su diseño y utilización por parte de las Administraciones Públicas no se ha tenido en cuenta el posible papel que pueden desempeñar las pymes también en este tipo de procedimientos si se diseñan de la forma adecuada. Existen, no obstante, honrosas excepciones, y podemos citar ejemplos como la experiencia de Galicia (región española), en las que la aprobación de las directivas de contratación pública en 2014 que permitían una gama más amplia y flexible de procedimientos, hizo posible la creación de un proyecto de contratación pública de innovación multinivel en el sector salud, que utilizó estos procedimientos más flexibles a tal efecto, y en el que un buen porcentaje de los adjudicatarios resultaron ser pymes regionales³².

5.3. División por Lotes (también en innovación)

Se debe facilitar el acceso de las pymes a la contratación pública en sectores de IT o servicios digitales. DIGITAL SME y otras plataformas ha recopilado soluciones digitales proporcionadas por pymes con sede en Europa, que se extienden al teletrabajo, soluciones de salud electrónica, etc. Existe toda una red de proveedores digitales de pequeño tamaño, a los cuales se les debe garantizar el acceso a la contratación pública. Además, a nivel europeo, en este tipo de contratos, el fomento de la participación de las pymes puede ser más efectivo, ya este tipo de servicios no requerirán, como norma general, desplazamientos o prestaciones de servicios en un país extranjero que en ocasiones funcionan como desincentivo para que las pymes europeas se embarquen en licitaciones transnacionales³³. Apoyar las estrategias de innovación y competitividad empresarial desarrolladas por estos colectivos o “clusters” de empresas, generalmente pymes, es fundamental.

³² Véase la experiencia analizada en E. Uyarra, J. Edler, S. Gee, L. Georghiou, J. Yeow, *Public procurement for innovation: the UK case*, en L. Lember, T. Kalvet, R. Kattel (Eds.), *Public Procurement Policy for Innovation: International Perspectives*, New York 2013, pp. 233–257.

³³ J.M. Zabala-Iturriagoitia, op. cit.

Para este objetivo, la división en lotes de los contratos se ha demostrado una herramienta fundamental. La Directiva 2014/24, que regula los contratos públicos por encima de los umbrales europeos y armoniza las normativas nacionales de los Estados Miembros, regula la división del objeto de contrato en lotes en su artículo 46, y parece invertir esta tendencia existente en el derecho español³⁴. En él, el regulador europeo no establece de manera directa una obligación de dividir³⁵ –como sí hace el legislador español en el artículo 99.3 de la LCSP de 2017–, pero sí que introduce una nueva regla que en la doctrina jurídica europea se ha identificado como “*explain or divide*” (explica o divide)³⁶, que impone la obligación a las entidades adjudicadoras de motivar y justificar su decisión en caso de no dividir el contrato³⁷. Algunos autores europeos han entendido esta cuestión como un requerimiento débil, que exige explicación, pero no necesariamente de justificación –al menos desde la perspectiva de la Directiva 2014/24–, de forma que esta “explicación” estaría únicamente sujeta a revisión judicial leve³⁸. Lo que el legislador europeo está exigiendo es, por tanto, que el poder adjudicador considere la posibilidad de dividir en lotes³⁹, convirtiendo en la práctica la división en la opción predeterminada⁴⁰.

En cualquier caso, este mecanismo de fomento de pymes, el principal de la normativa europea, no está siendo utilizado suficientemente en sectores relacionados con la digitalización. Existe una cierta tendencia a contratar servicios de software con grandes compañías digitales, pero lo cierto es que existe un buen número de startups en el ámbito de los servicios electrónicos. Los grandes contratos, por su capacidad y volumen, suponen una barrera de entrada para estas empresas digitales de pequeño tamaño. Esta realidad responde a diferentes factores jurídicos que hacen

³⁴ E. Candela Talavera, *Objeto del contrato público y su división*. „Gabilex” 2019, 18, pp. 15–69.

³⁵ M.A. Raimundo, *Aiming at the Market You Want. A critical Analysis of the Duties on Division into Lots under Directive 2014/24/EU*, „Public Procurement Law Review 2018, n° 4, pp. 167 y ss; M.C. Rodríguez Martín-Retortillo, *Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador*, „Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña” 2017, n° 21, pp. 192–228.

³⁶ M. Trybus, *The Division of Public Contracts into Lots under Directive 2014/24*, „European Law Review”, 2018, vol. 43, n° 3, pp. 313–342; M.A. Raimundo, op. cit.; B. Gómez Fariñas, op. cit.

³⁷ “El apartado 1 del artículo 46 de la nueva Directiva de contratación pública no impone a los poderes adjudicadores la obligación de dividir los contratos en lotes, sino tan solo la de motivar la decisión de no efectuar dicha división, en los pliegos o en el informe específico al que se refiere el artículo 84 de la Directiva”. TACRC, Resolución 387/2018, de 23 de abril.

³⁸ M. Trybus, op. cit., p. 328; I. Herrera Anchustegui, *Division into Lots and Demand Aggregation – Extremes Looking for the Correct Balance?*, en *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*, dir. G.S. Olykke, A. Sánchez Graells, Cheltenham 2016; algunos autores incluso han sostenido la no sujeción de estos aspectos al control jurisdiccional, véase A. Sánchez Graells, *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart 2015.

³⁹ Resolución 318/2016, de 7 de diciembre de 2016, Tribunal de Andalucía. En el mismo sentido, A. Sánchez Graells, op. cit., p. 347.

⁴⁰ M.A. Raimundo, op. cit., p. 167 y ss.

especialmente laxa la obligación de dividir en lotes, especialmente en contratos de innovación o relacionados con las tecnologías digitales.

En primer lugar, el órgano de contratación goza de un amplio margen de discrecionalidad técnica para determinar el objeto del contrato y su división o no en lotes, debiendo, eso sí, explicar las razones principales por las cuales decide que no procede dicha división, razones que han de atender a un motivo válido, es decir, que no resulte arbitrario ni contrario a la finalidad última del precepto: la concurrencia de las pymes (TACRC, Resolución 981/2018, de 26 de octubre; Resolución 993/2018, de 2 de noviembre; Resolución 1026/2018, de 13 de noviembre y 430/2018)⁴¹.

En todo caso, la decisión de no dividir y las motivaciones que lo sustentan, deben ser suficientes, y por tanto son evaluadas bajo el prisma del test de proporcionalidad⁴². Y en este sentido, la justificación de la agrupación de lotes o la no división no puede venir determinada por cuestiones generales, abstractas o vagas, sino por criterios relevantes y ciertos⁴³. A modo de ejemplo, el Tribunal Administrativo de Contratación Pública de la Comunidad de Madrid señala en su Resolución 75/2018, de 14 de marzo, que la existencia de una central de compras que gestiona el contrato no es suficiente para una no división, ya que la racionalización de una Central de Compras no está reñida con la posibilidad de división en lotes. Y del mismo modo, tampoco es justificación suficiente la existencia de un contrato anterior con las mismas características.

Asimismo, el TJUE ha configurado algunos elementos de la motivación de no dividir. Así, el TJUE, en el asunto C-145/08 *Club Hotel Loutraki y otros*, de 6 de mayo de 2010, señala que “en el caso de un contrato mixto cuyas distintas estipulaciones están ligadas inseparablemente y forman, por lo tanto, un todo indivisible –con arreglo a lo indicado en el anuncio de licitación–, la operación en cuestión debe examinarse en su conjunto de forma unitaria”, y por tanto esta conexión entre tipos contractuales viene aceptándose como elemento justificación por los tribunales nacionales (Tribunal Administrativo Central de Recursos Contractuales, resolución 625/2019, de 6 de junio), si bien, como se ha encargado de matizar la Junta Consultiva de Contratación Pública del Estado, ello no impide que los contratos mixtos puedan dividirse en lotes para cada una de las prestaciones (Informe 7/2019).

En todo caso, aunque es cierto que la norma y tribunales han venido exigiendo que los motivos que justifiquen la no división sean concretos, válidos y claros, lo cierto es que en ocasiones ha desarrollado una labor interpretativa ciertamente creativa para aceptar justificaciones que, a primera vista, parecían no imbuirse

⁴¹ J. Miranzo Díaz, *La exigencia de la división en lotes como garantía de acceso de las pymes al mercado de la contratación pública*, en *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*, dir. A. Sánchez García, M. Pardo López, Pamplona 2020, pp. 163–180.

⁴² M.A. Raimundo, op. cit., p. 167 y ss.

⁴³ J.M. Martínez Fernández, *Medidas para facilitar a las PYMEs la participación en la contratación pública*, “Contratación administrativa práctica” 2018, n° 153, pp. 94–103.

dentro de los requisitos expuestos. Así, en su Resolución 981/2018, el Tribunal español aceptó una justificación que extraía de forma literal parte del artículo 99 de la Ley de Contratos del Sector Público al entender que “si bien es cierto que en el presente caso en el cuadro de características de los pliegos las razones para la no división en lotes no se encontraban justificadas, más allá de marcar una casilla con una explicación absolutamente genérica, analizada la documentación del expediente y en concreto la memoria justificativa del mismo, se observa que sí existe una razón técnica perfectamente justificada que explica la decisión de no dividir en lotes y que se encuentra en el origen mismo de esta licitación”⁴⁴.

Por último, conviene mencionar que, si bien existe una obligación de motivar en los términos que se han expresado, la ausencia de dicha motivación en los pliegos o en el expediente del contrato no afecta a la validez de los mismos⁴⁵ – siempre y cuando el fondo de la controversia, es decir, la justificación o motivación en sí misma, esté justificada –, ya que la misma es considerada un error de forma o de procedimiento que no cumple con los requisitos recogidos por artículo 47.1.e) la LPAC para apreciar nulidad de pleno derecho. Así lo ha afirmado el TACRC en su resolución 230/2018, que se apoya en la jurisprudencia del Tribunal Supremo, concretamente en la STS 230/2018, de 4 de abril, en la que el Alto tribunal afirma que:

“[...] resulta evidente que, si lo que integra el fondo mismo de la cuestión principal, es decir, la liquidación del Impuesto controvertido, ha de ser objeto de una solución jurisdiccional en cierto modo [...], carece de sentido y toda justificación práctico-jurídica decretar la nulidad de actuaciones pretendida por la recurrente [...] por no haberse producido, en definitiva, la indefensión de nadie y porque, en cualquier caso, la anulación de lo actuado a partir de la omisión inicial sólo implicará una reiteración del procedimiento para llegar a una conclusión material o de fondo de igual tenor a la que se ha de dejar plasmada en esta sentencia”.

Es por tanto el fondo, es decir, si la división en lotes está o no justificada, y no el elemento formal de la inclusión de la motivación en el expediente, lo que determina la validez o invalidez de las actuaciones (en el mismo sentido pueden verse las Resolución 387/2018, de 23 de abril, del TACRC).

Toda esta configuración jurídica deriva en que, a pesar de esta obligación general de división en lotes, y del aparente control jurisdiccional ejercido por los tribunales, el margen de discrecionalidad aceptado por los tribunales es notablemente amplio. Esto, único a la falta de efectos invalidantes de la ausencia de justificación expresa, hacen que el correcto uso de la división en lotes como herramienta dependa casi exclusivamente de la voluntad política o administrativa que tenga un carácter estratégico. Es fundamental, por tanto, la labor de difusión, educación y formación de

⁴⁴ El mismo argumento interpretativo ha sido usado en otras resoluciones, como la Resolución 993/2018, de 2 de noviembre.

⁴⁵ E. Candela Talavera, op. cit., pp. 15–69.

los empleados y las entidades adjudicadoras para inculcar una verdadera conciencia sobre la relevancia capital del uso de la división por lotes en contratos de prestación de servicios de IT o de digitalización de los servicios de la Administración.

5.4. Posibilidad de incluir cláusulas de innovación en los contratos

Por último, debe potenciarse la inclusión cláusulas de ejecución carácter innovador o tecnológico también en contratos ordinarios en los que participen pymes⁴⁶. La propia Directiva 2014/24/UE prevé que los poderes adjudicadores podrán establecer condiciones especiales de innovación relativas a la ejecución del contrato, siempre que estén vinculadas al objeto del contrato y se indiquen en la convocatoria de la licitación o en los pliegos de la contratación (artículo 70).

Estas cuestiones, por tanto, no puede afectar al global de la empresa y deberán ir dirigidas al objeto del contrato. Sin embargo, esta limitación no debe servir para renunciar a incluir este tipo de cláusulas de innovación o de digitalización en el funcionamiento de la empresa adjudicataria. Debemos tener en cuenta que este límite relativo a las condiciones que se pueden incluir que no afecten a la organización empresarial se ha moldeado de una forma cada vez más difusa o líquida por al jurisprudencia. Se han aceptado criterios en relación a la inclusión social en los empleados contratados, implantación de estrategias de género, implantación de mecanismos de compliance, sistemas de gestión ambiental, etc. Todos ellos se encuentran aplicados al contrato, sí, pero en la práctica son elementos que, al aplicarse al contrato, terminarán afectando al funcionamiento global de la empresa, y lo que es más, en muchos casos no evidencian una repercusión directa en la calidad, el precio o la eficiencia en el producto o servicio final del contrato. Por el contrario, aquellos elementos relacionados con la digitalización o la innovación en terminados aspectos organizacionales, y siempre que se circunscriba su aplicación al objeto del contrato, pueden incidir muy positivamente en la eficiencia de la empresa en su desempeño, y por tanto, en la calidad final de la prestación del servicio o ejecución del contrato.

En este sentido, podemos pensar en elementos como la implantación de factura electrónica, venta online, herramientas de gestión empresarial digitales, equipamiento técnico, infraestructuras y tecnología (Cloud, el Bigdata y la IA), cambio cultural, organización y comunicación; capacitación del personal, del empresario y del equipo directivo, desarrollo de competencias digitales; rediseño de procesos internos de la empresa para automatizarlos y aumentar la eficiencia y la productividad, etc. Todos ellos pueden repercutir directamente en la forma y la eficiencia con la que la empresa ejecuta el contrato. Del mismo modo, la adopción de tecnologías de IA comporta una transformación profunda de las empresas, no solo a nivel de

⁴⁶ I. Gallego Córcoles, *La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública*, „Documentación Administrativa. Nueva Época” 2017, n° 4, pp. 92–113.

sus infraestructuras o procesos tecnológicos, sino también a nivel de organización y estrategia, que puede tener importantes ahorros tanto para la Administración contratante como para la empresa en última instancia.

Conclusiones

En definitiva, tras lo expuesto en el presente trabajo se ha puesto de manifiesto cómo la promoción de las pymes a través de la contratación pública y el fomento de la innovación tecnológica pueden – y deben – ir de la mano. La contratación pública tradicional a menudo obviaba la importancia de estas dos funciones estratégicas de esta actividad del sector público. La apuesta por una contratación pública estratégica, especialmente tras la aprobación del paquete de directivas de 2014, impulsó la inclusión de este tipo de cláusulas, y un abanico de nuevos procedimientos y medidas que garantizaban, de un lado, la inclusión de las pymes, y de otro, la innovación tecnológica. Estas nuevas líneas estratégicas fueron acogidas con desigual entusiasmo por las Administraciones Públicas, pero gradualmente el cambio de paradigma ha ido operando en los diferentes niveles de actuación pública.

Ahora, ha llegado el momento de entender la implantación de líneas estratégicas desde una perspectiva global, entendiéndolas como lo que son, elementos interconectados que deben implantarse y aplicarse en todas las capas de la contratación pública de forma conjunta, a través de una debida ponderación de intereses públicos y de un adecuado diseño técnico de los contratos. Tras la crisis provocada por la COVID-19 y su especial incidencia en las pequeñas empresas, se ha puesto de relieve la necesidad de impulsar la digitalización de este sector productivo capital en Europa. De este modo, la contratación pública no sólo debe abrirse a la participación de pequeñas empresas y fomentar su consolidación económica, sino también promover su digitalización y su participación en los procesos de innovación tecnológica. En el presente trabajo se ha puesto de manifiesto cómo actualmente existen diferentes estrategias de ámbitos de actuación que deben abordarse para la consecución de este objetivo.

Streszczenie / Resumen extenso

Zamówienia publiczne jako instrument cyfryzacji MŚP

Znaczenie małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) dla struktury społecznej i gospodarczej Unii Europejskiej jest niezaprzeczalne. Jak stwierdza Komisja Europejska, stanowią one ponad 99% wszystkich firm europejskich. W ramach wzmacniania pozycji gospodarczej i kwalifikacji MŚP cyfryzacja stała się kluczowym elementem.

W European Innovation Scoreboard 2020 zarówno Hiszpania, jak i Polska zostały zaklasyfikowane w ramach kategoryzacji stworzonej przez UE jako „umiarkowani innowatorzy” wraz z innymi krajami takimi jak Włochy, Grecja, Czechy, Słowacja i Węgry. W tej sytuacji cyfryzacja MŚP jest od lat jedną z głównych osi działań UE w jej strategii rozwoju, choć być może stała się ona szczególnie widoczna po kryzysie wywołanym przez COVID-19. Wszystkie podmioty gospodarcze odczuły te konsekwencje, ale MŚP i osoby samozatrudnione, właśnie ze względu na ograniczony budżet i brak płynności finansowej, były szczególnie narażone i podatne na te nadzwyczajne wydatki (a raczej na brak dochodów).

Trudności w podejmowaniu działań oraz konieczność przetrwania przez MŚP kryzysu gospodarczego wynikającego z sytuacji zdrowotnej sprawiły, że 48% takich przedsiębiorstw z powodu kryzysu zainwestowało w oprogramowanie, zmieniając swój plan inwestycji w oprogramowanie obowiązujący od początku pandemii. W tym kontekście Komisja Europejska powtórzyła, że cyfryzacja i wdrażanie narzędzi sztucznej inteligencji (SI [AI]) powinny być traktowane jako jeden z filarów rozwoju, a wzrost zdolności technologicznej i dostępności danych, a także postępy w dziedzinie algorytmów sprawiły, że SI [AI] i narzędzia cyfrowe stały się jedną z najbardziej strategicznych technologii XXI wieku⁴⁷.

Mimo że przynoszenie korzyści przedsiębiorstwom nie jest głównym celem zamówień publicznych, jest z pewnością jednym z ich efektów. Biorąc pod uwagę, że zamówienie zostanie nieodwołalnie udzielone jednemu z oferentów, istnieją pewne obawy co do konsekwencji udzielenia zamówienia już nie dla użytkowników końcowych i jakości świadczonych usług, ale dla systemu gospodarczego, w którym przedsiębiorstwo jest osadzone, lub ostatecznie dla samego przedsiębiorstwa⁴⁸. Przedsiębiorstwa są w tym momencie jednym z podmiotów zaangażowanych w proces podejmowania decyzji i odgrywają wyraźną rolę w ocenie interesu publicznego zamówienia.

Choć oczywiste jest, że zamówienia publiczne powinny być ukierunkowane na większą efektywność, to nie powinniśmy zapominać, że ich ostatecznym celem powinno być zapewnienie lepszych usług dla obywateli w interesie ogólnym, który jest znacznie szerszy niż przedmiot zamówienia w ścisłym tego słowa znaczeniu. Zamówienia publiczne jako instrument polityki publicznej, którą de facto stanowią, muszą dążyć do zaspokojenia interesu ogólnego, który wykracza poza umowę i tradycyjny dwustronny stosunek umowny. W tym kontekście warto zwrócić uwagę na bezpośredni apel Komisji Europejskiej zawarty w jej komunikacie Nowy model przemysłu dla Europy (2020), w którym wzywa ona państwa członkowskie, regiony,

⁴⁷ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów: Sztuczna inteligencja dla Europy, COM(2018) 237 final, Bruksela 25.4.2018.

⁴⁸ Tego typu sytuacje są bardziej szczegółowo analizowane w: J. Miranzo Díaz, *The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform*, „Revista de Investigações Constitucionais” 2020, vol. 7, n° 2, s. 355–400.

przemysł i wszystkie inne zainteresowane strony do współpracy w celu budowania wiodących rynków czystych technologii i zapewnienia naszemu przemysłowi pozycji światowego lidera, uznając zamówienia publiczne, uczciwą konkurencję i pełne uczestnictwo MŚP za zasadnicze elementy tego procesu.

W różnych badaniach pokazano, że wykorzystanie popytu sektora publicznego w celu pobudzenia innowacji sektora prywatnego staje się coraz ważniejsze i istotniejsze jako środek wspierania innowacji MŚP, co można osiągnąć za pomocą różnych mechanizmów.

Pierwszym jest projekt umów. Sama strategia wydatkowania środków w ramach zamówień publicznych może sprzyjać rozwojowi MŚP lub utrudniać go. W tym kontekście decydującym czynnikiem projektu może być przedmiot zamówienia, wybór projektu lub potrzeby, które mają być objęte zamówieniem, oraz ich cechy. Z drugiej strony należy wzmacniać to, co tradycyjnie rozumie się jako zamówienia publiczne na innowacje (PPI), tj. takie, w których otwiera się postępowanie na opracowanie produktu, który nie istnieje w momencie ogłaszania zaproszenia [do składania ofert], ale który mógłby zostać opracowany w rozsądnym terminie. We wszystkich tych rodzajach zamówień publicznych sposób, w jaki podmiot publiczny formułuje wymagania, które musi spełniać nowy produkt, ma bezpośredni wpływ na zachowanie potencjalnych dostawców⁴⁹, a zatem jego konfiguracja musi uwzględniać dostęp MŚP do takiego planu innowacji.

Kolejny mechanizm to właściwe stosowanie procedur. Należy wspierać stosowanie odpowiednich procedur dla innowacji. Zasadniczo mówimy o procedurze partnerstwa dla innowacji, ale nie wyłącznie

Stosowanie tego typu procedur było promowane przez różne instytucje europejskie i krajowe, ale prawdą jest, że przy ich opracowywaniu i stosowaniu przez administracje publiczne nie uwzględniono możliwej roli, jaką również MŚP mogą odegrać w tego typu procedurach, jeśli zostaną one opracowane w odpowiedni sposób.

Mechanizmem wspierania MŚP może być również podział zamówień na części (również w zakresie innowacji). Należy ułatwić dostęp MŚP do zamówień publicznych w sektorach IT lub usług cyfrowych. DIGITAL SME i inne platformy zebrały rozwiązania cyfrowe dostarczane przez MŚP z siedzibą w Europie, obejmujące telepracę, rozwiązania w zakresie e-zdrowia itp. Istnieje cała sieć małych dostawców usług cyfrowych, którzy powinni mieć zagwarantowany dostęp do zamówień publicznych. Ponadto na poziomie europejskim w tego typu zamówieniach promowanie udziału MŚP może być bardziej skuteczne, ponieważ ten typ usług nie będzie wymagał, co do zasady, przemieszczania lub świadczenia usług za granicą, co czasami zniechęca europejskie MŚP do udziału w przetargach międzynarodowych.

Podział zamówień na części okazał się bardzo ważnym narzędziem. Jednakże taki mechanizm wspierania MŚP, będący podstawą w prawodawstwie europejskim,

⁴⁹ J.M. Zabala-Iturriagagoitia, dz. cyt.

nie jest w wystarczającym stopniu wykorzystywany w sektorach związanych z cyfryzacją. Duże kontrakty, ze względu na swoją pojemność i wielkość, stanowią barierę wejścia dla tych małych firm cyfrowych. Konieczne jest zatem edukowanie i szkolenie pracowników i instytucji zamawiających w celu zaszczepienia świadomości istotnego znaczenia stosowania podziału na części w zamówieniach na świadczenie usług IT lub cyfryzację usług administracji publicznej.

Ostatnim mechanizmem jest możliwość włączenia do umów klauzul dotyczących innowacji. Poza tym, w zwykłych umowach z udziałem MŚP należy w większym stopniu uwzględniać klauzule dotyczące wykonania o charakterze innowacyjnym lub technologicznym. Dyrektywa 2014/24/UE stanowi, że instytucje zamawiające mogą określić szczególne warunki innowacyjności dotyczące realizacji zamówienia, pod warunkiem że są one związane z przedmiotem zamówienia i zostały wskazane w zaproszeniu do składania ofert lub w specyfikacji dotyczącej zamówienia (art. 70). Te elementy związane z cyfryzacją lub innowacją w niektórych aspektach organizacyjnych, pod warunkiem że ich zastosowanie ogranicza się do przedmiotu zamówienia, mogą mieć bardzo pozytywny wpływ na wydajność przedsiębiorstwa, a tym samym na ostateczną jakość świadczenia usług lub wykonania zamówienia.

Niniejsze opracowanie pokazuje, w jaki sposób promowanie MŚP poprzez zamówienia publiczne oraz rozwój innowacji technologicznych mogą – i powinny – iść w parze. Zaangażowanie w strategiczne zamówienia publiczne, zwłaszcza po zatwierdzeniu pakietu dyrektyw z 2014 roku, przyczyniło się do włączenia tego rodzaju klauzul oraz licznych nowych procedur i środków, które zapewniły z jednej strony włączenie MŚP, a z drugiej – innowacje technologiczne. Obecnie nadszedł czas, aby zrozumieć wdrażanie linii strategicznych z perspektywy globalnej, rozumiejąc je jako wzajemnie powiązane elementy, które muszą być wdrożone i stosowane na wszystkich szczeblach zamówień publicznych jako całości, poprzez należyte oszacowanie interesów publicznych i odpowiednie opracowanie techniczne umów. W następstwie kryzysu spowodowanego przez COVID-19 i jego szczególnego wpływu na małe przedsiębiorstwa podkreślono potrzebę pobudzenia cyfryzacji tego kluczowego sektora produkcji w Europie. Dlatego też zamówienia publiczne powinny nie tylko otwierać się na udział małych przedsiębiorstw i zachęcać je do konsolidacji gospodarczej, ale także promować ich cyfryzację i udział w procesach innowacji technologicznych. W niniejszym opracowaniu pokazano, że obecnie istnieją różne strategie i obszary działania, którymi należy się zająć, aby osiągnąć ten cel.

Bibliografia

- Barnard C., *To Boldly Go: Social Clauses in Public Procurement*, „Industrial Law Journal” 2017, vol. 46, n° 2, pp. 208–244.
Candela Talavera E., *Objeto del contrato público y su división*, „Gabilex” 2019, n°18, pp. 15–69.

- Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones de 10 de marzo de 2020, Un nuevo modelo de industria para Europa, COM(2020) 102 final.
- Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, de 25 de abril de 2018, Inteligencia artificial para Europa, COM(2018) 237 final.
- De Guerrero Manso C., *La asociación para la innovación: Nuevo procedimiento de adjudicación que permite a los órganos de contratación ser protagonistas del proceso de adquisición de bienes, servicios u obras innovadoras*, en *Transparencia, innovación y buen gobierno en la contratación pública*, dir. M. Fernández Salmerón, R. Martínez Gutiérrez, Tirant Lo Blanch 2018, pp. 271–304.
- De Guerrero Manso C., *Los tres procedimientos de asociación para la innovación licitados en España: valoración de sus aspectos clave y pros y contras de cada uno de ellos*, en *Observatorio de los contratos públicos 2018*, dir. J.M. Gimeno Feliú, Pamplona 2019, pp. 281–327.
- De Guerrero Manso C., *¿Compara Pública de innovación en tiempo de COVID-19?*, en *Observatorio de los contratos públicos 2019*, dir. J.M. Gimeno Feliú, Pamplona 2020, pp. 433–458.
- Dirección General de Política de la Pequeña y Mediana Empresa. *Análisis sectorial de implantación de las tic en la pyme española*, 2011.
- Diz I., *Las cláusulas sociales en la contratación pública: ¿Escudo contra los recortes de derechos sociales?*, „Revista Española de Sociología” 2017, n° 26, pp. 77–95.
- European Digital SME Alliance, Position paper on the Digital Services Act (DSA), 8 September 2020.
- Gallego Córcoles I., *Contratación pública e innovación tecnológica*, „Revista española de Derecho Administrativo” 2017, n° 184.
- Gallego Córcoles I., *La formalización de contratos en tiempos de alarma: contratos incluidos en el ámbito objetivo del recurso especial*, Observatorio de Contratación Pública, 1 de abril de 2020.
- Gallego Córcoles I., *La integración de cláusulas sociales, ambientales y de innovación en la contratación pública*, „Documentación Administrativa. Nueva Época” 2017, n° 4, pp. 92–113.
- Gimeno Feliú J.M., *La crisis sanitaria COVID 19 y su incidencia en la contratación pública*, „El Cronista del Estado Social y Democrático de Derecho” 2020, n° 86–87.
- Gimeno Feliú J.M., *La visión estratégica en la contratación pública en la LCSP: hacia una contratación socialmente responsable y de calidad*, „Revista Economía Industrial” 2020, n° 415, pp. 89–97.
- Gobierno de España. *Plan de Digitalización Pymes 2021–2025*, 2021.
- Gómez Fariñas B., *La participación de las PYMES en la contratación pública: una visión desde el derecho europeo*, „Revista Digital de Derecho Administrativo” 2020, n° 24, pp. 161–182.
- Herrera Anchustegui I., *Division into Lots and Demand Aggregation – Extremes Looking for the Correct Balance?*, en *Reformation or Deformation of the EU Public Procurement Rules in 2014*, dir. G.S. Ølykke, A. Sánchez Graells, Cheltenham 2016.
- Lazo Vitoria X., *Contratación pública de emergencia COVID-19*, „Observatorio de Contratación Pública”, 30 de marzo de 2020.
- Martínez Fernández J.M., *Medidas para facilitar a las Pymes la participación en la contratación pública*, „Contratación administrativa práctica” 2018, n° 153, pp. 94–103.
- Medeiros R., *A nova Diretiva 2014/24/UE: uma primeira aproximacao*, en R. Medeiros, L. Valadares Tavares, D. Coelho (dir.), *A Nova Diretiva 2014/24/UE sobre os processos de aquisição de bens, serviços e obras baseados em contratos públicos*, „Official Journal of the European Union” 2014, pp. 45–47.
- Miranzo Díaz J., *Causas y efectos de la corrupción en las sociedades democráticas*, „Revista de la Escuela Jacobea de Posgrado” 2018, n° 14, pp. 1–26.
- Miranzo Díaz J., *La exigencia de la división en lotes como garantía de acceso de las PYMES al mercado de la contratación pública*, en *Inclusión de cláusulas sociales y medioambientales en los pliegos de contratos públicos*, dir. A. Sánchez García, M. Pardo López, Pamplona 2020, pp. 163–180.

- Miranzo Díaz J., *The tension between global public procurement law and nationalist/populist tendencies: proposals for reform*, „Revista de Investigações Constitucionais” 2020, vol. 7, n° 2, pp. 355–400.
- Molero, J. et. al. *Pymes y COVID-19: hacia una recuperación sostenible*, Red Española del Pacto Mundial 2020.
- Observatorio de los contratos públicos 2019*, dir. J.M. Gimeno Feliú, Pamplona 2020.
- Raimundo M.A., *Aiming at the Market You Want. A critical Analysis of the Duties on Division into Lots under Directive 2014/24/EU*, „Public Procurement Law Review” 2018, n° 4, pp. 167 y ss.
- Rivas Sánchez C., *Los incentivos fiscales a la innovación en España y en el ámbito comparado*, „Crónica Tributaria” 2008, n° 127, pp. 131–156.
- Rodríguez Martín-Retortillo M.C., *Fraccionamiento del contrato y división en lotes. Posibilidad de limitar el número de lotes a los que un operador económico pueda licitar o adjudicarse a cada licitador*, „Anuario da Facultade de Dereito da Universidade da Coruña” 2017, n° 21, pp. 192–228.
- Saastamoinen J., Reijonen H., Tammi T., *Should SMEs pursue public procurement to improve innovative performance?*, „Technovation” 2018, vol. 69(C), pp. 2–14.
- Sánchez Graells A. *Public Procurement and the EU Competition Rules*, Hart 2015.
- Talebi A., Rezanian D., *Governance of projects in public procurement of innovation a multi-level perspective*, „Journal of Public Procurement” 2020, vol. 20, iss. 2.
- Trybus M., *The division of public contracts into lots under directive 2014/24*, „European Law Review” 2018, vol 43, n° 3, pp. 313–342.
- Uyarra E. et al., *Barriers to innovation through public procurement: a supplier perspective*, „Technovation” 2014, vol. 34, iss. 10, pp. 631–645.
- Uyarra E., Edler J., Gee S., Georghiou L., Yeow J., *Public procurement for innovation: the UK case*, en L. Lember, T. Kalvet, R. Kattel (Eds.), *Public procurement policy for innovation: International perspectives*, New York 2013, pp. 233–257.
- Valcárcel Fernández P., *La innovación como objeto prestacional en los contratos del sector público. La Compra Pública de Innovación*, „Contratación administrativa práctica: revista de la contratación administrativa y de los contratistas” 2018, n° 153, pp. 56–68.
- Zabala-Iturriagagoitia J.M., *La Política de Compra Pública como Estímulo a la Innovación y el Emprendimiento*. „Journal of Technology Management & Innovation” 2017, vol. 12, n° 1, pp. 100–108.

Koncepcja *local content* w systemie zamówień publicznych

El concepto de “local content” en el sistema de contratación pública

Jarosław Kola

Uniwersytet im. Adama Mickiewicza w Poznaniu

Wprowadzenie

Zamówienia publiczne powinny odgrywać kluczową rolę w realizacji strategicznych celów polityki rozwoju jako jeden z instrumentów rynkowych wykorzystywanych w celu osiągnięcia inteligentnego, trwałego wzrostu gospodarczego sprzyjającego włączeniu społecznemu, przy jednoczesnym zagwarantowaniu najbardziej efektywnego wykorzystania środków publicznych. W ten sposób funkcje prawa zamówień publicznych scharakteryzowano w preambułach unijnych dyrektyw regulujących zasady udzielania zamówień w Unii Europejskiej¹. Wskazano w nich, że wysiłki państw członkowskich na rzecz zwiększania efektywności wydatków publicznych powinny polegać w szczególności na wzmacnianiu udziału małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) w rynku zamówień publicznych, a także na wprzęganiu inwestycji publicznych w proces realizacji celów społecznych. Działania podejmowane w odniesieniu do prawa zamówień publicznych – zarówno na poziomie Unii Europejskiej, jak i poszczególnych państw członkowskich – potwierdzają, że paradygmat udzielania zamówień ulega obecnie istotnej przemianie. Prawo zamówień coraz częściej jest postrzegane nie tylko jako zbiór instrumentów zakupowych, ale również jako użyteczny instrument realizacji celów strategicznych państw i poszczególnych zamawiających. Dlatego system zamówień publicznych oraz normy prawne regulujące jego funkcjonowanie są niezwykle inspirującym obszarem badań podejmowanych w ramach dyskusji nad problematyką strategicznych celów polityki rozwoju.

¹ Zob. motyw 2 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE; motyw 3 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji, a także motyw 4 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 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 94/243.

Z perspektywy Unii Europejskiej oraz jej państw członkowskich szczególne znaczenie mają obecnie cele formułowane w odniesieniu do rozwoju jednolitego rynku cyfrowego i innowacji, a także związane z działaniami na rzecz ochrony klimatu i transformacji energetycznej. Zarazem aktualne pozostają postulaty dotyczące wspierania MŚP poprzez system zamówień publicznych oraz wykorzystywania go do wzmacniania potencjału krajowych gospodarek. Wreszcie coraz wyraźniej jest dostrzegana konieczność zapewniania spójności działań podejmowanych na rzecz realizacji strategicznych celów polityki rozwoju, a także potrzeba osiągnięcia synergii poprzez realizację inwestycji publicznych w sposób zapewniający nie tylko bezpośrednią korzyść ekonomiczną inwestorów, ale również zrealizowanie tzw. drugoplanowych celów społecznych, ekologicznych, innowacyjnych itp. W tym kontekście warto postawić następujące pytania: Czy realizacja wszystkich wspomnianych postulatów jest w ogóle możliwa? Czy w świetle obowiązujących regulacji możliwe jest zorganizowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, który będzie odpowiadał na wyzwania związane z procesem „uinnowacyjniania” unijnej gospodarki oraz transformacją energetyczną, a jednocześnie pozwoli na realizację strategicznego celu wspierania MŚP? Przedstawione w kolejnych akapitach rozważania potwierdzają hipotezę, że na tak postawione pytania należy udzielić odpowiedzi pozytywnej, a jednym z rozwiązań temu służących jest realizacja koncepcji *local content* w ramach działalności inwestycyjnej podmiotów publicznych.

1. Koncepcja *local content*

Termin *local content* jest zapożyczeniem z języka angielskiego, które w ostatnim czasie – w takiej właśnie obcojęzycznej formie – jest używane również w prowadzonej w Polsce debacie na temat oczekiwanych kierunków prowadzenia inwestycji realizujących strategiczne cele polityki rozwoju związane z transformacją energetyczną². Pojęcie to jest trudne do zdefiniowania, choć oczywiście próby jego syntezy charakteryzowania były już w literaturze podejmowane³. Na ich podstawie

² Zob. np. komunikat opublikowany 15 stycznia 2020 r. na stronie internetowej Ministerstwa Aktywów Państwowych: Projekt ustawy o promowaniu wytwarzania energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych przekazany do konsultacji, <https://www.gov.pl/web/aktywa-panstwowe/projekt-ustawy-o-promowaniu-wytwarzania-energii-elektrycznej-w-morskich-farmach-wiatrowych-przekazany-do-konsultacji> [dostęp: 1.05.2021]; A. Kornecka, *Nowe farmy wiatrowe to impuls dla rozwoju gospodarczego*, „Rzeczpospolita”, 21 kwietnia 2021 r., <https://www.rp.pl/Opinie/304219898-Anna-Kornecka-Nowe-farmy-wiatrowe-to-impuls-dla-rozwoju-gospodarczego.html> [dostęp: 1.05.2021].

³ Zob. np. Ch. Nwapi, *Defining the „Local” in Local Content Requirements in the Oil and Gas and Mining Sectors in Developing Countries*, „Law and Development Review” 2015, vol. 8, nr 1, s. 187–216; J. Korinek, I. Ramdoo, *Local content policies in mineral-exporting countries*, OECD Trade Policy Papers nr 209/2017, s. 12; H. Deringer, F. Erixon, Ph. Lamprecht, E. van der Marel, *The Economic Impact of Local Content Requirements: A Case Study of Heavy Vehicles*, ECIPE Occasional Paper nr 1/2018, s. 3–5.

można opisać koncepcję *local content* poprzez wskazanie kluczowych jej założeń. Po pierwsze wyraża ona dążenie do promowania świadczeń oferowanych przez przedsiębiorców działających w regionie lub państwie nabywcy. W opracowaniach OECD koncepcja *local content* jest ujmowana jako wyraz polityki ukierunkowanej na preferowanie rozwiązań oferowanych przez przemysł krajowy w stosunku do konkurentów zagranicznych, w szczególności poprzez skłanianie jednostek organizacyjnych władzy publicznej do nabywania krajowych dóbr i usług⁴. Zwykle tego rodzaju rozwiązania są stosowane w państwach o dynamicznym wzroście gospodarczym, które zarazem są zaliczane do tzw. rynków wschodzących lub nowo uprzemysłowionych, jak choćby tzw. państwa BRICS czy wiele państw Afryki⁵.

Preferencyjne traktowanie lokalnych przedsiębiorców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego może przybierać różne formy. Wśród przykładów wymienia się m.in. zobowiązywanie przedsiębiorców do wykorzystywania krajowych dóbr i usług w łańcuchach dostaw na odpowiednim poziomie czy też zachęty (np. podatkowe) dla przedsiębiorców, którzy prowadzą działalność wytwórczą w danym państwie lub nawiązują współpracę z lokalnymi przedsiębiorcami na odpowiednim poziomie⁶, co zakładano np. w brazylijskim programie „Inovar Auto” – jednym z najbardziej znanych tego typu programów na świecie⁷. Co ważne, możliwość realizacji założeń koncepcji *local content* nie jest zarezerwowana wyłącznie dla władzy publicznej. Oczywiście ustanawianie zachęt podatkowych i normowanie stosunków gospodarczych jest kompetencją jej upoważnionych organów, niemniej podmioty nienależące do struktury administracyjnej państw także mogą wyznaczać i realizować cele oparte na koncepcji *local content*. Szczególnie do tego predystynowane są instrumenty zakupowe, które pozwalają stymulować oczekiwane zjawiska w ramach prowadzonych postępowań inwestycyjnych. Warto podkreślić, że dotyczy to zarówno podmiotów prywatnych, jak również podmiotów, których swoboda kontraktowa jest istotnie ograniczona przepisami prawa zamówień publicznych.

W okresie dynamicznych przemian gospodarczych czy politycznych państwa decydują się czasami na wyposażenie zamawiających w niezwykle protekcyjnych i restrykcyjnych rozwiązaniach. Niewątpliwie należą do nich tzw. preferencje krajowe, których stosowanie może oznaczać wyłączenie możliwości udziału podmiotów

⁴ OECD, Local Content Requirements, Trade Policy Brief February 2019, s. 1: „Local content requirements (LCRs) are part of a broader set of ‘localisation’ policies that favour domestic industry over foreign competition, requiring companies and the government to use domestically-produced goods or services as inputs”.

⁵ Zob. United Nations Conference on Trade and Development [UNCTAD], *Local Content Requirements and the Green Economy*, United Nations Conference on Trade and Development, Geneva 2014. Zob. także J.S. Ovadia, *The Role of Local Content Policies in Natural Resources-based Development*, Österreichische Forschungsförderung für Internationale Entwicklung. Rohstoffe und Entwicklung, Wien 2015, s. 37–45.

⁶ Zob. H. Deringer, F. Erixon, Ph. Lamprecht, E. van der Marel, dz. cyt.

⁷ Zob. np. T. Sturgeon, L. Lima Chagas, J. Barnes, *Inovar Auto: Evaluating Brazil's Automotive Industrial Policy to Meet the Challenges of Global Value Chains*, World Bank, Washington, D.C., 2017.

zagranicznych w postępowaniach o udzielenie zamówienia w danym kraju. Tytułem przykładu warto wskazać, że tego rodzaju rozwiązanie jest znane w polskim systemie prawnym. W przepisach regulujących udzielanie zamówień publicznych (rządowych) przed II wojną światową ustawodawca ustanowił obowiązek dążenia, by zamówienia były realizowane przez wykonawców prowadzących swą działalność w kraju oraz „przy użyciu sił krajowych i surowców oraz wszelkich wyrobów pochodzenia krajowego”⁸. Podobne rozwiązania obowiązywały również w ostatnim trzydziestoleciu, jeszcze przed przystąpieniem Polski do Unii Europejskiej. Do tego momentu obowiązywały przepisy, na podstawie których zamawiający mogli zastrzec możliwość udziału w postępowaniu o udzielenie niektórych zamówień wyłącznie dla przedsiębiorców krajowych oraz zagranicznych mających oddział lub przedstawicielstwo w Polsce. Mogli również wymagać, aby całość prac objętych zamówieniem obejmującym usługi lub roboty budowlane realizowane na obszarze Polski była wykonywana przy wykorzystaniu podmiotów, surowców i produktów krajowych⁹.

Obecnie stosowanie rozwiązań tak istotnie ingerujących w obrót gospodarczy i ograniczających swobodny przepływ towarów i usług w ramach Unii Europejskiej jest oczywiście niedozwolone. W związku z tym warto postawić zasadnicze pytanie: Czy – i ewentualnie w jakim zakresie – realizacja koncepcji *local content* poprzez udzielanie zamówień publicznych jest możliwa w świetle obowiązujących przepisów prawa unijnego? Jest ono szczególnie istotne, biorąc pod uwagę, że w ostatnich latach można zaobserwować rosnące zainteresowanie koncepcją *local content* zarówno w państwach członkowskich UE, jak i poza nią. Szczególnie widoczne jest to w sektorze energetycznym. Tytułem przykładu można wskazać Wielką Brytanię, gdzie jeszcze przed wystąpieniem z Unii Europejskiej podejmowano działania na rzecz wypracowania instrumentów służących realizacji tej koncepcji¹⁰ w odniesieniu do przedsięwzięć z zakresu morskiej energetyki wiatrowej¹¹. Podobne działania w tym obszarze podejmowane są również – a może przede wszystkim – poza Unią Europejską i Europą, co może być źródłem inspirujących doświadczeń¹². Z innej jednak strony instytucje UE wyrażają wobec podstawowych założeń koncepcji *local content* krytyczne stanowisko, postrzegając je jako barierę lub ograniczenie handlu.

⁸ Zob. art. 2 ust. 1 i 2 ustawy z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego, Dz. U. 1933 nr 19 poz. 127.

⁹ Art. 18 ust. 2-3 ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz. U. 1994 nr 76 poz. 344.

¹⁰ Na ten temat zob. np. A. Roberts, B. Valpy, *Methodology for Measuring the UK Content of UK Offshore Wind Farms*, BVG Associates 2015, <https://bvgassociates.com/publications/methodology-for-measuring-uk-content-for-uk-offshore-wind-farms-may-2015-cover-2/> [dostęp: 15.05.2021].

¹¹ *Industrial Strategy. Offshore Wind Sector Deal*, 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/offshore-wind-sector-deal> [dostęp: 15.05.2021].

¹² Zob. np. K.-H. Chien, *Pacing for Renewable Energy Development: The Developmental State in Taiwan's Offshore Wind Power*, „Annals of the American Association of Geographers” 2020, vol. 110, iss. 3, pp. 793–807, wraz z przywołaną tam literaturą.

Mianowicie Komisja Europejska krytycznie ocenia wszelkie przejawy preferencji czy barier dla handlu i inwestycji, włączając w to koncepcję *local content*, w szczególności poprzez stosowanie jej klasycznych instrumentów, do których można zaliczyć formułowanie wymogów stosowania materiałów miejscowego pochodzenia. W tym kontekście stwierdza się, że „w wymogach stosowania materiałów miejscowego pochodzenia zobowiązuje się przedsiębiorstwa zagraniczne do korzystania z określonej ilości lokalnie wyprodukowanych towarów lub lokalnie świadczonych usług. Wymogi stosowania materiałów miejscowego pochodzenia są częścią wielu rodzajów barier i mają wpływ na np. pożyczki preferencyjne, zamówienia publiczne lub warunki wpływające na bezpośrednie inwestycje zagraniczne. [...] Wymaga to od UE uważnego skupienia się na tych praktykach”¹³.

Przede wszystkim należy jednak wskazać, że niemal trzydzieści lat temu w orzecznictwie wspólnotowym jednoznacznie opowiedziano się za niedopuszczalnością realizowania koncepcji *local content* w modelu najbardziej restrykcyjnym, tj. zakładającym ustanawianie kategorycznego wymogu wykorzystywania dóbr krajowych przy realizacji zamówień publicznych. Takie stanowisko wyrażono w wyroku z dnia 22 czerwca 1993 r. ws. C-243/89 Komisja Europejska przeciwko Królestwu Danii, który dotyczył tzw. klauzuli *Danish content*. Poprzez jej stosowanie duński zamawiający *Aktieselskabet Storebæltsforbindelsen*, udzielając zamówienia publicznego, zobowiązywał wykonawców wprost do maksymalnego wykorzystywania „duńskich zasobów”¹⁴. Z pozoru mogłoby się wydawać, że wobec istnienia takiego orzeczenia wszelkie próby realizowania koncepcji *local content* są skazane na niepowodzenie i należałoby w odniesieniu do nich *a priori* przesądzać o niezgodności z prawem unijnym. Założenie takie nie powinno być jednak przyjmowane automatycznie z kilku powodów.

Po pierwsze przywołane orzeczenie było wydane w okolicznościach, w których jeszcze przed wydaniem rozstrzygnięcia w konkretnym kwestionowanym postępowaniu o udzielenie zamówienia zrezygnowano ze stosowania klauzuli *Danish content*, a duński rząd nie podjął próby obrony dopuszczalności jej stosowania. Tym samym w orzeczeniu w istocie nie podjęto refleksji nad fundamentalnym pytaniem o generalną dopuszczalność realizowania koncepcji *local content* w jakimkolwiek zakresie. Po drugie, oczywiście w świetle ówczesnego orzecznictwa, prawdopodobne wydaje się, że nawet na generalne pytanie Trybunał na początku lat dziewięćdziesiątych udzieliłby odpowiedzi negatywnej. Warto jednak nadmienić, że od tego czasu orzecznictwo w sprawach z zakresu prawa zamówień publicznych wyewoluowało w kierunku zasadniczej dopuszczalności uwzględniania tzw. celów drugoplanowych, a więc w szczególności udzielania zamówień w sposób ukierunkowany na realizację

¹³ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie barier w handlu i inwestycjach, COM/2020/236 final.

¹⁴ Tzw. klauzuli „*Danish content*” nadano następujące brzmienie: „*The contractor is obliged to use to the greatest possible extent Danish materials, consumer goods, labour and equipment*”.

strategicznych celów polityki rozwoju, w tym wspierania MŚP. Co więcej, ewolucja ta skłoniła również prawodawcę unijnego do zmiany unijnego prawa zamówień publicznych polegającej na wyraźnym zaaprobowaniu strategicznego wykorzystywania zamówień (*strategic use of public procurement*) oraz na rozbudowaniu instrumentarium prawnego umożliwiającego stosowanie prawa zamówień publicznych w tym paradygmacie. Uprawnione jest więc stwierdzenie, że o ile ustanawianie wyraźnych preferencji krajowych byłoby zapewne również obecnie uznane przez TSUE za niedopuszczalne, o tyle wprzęganie systemu zamówień publicznych w realizację celów strategicznych, obejmujących wspieranie krajowych/lokalnych MŚP, należy uznawać za co najmniej niewykluczone, oczywiście z poszanowaniem ogólnych zasad unijnego prawa zamówień publicznych, w szczególności zasady proporcjonalności. To zaś skłania, by nie stawiać już pytania o to, czy w ogóle możliwe jest realizowanie koncepcji *local content* przy udzielaniu zamówień publicznych, lecz podejmować refleksję nad dopuszczalnym zakresem takiego działania.

W każdym razie, biorąc pod uwagę dotychczasowe rozważania¹⁵, odpowiedź na pytanie o dopuszczalność realizacji celów koncepcji *local content* poprzez udzielanie zamówień publicznych może wywoływać wątpliwości. Przy tym pytanie to nie ma jedynie teoretycznego znaczenia, lecz warto stawiać je ze względu na dużą doniosłość praktyczną wobec coraz wyraźniejszych deklaracji wprzęgania systemu zamówień publicznych w proces realizacji strategicznych celów polityki rozwoju, w tym dotyczących rozwoju krajowych MŚP. Czy zatem instrumentem ich realizacji mogą być zamówienia publiczne udzielane w postępowaniach realizujących założenia koncepcji *local content*? Na tak postawione pytanie należy udzielić odpowiedzi pozytywnej. Zastrzec jednak należy, że realizacja tych założeń musi się odbywać w ramach wyznaczonych podstawowymi zasadami unijnego prawa zamówień publicznych, którymi są równe traktowanie wszystkich wykonawców i uczciwa konkurencja.

2. Granice instrumentalizacji zamówień publicznych w prawie UE

Przed wszystkim należy zaznaczyć, że wykorzystywanie zamówień publicznych dla osiągnięcia celów innych niż tylko bezpośrednia korzyść ekonomiczna zamawiającego (tzw. celów drugoplanowych¹⁶) nie jest sama w sobie niezgodna z prawem unijnym. Wprost przeciwnie – co najmniej od początku XXI wieku w literaturze jest prowadzona ożywiona dyskusja nad potencjałem systemu zamówień publicz-

¹⁵ Jak wskazuje się w orzecznictwie, Polska, „podpisując Układ Europejski, zobowiązała się dostosowywać swe prawo do standardów europejskich, a dostosowanie to nie polega tylko na dostosowaniu litery prawa, lecz na harmonizacji standardu zachowań prawnych, co obejmuje sobą także praktykę stosowania i interpretacji prawa” – wyrok WSA w Warszawie z dnia 23 maja 2017 r., sygn. V SA/Wa 1597/16.

¹⁶ Zob. przede wszystkim Ch. Benedict, *Sekundärzwecke im Vergabeverfahren*, Heidelberg 2000.

nych w zakresie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju. W jej ramach coraz powszechniejsze staje się podejście, wedle którego instrumentalizacja prawa zamówień publicznych oraz poszczególnych zamówień – a więc ich wykorzystywanie dla osiągania tzw. celów drugoplanowych – jest nie tylko akceptowana, ale wręcz zasadniczo aprobowana¹⁷. Wreszcie w uchwalonych w 2014 r. unijnych dyrektywach normujących udzielanie zamówień publicznych przypisano im kluczową rolę w realizacji celów unijnej Strategii na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu „Europa 2020”, która w szczególności obejmuje wspieranie MŚP¹⁸.

Zanim jednak dopuszczalność instrumentalizacji zamówień publicznych została tak jednoznacznie potwierdzona w systemie prawnym UE, jej granice były wytyczane w unijnym orzecznictwie. Podstawowe znaczenie miał w tym kontekście wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab przeciwko Miastu Helsinki oraz HKL-Bussiliikenne*. Spór dotyczył postępowania o udzielenie zamówienia publicznego na obsługę sieci autobusów miejskich w mieście Helsinki, w którym oferta najkorzystniejsza ekonomicznie miała zostać wybrana z uwzględnieniem trzech kategorii kryteriów, którymi były: łączna cena żądana za eksploatację, jakość sprzętu (autobusów)¹⁹ oraz związane

¹⁷ Na ten temat zob. w szczególności Ch. Benedict, dz. cyt.; A. Sołtysińska, *Instrumentalizacja zamówień publicznych – rozważania na tle unormowań prawa wspólnotowego*, w: *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 373–385; Ch. McCrudden, *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford 2007; K. Horubski, *Instrumentalizacja kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 11, s. 24 i nast.; *Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, red. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge 2009; *The Law of Green and Social Procurement in Europe*, red. R. Caranta, M. Trybus, Copenhagen 2010; J. Hettne, *Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities*, „European Policy Analysis” 2013, nr 7, s. 1–20; M. Szydło, *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014, s. 19 i nast. wraz z cytowaną tam literaturą; *Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, red. B. Sjöfjell, A. Wiesbrock, Cambridge 2015; M. Stawiński, *Instrumentalizacja prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej w kontekście kryteriów oceny ofert*, „Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 105 s. 159–172; J. Kola, *Public Procurement as a Tool of Conducting Development Policy in Emerging Markets: The Example of Poland*, w: *Public Procurement Regulation in Africa: Development in Uncertain Times*, red. G. Quinot, S. Williams-Elegbe, Durban – Johannesburg – Cape Town 2020, s. 249–269.

¹⁸ Motyw 2 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.2.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE; motyw 4 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE; także motyw 3 preambuły dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z 26.2.2014 r. w sprawie udzielania koncesji.

¹⁹ Wyrok Trybunału z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland Oy Ab*, uprzednio *Stagecoach Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki i HKL-Bussiliikenne*, motyw 23: „oferent mógł uzyskać maksymalnie 10 dodatkowych punktów na podstawie określonych kryteriów. I tak punkty takie były przyznawane w szczególności za wykorzystanie autobusów, których po pierwsze emisja tlenku azotu była niższa niż 4 g/kWh (+2,5 punktu/autobus) lub niższa niż 2 g/kWh (+3,5 punktu/autobus), oraz po drugie, których poziom hałasu był niższy niż 77 dB (+1 punkt/autobus)”.

z jego eksploatacją parametry wpływające na jakość środowiska naturalnego²⁰. Taki model wyboru oferty najkorzystniejszej został zakwestionowany przez Concordia Bus Finland Oy Ab, która podważała dopuszczalność stosowania kryteriów ekologicznych, wskazując, że kryteria te „nie mają żadnego bezpośredniego związku z przedmiotem zamówienia”²¹. W odpowiedzi na stawiane zarzuty miasto Helsinki i rząd fiński argumentowały, że „w interesie tego miasta i jego mieszkańców leży, aby szkodliwe emisje zostały ograniczone w możliwie największym stopniu. Dla miasta Helsinki, które jest odpowiedzialne za ochronę środowiska naturalnego na jego terytorium, wynikają stąd bowiem bezpośrednie oszczędności, w szczególności w sektorze medyczno-socjalnym, który stanowi łącznie około 50% jego budżetu”²². Tym samym miasto Helsinki przyjęło stanowisko, wedle którego potrzeby zaspokajane poprzez udzielenie zamówienia publicznego nie muszą mieć charakteru czysto ekonomicznego, a zamawiający ma swobodę w kształtowaniu modelu wyboru najkorzystniejszej oferty w ramach wyznaczonych podstawowymi zasadami unijnego prawa zamówień publicznych, którymi są w szczególności przejrzystość, proporcjonalność i obiektywny charakter stawianych wymagań.

Ostatecznie za takim właśnie podejściem opowiedział się Trybunał. Wskazał mianowicie, że przepisów prawa unijnego „nie można interpretować w ten sposób, że każde z kryteriów udzielenia zamówienia przyjętych przez zamawiającego w celu zidentyfikowania oferty najkorzystniejszej ekonomicznie musi koniecznie mieć charakter czysto ekonomiczny. Nie można bowiem wykluczyć, że czynniki, które nie są czysto ekonomiczne, mogą mieć wpływ na ofertę z punktu widzenia tego zamawiającego. Potwierdza to również samo brzmienie tego przepisu, który wyraźnie odwołuje się do kryterium dotyczącego estetyki oferty”²³. W cytowanym orzeczeniu potwierdzono, że wszelkie działania zamawiających – w tym dotyczące kryteriów oceny ofert – powinny zapewniać uczciwą konkurencję pomiędzy wszystkimi wykonawcami, a także realizować unijne zasady przejrzystości, proporcjonalności i obiektywizmu, lecz jednocześnie „zasada równego traktowania nie sprzeciwia się kryteriom związanym z ochroną środowiska naturalnego, takim jak te sporne w sprawie przed sądem krajowym, z tego tylko względu, że przedsiębiorstwo transportowe należące do instytucji zamawiającej jest jednym z nielicznych przedsiębiorstw, które mają możliwość zaoferowania sprzętu spełniającego te kryteria”²⁴.

W podobny sposób rozstrzygnięto spór w sprawie C-448/01 EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republice Austrii. W wyroku z dnia 4 grudnia 2003 r.

²⁰ Tamże, motyw 24: „jeśli chodzi wreszcie o organizację przedsiębiorcy w zakresie jakości i środowiska naturalnego, dodatkowe punkty miały być przyznawane za spełnienie grupy kryteriów jakościowych oraz za program zachowania środowiska naturalnego potwierdzony uzyskaniem certyfikatu”.

²¹ Tamże, motyw 30.

²² Tamże, motyw 46.

²³ Tamże, motyw 55.

²⁴ Tamże, motyw 86.

Trybunał stwierdził, że kryteria oceny ofert mogą się odwoływać do aspektów ekologicznych, o ile ich stosowanie pozwala na obiektywną i przejrzystą ocenę ofert. Dodatkowo Trybunał potwierdził, że dla oceny dopuszczalności stosowania rozwiązań ukierunkowanych na realizację tzw. celów drugoplanowych nie ma znaczenia – co do zasady – czy rozwiązania te zapewnią realizację założonych celów²⁵. Stał się mianowicie na stanowisku, że instytucje zamawiające mają znaczną swobodę w zakresie wyznaczania zarówno celów, które zamierzają osiągnąć poprzez udzielenie zamówienia, jak i doboru środków do ich realizacji. Swoboda ta podlega oczywiście pewnym ograniczeniom. Przede wszystkim unijne prawo zamówień publicznych wymaga w każdym przypadku przestrzegania zasady równego traktowania wykonawców oraz wypływających z niej zasad szczegółowych, w szczególności przejrzystości i obiektywizmu²⁶.

Ograniczeniem swobody zamawiających jest również zasada proporcjonalności, która wymaga, aby stosowane rozwiązania nie były nadmierne. Z tego względu wspomniano wcześniej, że ocena zasadności przyjmowanych rozwiązań nie ma znaczenia „co do zasady”. W tym kontekście, w ramach rozważań nad koncepcją *local content*, warto przywołać również wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), dotyczący organizowanego w Hiszpanii postępowania o udzielenie zamówienia na świadczenie usług terapii oddechowej, które wymagało m.in. dostarczania butli gazowych ze sprężonym tlenem. W orzeczeniu oceniano m.in. dopuszczalność promowania (poprzez przyznawanie dodatkowych punktów) wykonawców, którzy w chwili składania ofert posiadali co najmniej dwa zakłady produkcyjne wytwarzające tlen, położone w odległości mniejszej niż 1000 km od stolicy prowincji, w której zamówienie miało być realizowane. Ograniczenie obszaru uzasadniano bezpieczeństwem dostaw. W rezultacie jednak obszar spełniający te wymogi obejmował *de facto* terytorium Hiszpanii, Portugalii oraz część Francji, bez pozostałych państw członkowskich UE. Wobec tego Trybunał uznał, że „o ile bezpieczeństwo dostaw może być jednym z kryteriów branych pod uwagę przy wyborze najkorzystniejszej ekonomicznie oferty w przypadku usług takich jak usługi rozważane w postępowaniu przed sądem krajowym, które to kryterium służy ochronie życia i zdrowia osób, jako że przewiduje ono zróżnicowaną produkcję własną w pobliżu miejsca konsumpcji [...], o tyle należy stwierdzić, że w niniejszej sprawie kryteria te nie wydają się pod wieloma względami dostosowane do zamierzonego celu”²⁷. Trybunał zwrócił uwagę, że w sprawie nie przedstawiono dowodów potwierdzających zwiększone ryzyko opóźnienia dostaw tlenu. W rezultacie orzekł,

²⁵ Wyrok Trybunału z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 EVN AG i Wienstrom GmbH przeciwko Republice Austrii, motyw 53.

²⁶ Tamże, motyw 33.

²⁷ Wyrok Trybunału z dnia 27 października 2005 r. w sprawie C-234/03 Contse SA, Vivisol Srl, Oxigen Salud SA przeciwko Instituto Nacional de Gestión Sanitaria (Ingesa), motyw 61.

że chociaż „rząd hiszpański słusznie zauważa, iż wybór odległości i środka transportu jest uznaniowy, to jednak należy stwierdzić, że przyjęte w niniejszej sprawie kryterium 1000 km wydaje się nie stosowne dla realizacji zamierzonego celu”²⁸.

Podsumowując, należy stwierdzić, że w żadnej ze spraw rozstrzygniętych przywołanymi orzeczeniami nie powoływano się na koncepcję *local content*, niemniej każde z nich ma bardzo istotne znaczenie dla określenia prawnych uwarunkowań urzeczywistniania tej koncepcji w systemie zamówień publicznych. Wynikające z nich kluczowe wnioski można ująć w następujący sposób:

Po pierwsze funkcje zamówień publicznych nie ograniczają się wyłącznie do zaspokajania potrzeb czysto ekonomicznych, lecz mogą być wykorzystywane również do osiągania celów drugoplanowych, w szczególności o charakterze ekologicznym, społecznym, proinnowacyjnym czy odnoszącym się do wspierania MŚP.

Po drugie zamawiający ma swobodę w zakresie wyznaczania celów, które zamierza osiągnąć poprzez udzielenie zamówienia publicznego, ale także w zakresie doboru środków, które w jego ocenie pozwolą na optymalną realizację przyjętych celów.

Po trzecie wspomniane uprawnienia zamawiającego podlegają jednak pewnym ograniczeniom. Przede wszystkim niedopuszczalne jest korzystanie z nich w taki sposób, który prowadziłby do nieproporcjonalnego ograniczenia konkurencji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W szczególności za niezgodne z prawem unijnym mogłoby zostać uznane uprzywilejowane traktowanie określonych wykonawców lub ich kategorii, bez uzasadnienia opartego na wszechstronnej analizie obiektywnych potrzeb zamawiającego.

3. Praktyczne aspekty realizacji koncepcji *local content* w systemie zamówień publicznych

Przywołane orzeczenia nie tylko wyrażają stanowisko Trybunału w konkretnych sprawach, ale także wytyczają odpowiedni kierunek interpretacji przepisów krajowych. Można zatem stwierdzić, że w świetle prawa zamówień publicznych – zarówno unijnego, jak i polskiego – nie istnieją przeszkody, które *a priori* oraz w sposób nieusuwalny uniemożliwiałyby realizację założeń koncepcji *local content* w systemie zamówień publicznych. W obowiązujących przepisach ustanowiono przy tym instytucje jednoznacznie nawiązujące do tej koncepcji. Z polskiej perspektywy należy w tym kontekście wymienić przede wszystkim tzw. preferencje unijne, a więc wyjątkowe uprawnienie zamawiających sektorowych, przyznane im jednoznacznie na poziomie unijnym w ramach art. 85 ust. 2 dyrektywy 2014/25/UE. Rozwiązanie to do polskiego systemu prawnego wprowadza art. 393 ust. 1 pkt 4 ustawy

²⁸ Tamże, motyw 62.

z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. Przepis ten stanowi, że zamawiający sektorowy, który udziela zamówienia na dostawy, może „odrzuć ofertę, w której udział produktów, w tym oprogramowania wykorzystywanego w wyposażeniu sieci telekomunikacyjnych pochodzących z państw członkowskich Unii Europejskiej, państw, z którymi Unia Europejska zawarła umowy o równym traktowaniu przedsiębiorców, lub państw, wobec których na mocy decyzji Rady stosuje się przepisy dyrektywy 2014/25/UE, nie przekracza 50%”. Rozwiązanie to ma oczywiście wyjątkowy charakter, lecz niewątpliwie realizuje koncepcję *local content* w odniesieniu do obszaru gospodarczego UE.

Podobną funkcję mogą niekiedy spełniać tzw. zamówienia zastrzeżone. Są to zamówienia, o których udzielenie mogą się ubiegać wyłącznie wykonawcy mający status zakładu pracy chronionej, spółdzielnie socjalne oraz inni wykonawcy, których głównym celem działalności jest społeczna i zawodowa integracja osób społecznie marginalizowanych. Należą do nich m.in. osoby bezrobotne lub poszukujące pracy czy też osoby do 30. roku życia oraz po ukończeniu 50. roku życia, posiadające status osoby poszukującej pracy, bez zatrudnienia. Tym samym zamówienia zastrzeżone mogą być dla zamawiających instrumentem osiągnięcia celów z zakresu lokalnej polityki społecznej. Należy jednak przyznać, że ze względu na specyfikę zamówień zastrzeżonych (ukierunkowanie na wsparcie osób społecznie marginalizowanych) zakres zastosowania tej instytucji jest ograniczony²⁹.

Możliwość stosowania preferencji unijnych, a także zamówień zastrzeżonych – przy spełnieniu ustawowych warunków, została jednoznacznie potwierdzona przez prawodawcę, co niewątpliwie ułatwia ich stosowanie. Należy jednak podkreślić, że koncepcja *local content* może być realizowana również na podstawie innych instytucji prawa zamówień publicznych. Z pewnością należą do nich warunki udziału w postępowaniu, podstawy wykluczenia, możliwość składania ofert częściowych, odpowiednie kształtowanie opisu przedmiotu zamówienia, a przede wszystkim kryteria oceny ofert. Niezależnie jednak od tego, z jakich instytucji będzie korzystał dany zamawiający, realizując założenia koncepcji *local content*, kluczowe znaczenie dla oceny ich dopuszczalności będzie miało zawsze wykazanie funkcjonalnych powiązań pomiędzy tymi konkretnymi rozwiązaniami a celami zamawiającego i jego obiektywnie uzasadnionymi potrzebami. Odwołując się do wcześniejszych przykładów, warto zwrócić uwagę, że w sprawie C-513/99 Concordia Bus Finland proekologiczne kryteria oceny uznano za zgodne z prawem unijnym, ponieważ Miasto Helsinki potrafiło przekonująco wykazać, że ich stosowanie nie ma na celu ograniczania konkurencji i uprzywilejowania konkretnych wykonawców, lecz służy realizacji celów polityki ekologicznej miasta. Z kolei w sprawie C-234/03 Contse...

²⁹ Potwierdza to również praktyka. Zgodnie z aktualnymi informacjami na temat funkcjonowania systemu zamówień publicznych w Polsce w roku 2019 udzielono jedynie 177 zamówień zastrzeżonych, o łącznej wartości 116 273 188,66 zł – Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020, s. 50–51.

potwierdzono wprowadzić możliwość formułowania wymagań i ograniczeń ukierunkowanych na ochronę życia i zdrowia osób z danego regionu, jednak konkretne rozwiązanie przyjęte przez Instituto Nacional de la Salud uznano za niedopuszczalne, ponieważ zamawiający ten nie był w stanie wykazać proporcjonalności uprzywilejowania wykonawców z Półwyspu Iberyjskiego.

Właśnie ten obowiązek jest niewątpliwie najpoważniejszym wzywaniem dla każdego zamawiającego, który dąży do osiągnięcia celów koncepcji *local content* – np. wspierania lokalnych MŚP – poprzez udzielanie zamówień publicznych. Wyzwaniu temu można sprostać poprzez wyraźne powiązanie konkretnych rozwiązań z obiektywnymi celami danego zamawiającego. Wniosek ten warto zobrazować konkretnym przykładem. Jako jeden ze stosowanych w praktyce sposobów oceny poziomu realizacji koncepcji *local content* często wskazuje się badanie poziomu wydatków dokonywanych przez wykonawcę zamówienia na rzecz lokalnych podwykonawców lub dostawców³⁰. W związku z tym można wyobrazić sobie, że udzielając zamówienia publicznego, zamawiający sformułuje kryteria oceny ofert, które będą premiowały wykonawców deklarujących wyższy poziom udziału takich wydatków w oczekiwanym przez nich wynagrodzeniu. Wykazując zasadność i proporcjonalność takiego rozwiązania, zamawiający powinien pokazać, że promując podejmowanie współpracy z lokalnymi przedsiębiorcami, zaspokaja własny interes i realizuje założone cele, np. w zakresie polityki społecznej, ekologicznej czy gospodarczej. Podobnie jak Miasto Helsinki wskazywało, że zastosowane kryteria oceny ofert realizowały strategiczne cele jego polityki ekologicznej, tak w przywołanym przykładzie należałoby wykazać, że istotnym interesem zamawiającego jest stymulowanie współpracy z lokalnymi MŚP, a przez to realizacja jego strategicznych celów, takich jak choćby kreowanie lokalnego środowiska innowacyjnego i transfer wiedzy czy też skracanie łańcuchów dostaw i osiągnięcie w ten sposób korzyści ekologicznych.

Źródeł tychże celów zamawiający mogą upatrywać nie tylko w ciążących na nich ustawowych obowiązkach, ale również w dokumentach nienormatywnych takich jak w szczególności strategię rozwoju czy innego rodzaju dokumenty programowe. Wykazanie związku pomiędzy zidentyfikowanymi na ich podstawie celami a podejmowanymi działaniami umożliwiłoby również wykazanie proporcjonalności działań podejmowanych przez zamawiającego. Z perspektywy polskich zamawiających niewątpliwie pomocna może się okazać w tym kontekście polityka zakupowa państwa. Jest to przyjmowany przez Radę Ministrów dokument określający „priorytetowe działania Rzeczypospolitej Polskiej w obszarze zamówień publicznych, a także pożądaný kierunek działań zamawiających w zakresie udzielanych zamówień, który obejmuje w szczególności zakup innowacyjnych lub zrównoważonych

³⁰ Analogiczne rozwiązania zob. np. w opracowaniu The Department of Trade, Industry and Competition, Republic of South Africa, *Guidance Document for the Calculation of Local Content*, <http://www.thedtic.gov.za/wp-content/uploads/IP-guideline.pdf> [dostęp: 15.05.2021], a także A. Roberts, B. Valpy, dz. cyt.

produktów oraz usług³¹. Jednakże podstaw dla realizowania koncepcji *local content* i wspierania lokalnych MŚP zamawiający mogą upatrywać również w innych dokumentach. Wśród nich na szczególną uwagę zasługują strategie odwołujące się do ochrony klimatu i transformacji energetycznej, a także rozwoju jednolitego rynku cyfrowego i innowacji. Z jednej strony bowiem są one obecnie uznawane za podstawowe filary rozwoju Unii Europejskiej i jej państw członkowskich³², z drugiej zaś silnie jest w nich akcentowana potrzeba wykorzystywania potencjału zamówień publicznych, a także włączania MŚP w proces realizacji strategicznych celów ekologicznych i innowacyjnych. Tym samym dokumenty te mogą stanowić podstawę dla uzasadnienia realizacji założeń koncepcji *local content* poprzez powiązanie jej z innymi obiektywnymi celami polityki rozwoju, a przez to umożliwiając wykazanie proporcjonalności środków stosowanych dla ich urzeczywistnienia.

Podsumowanie

Na podstawie przeprowadzonych rozważań można przyjąć, że wykorzystywanie koncepcji *local content* w procesie udzielania zamówień publicznych może korzystnie wpływać na efektywność działalności zakupowej i inwestycyjnej zamawiających. Oczywiście będzie to możliwe pod pewnymi warunkami.

Po pierwsze należy zaznaczyć, że koncepcja *local content* w swym wąskim znaczeniu bywa postrzegana jako wyraz protekcjonizmu gospodarczego, który wyraża się w ustanawianiu rozwiązań faworyzujących przedsiębiorców krajowych względem ich zagranicznych konkurentów. Tego rodzaju podejście jest oczywiście nie do pogodzenia z unijnymi zasadami prawa zamówień publicznych, w szczególności z zasadą równego traktowania wykonawców, co zresztą nie powinno budzić wątpli-

³¹ Art. 21 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych. W momencie opracowywania niniejszego tekstu polityka zakupowa państwa nie została jeszcze uchwalona.

³² Znajduje to potwierdzenie w komunikatach Komisji Europejskiej pn. „Europejski Zielony Ład” (Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład”, COM/2019/640) oraz „Nowa strategia przemysłowa dla Europy” (Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”, COM(2020)102). Potwierdzają to również strategie i dokumenty programowe opracowywane na poziomie krajowym, do których z perspektywy polskiej należy zaliczyć przede wszystkim „Strategię na rzecz odpowiedzialnego rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.)” (Uchwała nr 8 Rady Ministrów z dnia 14 lutego 2017 r. w sprawie przyjęcia Strategii na rzecz Odpowiedzialnego Rozwoju do roku 2020 (z perspektywą do 2030 r.), „Krajowy Plan Odbudowy i Zwiększania Odporności” (Warszawa 2021. Krajowy Plan jest związany z realizacją rozporządzenia Rady 2020/2094 z dnia 14 grudnia 2020 r. ustanawiającego Instrument Unii Europejskiej na rzecz Odbudowy w celu wsparcia odbudowy w następstwie kryzysu związanego z COVID-19), a także dokumenty sektorowe – „Plan Rozwoju Elektromobilności”, „Krajowe ramy polityki rozwoju infrastruktury paliw alternatywnych”, a także przyjęta w 2021 r. „Polityka Energetyczna Polski do 2040 r.” (Obwieszczenie Ministra Klimatu i Środowiska z dnia 2 marca 2021 r. w sprawie polityki energetycznej państwa do 2040 r.).

wości w kontekście wspomnianego na wstępie wyroku ws. C-243/89. Należy więc jednoznacznie stwierdzić, że preferowanie lokalnych, regionalnych lub krajowych rozwiązań lub wykonawców w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego nie może być celem samym w sobie.

Analiza unijnego orzecznictwa prowadzi jednak do wniosku, że możliwe jest uwzględnienie założeń *local content* w charakterze celów drugoplanowych, zaspokajanych poprzez udzielenie zamówienia publicznego. Mianowicie dopuszczalne wydaje się ukształtowanie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego w taki sposób, który pozwoli zamawiającemu nie tylko zaspokoić bezpośrednią korzyść ekonomiczną, ale także umożliwi odniesienie innych korzyści, które zamawiający spodziewał się uzyskać w odniesieniu do środowiska lokalnego, regionalnego czy też krajowego.

Wreszcie na zakończenie warto podkreślić, że podejście ukierunkowane na realizację koncepcji *local content* zasługuje na uwagę z jeszcze jednego powodu. Jego przyjęcie wymusza na zamawiających przyjmowanie holistycznej perspektywy, uwzględniającej szerszy kontekst podejmowanych działań. Obowiązek uzasadnienia decyzji o stosowaniu rozwiązań realizujących koncepcję *local content* i konieczność jej oparcia na obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego skłania bowiem do poszukiwania powiązań pomiędzy działalnością zakupową i inwestycyjną a innymi obszarami aktywności zamawiających, a także strategicznymi celami polityki rozwoju. W ten sposób może z kolei się przyczyniać do zwiększenia spójności działań podmiotów publicznych (w szczególności administracji publicznej)³³ i coraz silniej postulowanego zintegrowanego podejścia do realizacji strategicznych celów polityki rozwoju.

Resumen extenso / Streszczenie

El concepto de “local content” en el sistema de contratación pública

Aunque el concepto de *local content* [contenido local] ha ido ganando popularidad en el discurso económico internacional en los últimos años, parece imposible formular una definición precisa. Sin embargo, cabe suponer que su supuesto fundamental es iniciar las acciones dirigidas a la promoción de prestaciones – bienes y servicios – ofrecidas por empresarios que operan a nivel local, es decir, en la región o el país del comprador. Tradicionalmente, el concepto de *local content* se percibía como una manifestación de las acciones proteccionistas adoptadas por los estados que,

³³ O potrzebie spójności działań służących realizacji strategicznych celów w obszarze energetyki i innowacji pisze w szczególności K. Kokocińska, *Spójność działań organów władzy wykonawczej na rzecz rozwoju – na przykładzie sektora elektromobilności*, w: *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju elektromobilności*, red. K. Kokocińska, J. Kola, Warszawa 2019, s. 3–18.

mediante un sistema de órdenes, prohibiciones o incentivos, intentaban favorecer a los empresarios locales frente a sus competidores extranjeros.

Normalmente, estas soluciones se aplican en países con un crecimiento económico dinámico, que al mismo tiempo se clasifican como los así llamados mercados emergentes o de reciente industrialización, como los así llamados países BRICS o muchos países de África. Sin embargo, en los últimos años, también en los países desarrollados está aumentando interés por las soluciones basadas en las suposiciones de *local content*. Sin embargo, no se basan en la limitación del acceso al mercado nacional a las entidades extranjeras, sino que están orientadas a la ejecución de objetivos estratégicos de la política de desarrollo de una determinada región o país, como si lo hicieran “aprovechando la ocasión” a la hora de realizar las actividades de inversión generalmente abiertas a la competencia internacional. Un ejemplo de este fenómeno, pueden ser, por ejemplo, las acciones emprendidas en muchos países europeos en el ámbito de las energías renovables. En concreto, declaran que las inversiones públicas que conciernen energía eólica se llevarán a cabo de la manera que garantice no sólo la consecución del objetivo primario en forma de desarrollo de las infraestructuras imprescindibles, sino también de los objetivos secundarios, como el fortalecimiento de la capacidad de innovación de las pequeñas y medianas empresas (pymes) locales, la modernización de la estructura profesional de la población que vive en las regiones donde se llevarán a cabo las inversiones y, por último, la mejora del entorno natural local.

Por otra parte, el enfoque basado en los supuestos del concepto de *local content* puede generar tensiones o incluso conflictos con los principios fundamentales del sistema legal de la Unión Europea, que incluyen la libertad de empresa y de prestación de servicios. Esto concierne en particular a las inversiones públicas mencionadas. En principio, estas inversiones se realizan en el marco de la legislación de la UE sobre contratación pública, cuya función principal es la protección de la competencia y la igualdad de trato de todos los contratistas. Por lo tanto, en este artículo se trata de responder a la pregunta de si la ejecución de los supuestos del concepto de *local content* (en su forma no proteccionista) se puede unir con los principios del derecho de la contratación pública.

En base al análisis de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE, se ha establecido que no existen obstáculos *a priori* y de la manera inamovible imposibiliten la aplicación del concepto de *local content* en el sistema de contratación pública. Las sentencias en los asuntos C-513/99 Concordia Bus Finland, C-448/01 Wienstrom y C-234/03 Contse son de importancia clave en este contexto. En base a ellas se pueden formular las siguientes conclusiones clave:

- En primer lugar, las funciones de la contratación pública no se limitan únicamente a satisfacer necesidades puramente económicas, sino que también pueden utilizarse para alcanzar objetivos secundarios, en particular de carácter ecológico, social, pro-innovador o que se refieran al apoyo a las pymes.

- En segundo lugar, el adjudicador tiene la libertad en el ámbito de fijar los objetivos que desea alcanzar a través de la adjudicación del contrato público, pero también en el ámbito de elección de los medios que, a su juicio, le permitan alcanzar de forma óptima los objetivos adoptados.
- En tercer lugar, sin embargo, las facultades mencionadas del adjudicador están sujetos a ciertas limitaciones. Ante todo, no es admisible ejercer esas facultades de manera que se produzca una restricción desproporcionada de la competencia en el procedimiento de contratación pública. En particular, el trato preferente a determinados operadores o a determinadas categorías de operadores sin una justificación basada en un análisis exhaustivo de las necesidades objetivas del adjudicador podría considerarse incompatible con la legislación de la UE.

En este contexto, la tarea clave del adjudicador, cuyo objetivo es desarrollar las actividades de compra o inversión teniendo en cuenta los supuestos del concepto de *local content*, es demostrar la relación entre los objetivos identificados y los beneficios esperados para el entorno local (económico, social o natural) y las acciones emprendidas. La realización de esta tarea también permitiría demostrar la proporcionalidad de las acciones emprendidas por el adjudicador y, en consecuencia, su conformidad con la ley de contratación pública. Vale la pena subrayar al mismo tiempo que emprender la propia tarea obliga a los adjudicadores a adoptar una perspectiva holística que tenga en cuenta el contexto más amplio de las acciones emprendidas, lo que en sí mismo debe valorarse positivamente. La obligación de justificar la decisión de utilizar soluciones que apliquen el concepto de *local content* y la necesidad de basar esta decisión en las necesidades objetivamente justificadas del adjudicador fomentan la búsqueda de vínculos entre las actividades de compra e inversión y otros ámbitos de la actividad de los adjudicadores, así como los objetivos estratégicos de la política de desarrollo. De este modo, puede contribuir a su vez a aumentar la coherencia entre las acciones de las entidades públicas (especialmente la administración pública) y el enfoque integrado cada vez más requerido para lograr los objetivos estratégicos de la política de desarrollo.

Bibliografía

- Benedict Ch., *Sekundärzwecke im Vergabeverfahren*, Heidelberg 2000.
- Chien K.-H., *Pacing for Renewable Energy Development: The Developmental State in Taiwan's Off-shore Wind Power*, „Annals of the American Association of Geographers” 2020, vol. 110, iss. 3, pp. 793–807, DOI: 10.1080/24694452.2019.1630246.
- Deringer H., Erixon F., Lamprecht Ph., Marel E. van der, *The Economic Impact of Local Content Requirements: A Case Study of Heavy Vehicles*, ECIPE Occasional Paper nr 1/2018.
- Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE, Dz. Urz. UE L 94/65.

- Hettne J., *Strategic Use of Public Procurement – Limits and Opportunities*, „European Policy Analysis” 2013, nr 7, s. 1–20.
- Horubski K., *Instrumentalizacja kryteriów oceny ofert*, „Przegląd Prawa Publicznego” 2007, nr 11, s. 22–42.
- Industrial Strategy. Offshore Wind Sector Deal*, 2019, <https://www.gov.uk/government/publications/offshore-wind-sector-deal> [dostęp: 15.05.2021].
- Kokocińska K., *Spójność działań organów władzy wykonawczej na rzecz rozwoju – na przykładzie sektora elektromobilności*, w: *Prawne i ekonomiczne aspekty rozwoju elektromobilności*, red. K. Kokocińska, J. Kola, Warszawa 2019, s. 3–18.
- Kola J., *Public Procurement as a Tool of Conducting Development Policy in Emerging Markets: The Example of Poland*, w: *Public Procurement Regulation in Africa: Development in Uncertain Times*, Ed. G. Quinot, S. Williams-Elegbe, Durban – Johannesburg – Cape Town 2020, s. 249–269.
- Komunikat Komisji z 11.12.2019 r. do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Europejski Zielony Ład”, COM(2019) 640 final.
- Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady Europejskiej, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów „Nowa strategia przemysłowa dla Europy”, COM(2020) 102 final, Bruksela, 10.03.2020.
- Korinek J., Ramdoo I., *Local content policies in mineral-exporting countries*, OECD Trade Policy Papers nr 209/2017.
- Kornecka A., *Nowe farmy wiatrowe to impuls dla rozwoju gospodarczego*, „Rzeczpospolita”, 21 kwietnia 2021 r., <https://www.rp.pl/Opinie/304219898-Anna-Kornecka-Nowe-farmy-wiatrowe-to-impuls-dla-rozwoju-gospodarczego.html> [dostęp: 1.05.2021].
- UNCTAD, *Local Content Requirements and the Green Economy*. United Nations Conference on Trade and Development, Geneva 2014.
- OECD, *Local Content Requirements*, OECD Trade Policy Brief, February 2019.
- McCrudden Ch., *Buying Social Justice: Equality, Government Procurement, & Legal Change*, Oxford 2007.
- Ministerstwa Aktywów: Państwowych, *Projekt ustawy o promowaniu wytwarzania energii elektrycznej w morskich farmach wiatrowych przekazany do konsultacji*, <https://www.gov.pl/web/aktywa-panstwowe/projekt-ustawy-o-promowaniu-wytwarzania-energii-elektrycznej-w-morskich-farmach-wiatrowych-przekazany-do-konsultacji> [dostęp: 1.05.2021].
- Nwapi Ch., *Defining the „Local” in Local Content Requirements in the Oil and Gas and Mining Sectors in Developing Countries*, „Law and Development Review 2015, vol. 8, nr 1, s. 187–216.
- Ovadia J.S., *The Role of Local Content Policies in Natural Resources-based Development*, Österreichische Forschungsförderung für Internationale Entwicklung. Rohstoffe und Entwicklung, Wien 2015, s. 37–45.
- Roberts A., Valpy B., *Methodology for Measuring the UK Content of UK Offshore Wind Farms*, BVG Associates 2015, https://cdn.ymaws.com/www.renewableuk.com/resource/resmgr/Publications/Guides/uk_content_methodology.pdf [dostęp: 15.05.2021].
- Social and Environmental Policies in EC Procurement Law. New Directives and New Directions*, Eds. S. Arrowsmith, P. Kunzlik, Cambridge 2009.
- Sołtyśńska A., *Instrumentalizacja zamówień publicznych – rozważania na tle unormowań prawa wspólnotowego*, w: *Studia z prawa Unii Europejskiej*, red. S. Biernat, Kraków 2000, s. 373–385.
- Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie barier w handlu i inwestycjach*, COM(2020) 236 final.
- Stawiński M., *Instrumentalizacja prawa zamówień publicznych w Unii Europejskiej w kontekście kryteriów oceny ofert*, „Acta Universitatis Wratislaviensis – Przegląd Prawa i Administracji” 2016, t. 105, s. 159–172.

- Sturgeon T., Lima Chagas L., Barnes J., *Inovar Auto: Evaluating Brazil's Automotive Industrial Policy to Meet the Challenges of Global Value Chains*, World Bank, Washington, D.C., 2017.
- Sustainable Public Procurement under EU Law: New Perspectives on the State as Stakeholder*, Ed. B. Sjøfjell, A. Wiesbrock, Cambridge 2015.
- Szydło M., *Prawna koncepcja zamówienia publicznego*, Warszawa 2014.
- The DTI, *Guidance Document for the Calculation of Local Content*, <http://www.thedtic.gov.za/wp-content/uploads/IP-guideline.pdf> [dostęp: 15.05.2021].
- The Law of Green and Social Procurement in Europe*, red. R. Caranta, M. Trybus, Copenhagen 2010.
- Urząd Zamówień Publicznych, *Sprawozdanie o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2019 r.*, Warszawa 2020.
- Ustawa z dnia 15 lutego 1933 r. o dostawach i robotach na rzecz Skarbu Państwa, samorządu oraz instytucyj prawa publicznego, Dz. U. 1933 nr 19 poz. 127.
- Ustawa z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych, Dz. U. 1994 nr 76 poz. 344.

**Acceso de las pymes a los mercados de contratación
pública internacional en el marco
de las relaciones Unión Europea – Chile**

**Dostęp MŚP do międzynarodowych rynków
zamówień publicznych
w ramach stosunków Unia Europejska – Chile**

Enrique Díaz Bravo

*Universidad Internacional de la Rioja, España y, Facultad de Derecho,
Universidad Santo Tomás, Chile*

Introducción

Esta colaboración se enmarca en el análisis de la regulación del Mercado Único Europeo y la regulación contenida en el Acuerdo de Asociación entre Chile y la Unión Europea. Se abordará el marco normativo de intercambio comercial de la Unión Europea con interesados y oferentes de terceros países, y los principales hitos recientes que permiten visualizar el desarrollo de la estructura legal europea respecto de nacionales de países no-UE en contratación pública.

Del mismo modo, se analizará el entorno normativo que permite la participación de empresas de menor tamaño, considerando micro, pequeñas y medianas empresas, tomando en cuenta las medidas de promoción y protección de la participación de las referidas empresas en el marco de las relaciones comerciales de la UE y uno de sus socios comerciales, como es Chile.

De este modo, se revisarán los principales elementos del Acuerdo de Asociación, y las novedades que las modificaciones, realizadas y en curso a la fecha, han detectado en materia de barreras de acceso a los diversos mercados existentes entre las partes, con el objetivo de evaluar determinadas normas, procedimientos y herramientas existentes, con el fin de contribuir a la mejora del entorno normativo y así promover la participación de las micro, pequeñas y medianas empresas en las oportunidades que las diversas administraciones públicas ponen a disposición de los nacionales de las partes contratantes.

1. Las relaciones entre la UE y terceros países en contratación pública

Resulta relevante realizar una aproximación a una materia que tiene un importante impacto en las relaciones internacionales, tanto políticas, sociales como económicas, y que se ha puesto de relieve en el marco de la crisis de salud pública que enfrentamos actualmente, como es la contratación pública internacional y las relaciones entre los diversos actores de la comunidad global¹.

Así, es posible afirmar que la contratación pública es hoy una de las más importantes actividades de los gobiernos, por su extraordinaria relevancia en el producto interno bruto de los países, cerca de un 13,3% en los países de la UE², y cerca de un 12% en los países miembros de la OCDE³; y, adicionalmente, porque es una actividad pública que permite alcanzar además del foco básico de la contratación -suministro de bienes, servicios y obras-, otra serie de fines de políticas públicas estratégicas, todos los que han logrado instalarse en la mayoría de los países democráticos, incorporando criterios y objetivos, tales como compras sostenibles, medidas positivas de participación para las micro, pequeñas y medianas empresas, innovación, medidas para promover la igualdad de género, incorporación de personas con discapacidad, entre otras⁴.

Uno de los principales actores del comercio internacional es la Unión Europea, en adelante UE, la que ha desarrollado un importante entramado normativo relativo a la contratación pública⁵ que le ha permitido tener uno de los mercados más abiertos, accesibles, competitivos⁶ y transparentes del orbe. El ordenamiento jurídico de la UE, en el mismo sentido, se encuentra dotado de amplias garantías jurídicas para la protección de los derechos e intereses tanto de las administraciones públicas como de los ciudadanos y empresas que participan en los procesos de contratación pública⁷. Del mismo modo, se ha provisto de medidas tendientes a entregar la mayor estabilidad, seguridad y previsibilidad jurídica para las inversiones, y mecanismos

¹ Un importante trabajo sobre la materia es: J.A. Moreno Molina and R. Cancino Gómez, *La contratación pública internacional. Unión Europea – México*, 1ra ed., Oxford 2018.

² Public Procurement Indicators 2017. DG GROW, G - Single Market for Public Administration. G4 - Innovative and eProcurement. July 9, 2019.

³ OECD, Contratación pública <http://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.

⁴ F. Hafsa, N. Darnall, S. Bretschneider, *Estimating the true size of public procurement to assess sustainability impact*, „Sustainability” 2021, vol. 13, iss. 3, 1448. <https://doi.org/10.3390/su13031448>.

⁵ Principalmente son tres directivas las que regulan el sistema de contratación pública: Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE; Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE; y, la Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.

⁶ A.Sánchez Graells, *Competititon law and public procurement*, en *Contratación pública global: Visiones comparadas*, eds. E. Díaz Bravo, J.A. Moreno Molina, Valencia 2020.

⁷ Un tratamiento sobre el sistema de recursos en contratación pública en la Unión Europea y en España puede ser visto en: E. Díaz Bravo, *El recurso en materia de contratación pública en el Derecho europeo y su*

que garanticen la integridad de los procedimientos para evitar el fenómeno de la corrupción⁸.

Ahora bien, teniendo presente la relevancia de la disciplina de la contratación pública y las dificultades en el establecimiento de mercados abiertos, competitivos y transparentes, incluso en espacios supranacionales de alto desarrollo técnico y normativo como es la UE, el examen del comercio internacional, fuera de las fronteras de la UE o bien, dentro del propio mercado común europeo pero con participantes extracomunitarios, se encuentra sometida a mayores preocupaciones, dificultades y desafíos.

En dicho contexto es que se ha desarrollado a través de diversos instrumentos internacionales un relevante acervo normativo que ha logrado perfilar una regulación orgánica a nivel global en la disciplina que abordamos en este trabajo. Especialmente son destacables el Acuerdo sobre Contratación Pública de la Organización Mundial del Comercio y Ley Modelo de la CNUDMI sobre la Contratación Pública, como puntas de lanza en contratación pública⁹. No obstante ello, las normas multilaterales no han alcanzado una suerte de obligatoriedad entre las partes, debido a su carácter *soft law*, o al menos en su aplicación material se ha visto una importante debilidad de estas normas internacionales.

En el mismo sentido, y frente a la necesidad de la UE de proteger los intereses de los países miembros, y sus nacionales, y de garantizar relaciones de igualdad con terceros países que tengan como foco promover el comercio internacional en contratación pública internacional es que se han celebrado una serie de acuerdos de libre comercio, que cumplen con los principios de transparencia, igualdad de trato y no discriminación¹⁰.

En la actualidad, esta última mantiene vigentes 17 acuerdos de libre comercio que contienen normas sobre contratación pública¹¹, y se encuentra en proceso de negociación para la celebración de nuevos acuerdos sobre la materia¹². No obstante los datos anterior, la apertura del mercado interno de la UE no ha sido simple ni ha

aplicación en España, Valencia 2019; y, en el caso italiano idem, *El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad*, „Revista General de Derecho Administrativo” 2020, n° 54.

⁸ Sobre la materia, véase J. Miranzo Díaz, *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Madrid 2019.

⁹ Sobre la materia, puede verse un tratamiento detallado en: R. Cancino Gómez, M. López Olvera, *La contratación pública*, Madrid 2019, p. 67 y ss.

¹⁰ En materia de principios de la contratación pública, dos trabajos altamente recomendados: J. Rodríguez-Arana, *Los principios del Derecho Global de la contratación pública*, en *Estudios de Derecho administrativo. El Derecho administrativo iberoamericano, innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, eds. JC. Morón Urbina, J.D. Ordóñez, Lima 2018.; y, J.A. Moreno Molina, *Principios generales del derecho de la contratación pública internacional*, en *Contratación pública global: Visiones comparadas*, eds. E. Díaz Bravo, J.A. Moreno Molina, Valencia 2020.

¹¹ Comunidad Andina, Armenia, Canadá, América Central, Chile, Georgia, Iraq, Corea, Kazakstán, Kirguizistán, Mercosur, México, Moldavia, Singapur, Suiza, Ucrania y Vietnam.

¹² En los que destacan: Australia, Azerbaiyán, Indonesia, Nueva Zelanda, Túnez y Uzbekistán.

estado exenta de obstáculos, tal como relata Moreno Molina la eliminación de las prácticas proteccionistas y discriminatorias¹³ ha tenido un largo camino y evolución desde 1950 hasta nuestros días, especialmente en lo relativo a la eliminación de las *barreras visibles al mercado* interior, cuestión que ha sido una preocupación principal de la Comisión Europea y del propio Tribunal de Justicia de la UE en su relevante jurisprudencia.

Del mismo modo, ha existido preocupación por parte de las instituciones europeas para regular las relaciones en materia de contratación pública con países no-UE, por lo que se realizará un breve repaso de algunos de los principales hitos en dicho sentido por parte de la UE con terceros países.

1.2. Hitos en el desarrollo de la regulación con terceros países

En el marco del Derecho de la Unión Europea es posible distinguir, al menos, cuatro hitos recientes que colaboran para ubicar las relaciones de la UE con los intereses extracomunitarios.

- a) El primero de ellos se ubica durante la discusión de la Directiva 92/13/CEE¹⁴, la que al contemplar los requisitos de legitimación para el acceso a los procedimientos de recursos de los interesados en obtener un determinado contrato de aquellos regulados por dicha Directiva, debió realizar con especial cuidado una prevención respecto del alcance y amplitud del término “cualquier persona” como criterio de legitimación. En dicho contexto, el término “cualquier persona” que tenga interés en los procedimientos regulados por la Directiva como criterio de legitimación, se delimitó a las ofertas de oferentes comunitarios, abordándose por parte de la Comisión Europea como un principio general en la discusión de la Directiva 92/13/CEE, que:

*El tratamiento de ofertas no-UE debe ser dejado a las Directivas que tratan con los procedimientos de adjudicación. Las Directivas UE crean derechos solo para los oferentes de la UE. En el evento que se creen derechos para terceros países, esto debería ser alcanzado por tratados internacionales.*¹⁵

Dicha declaración contenida en la historia legislativa de la Directiva 92/13/CEE explica y refleja el tratamiento que las personas, naturales y jurídicas, tienen

¹³ J.A. Moreno Molina, *Contratos públicos: derecho comunitario y derecho español*, McGraw-Hill 1996, p. 118, <http://dialnet.unirioja.es/servlet/extlib?codigo=55127>.

¹⁴ Directiva 92/13/CEE del Consejo, de 25 de febrero de 1992, relativa a la coordinación de las disposiciones legales, reglamentarias y administrativas referentes a la aplicación de las normas comunitarias en los procedimientos de formalización de contratos de las entidades que operen en los sectores del agua, de la energía, de los transportes y de las telecomunicaciones.

¹⁵ *Commission position on amendments of European Parliament on 1st Reading*. Citado en: *European Public Procurement: Legislative History of the 'Remedies' Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC*, Ed. J.M. Hebly, The Netherlands 2011, p. 358.

en su relación con la UE, lo que no resulta extraño al sistema de fuentes del Derecho internacional público, y que lleva a la regulación de acuerdos específicos entre terceros países y la UE.

- b) El segundo hito de la regulación en materia de contratación pública con terceros países es la aprobación del Acuerdo de Contratación Pública (ACP) de la Organización Mundial del Comercio, por medio de la “Decisión del Consejo (94/800/CE), de 22 de diciembre de 1994, relativa a la celebración en nombre de la Comunidad Europea, por lo que respecta a los temas de su competencia, de los acuerdos resultantes de las negociaciones multilaterales de la Ronda Uruguay (1986-1994)”.

La incorporación al ACP es muy relevante para la UE y el comercio con terceros países, ya que en dicho instrumento se acuerdan una serie de medidas destinadas a la regulación de un marco multilateral de contratación pública que sea efectivo para la liberalización y expansión del comercio internacional, bajo una serie de principios y prescripciones relativas a la no discriminación e igualdad de trato de los nacionales de cada parte respecto de los proveedores extranjeros; integridad y transparencia; eficacia y eficiencia en los procedimientos y los sistemas de contratación; entre otros.

- c) Un tercer hito identificable es la regulación de la nueva generación de directivas comunitarias en el orden de la contratación pública, donde se ha contemplado expresamente el tratamiento de las ofertas no-UE. Es así como en la propia Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública, contiene en su artículo 25 mención directa a las condiciones a las que se deben ajustar los contratos públicos en los que resulten aplicable el ACP u otros acuerdos internacionales, en cuyo caso: “...los poderes adjudicadores concederán a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de los signatarios de esos acuerdos un trato no menos favorable que el concedido a las obras, los suministros, los servicios y los operadores económicos de la Unión.”¹⁶
- d) El cuarto hito, y más reciente, se produjo en 2019 cuando la Comisión Europea dictó la Comunicación de la Comisión C(2019) 5494 final, que contiene el documento denominado “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE”, la que contiene una serie de recomendaciones y directrices para el acceso al mercado único europeo de proponentes provenientes de terceros países.

Dicho documento se encuadra en el interés de la UE de promover el mercado único europeo garantizando los principios rectores de la contratación pública, y al mismo tiempo proteger los intereses comerciales de sus miembros frente a terceros países que no siempre se encuentran sujetos a normas del mismo nivel de exigencia,

¹⁶ Similar disposición se encuentra contenida en el art. 43 de la Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales.

competencia y transparencia que las normas del ordenamiento jurídico comunitario, especialmente, tal como destaca el documentos, en el orden *medioambiental, social, laboral* o en lo referido al régimen de ayudas estatales o de subsidios o estímulos, que pueden llegar a producir desequilibrios en la relación de competencia entre operadores comunitarios con los no-UE.

No obstante las Directrices no reemplazan a los acuerdos internacionales específicos, si colaboran en su aplicación para que los poderes adjudicadores tengan en cuenta la participación de los terceros países a la hora de planificar los procedimientos de contratación, formular sus requisitos, efectuar las evaluaciones y, finalmente, adjudicar. Y, del mismo modo, todos los operadores económicos y poderes adjudicadores deben tener en cuenta que la aplicación de las recomendaciones, y en definitiva, de las normas reguladoras de la relación entre la UE y terceros países debe promover la igualdad de trato y la no discriminación en razón de nacionalidad, de modo que, tal como ha dicho la Comisión Europea, la aplicación de las normas de la UE se realice para que “...se garantice que los licitadores de la UE y los de terceros países apliquen las mismas normas y requisitos, o normas y requisitos equivalentes.”¹⁷

Los ejes principales de estas Directrices son:

- i. Apertura y acceso al mercado único de licitadores extranjeros, donde se debe distinguir la calidad del país no-UE, ya que únicamente son los licitadores nacionales de países con los que la Unión tiene suscritos acuerdos que regulen específicamente lo relativo a la contratación pública, los que podrán acceder en igualdad de condiciones al mercado comunitario (con excepción de contratos relacionados a defensa y seguridad), pudiendo excluirse a operadores de países con los que no exista una regulación específica;
- ii. Especial atención respecto de ofertas que contengan precios anormalmente bajos;
- iii. Contratación estratégica y de calidad, poniendo de relieve la necesidad de que los compradores públicos lleven adelante procedimientos y contratos que realcen el lugar de la contratación de innovación, la contratación ecológica, y la contratación socialmente responsable, frente a los cual los operadores no-UE deberán adaptarse para poder competir en el mercado único europeo.

2. El Acuerdo de Asociación entre la UE y Chile

La Unión Europea y Chile suscribieron un Acuerdo de Asociación (AA) que entró en vigor en el año 2003, el que tiene entre otros objetivos promover y aumentar la cooperación económica entre las partes mediante la apertura de sus mercados. En dicho sentido es que se abordan importantes materias que regulan cuestiones sobre

¹⁷ Comunicación de la Comisión C(2019) 5494 final, “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE”, n° 6.

comercio, trata disposiciones generales, libre circulación de mercancías, comercio de servicios y derecho de establecimiento, contratación pública, competencia, solución de controversias, entre otras.

La Unión Europea se ha transformado en el tercer socio comercial de Chile, tras los China y los Estados Unidos de América, posicionándola como un actor estratégico para el desarrollo de la economía del país, duplicándose el intercambio comercial desde el 2003 con un monto de US\$ 8.399 millones, a US\$ 19.890 millones durante el 2018¹⁸, todo lo que se evidencia en el volumen de inversión directa de capitales chilenos en la UE, tal como se aprecia en la siguiente tabla:

**Inversión chilena directa en países
de la unión europea 1990 – diciembre 2019**

País	Inversión chilena directa (US\$ millones)	Participación (%)
Alemania	1.507	24,6
España	1.196	19,6
Croacia	1.006	16,4
Belgica	938	15,3
Francia	909	14,9
Inglaterra	367	6,0
Dinamarca	93	1,5
Malta	38	0,6
Italia	35	0,6
Portugal	6	0,1
Suecia	5	0,1
Otros*	16	0,3
TOTAL UE	6.117	100,0

* OTROS incluyen a Austria, Chipre, Estonia , Finlandia, Luxemburgo, Rep. Checa y Rumania, países en los que se conoce de la presencia de emprendimientos chilenos, pero no se conocen montos de inversión.

Fuente: Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Presencia de inversiones directas de capitales chilenos en Países de la unión europea 1990 – diciembre 2019, https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/punto-nacional-de-contacto/032_06_presencia-id-cl-en-ue-1990-dic2019.pdf?sfvrsn=be3c4dfb_1

Uno de los más importantes aspectos desarrollados en la cooperación e intercambio de las partes ha sido la contratación pública, la que ha alcanzado un importante aumento en los últimos años, todo ello dentro del ámbito de acción del propio Acuerdo de Asociación, el que aborda en forma específica a la contratación pública, en el Título IV, denominado *Contratación Pública*.

¹⁸ SICE, Política Comercial: Novedades, Chile–Union Europea, http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_EU/CHL_EU_s.ASP

El AA considera a la contratación pública como “Cualquier forma de contratación de bienes o servicios, o una combinación de ambos, incluidas las obras realizadas por entidades públicas de las Partes con propósitos gubernamentales”, de modo que da cobertura amplia a las relaciones entre la UE y Chile en lo referido al intercambio en contratación pública, asegurándose la apertura efectiva y recíproca de los mercados de contratación pública. Para ello, acuerdan una serie de medidas aplicables a toda norma, procedimiento y práctica en toda contratación realiza por las entidades de las partes, ya sea de mercancías y servicios, incluidas las obras públicas¹⁹.

2.1. Regulaciones específicas del AA en contratación pública

- a) Trato nacional y no discriminación: Se establece que cada Parte se obliga a establecer un marco normativo, legal y administrativo, que asegure que las contrataciones públicas de su territorio se realicen en forma transparente, razonable y no discriminatoria, de modo que los poder adjudicadores no otorguen un trato diferente ni menos favorable a los bienes, servicios o proveedores nacionales de la otra parte, con el objetivo de asegurar el principio de igualdad, lo que favorecerá la competencia y la concurrencia de los interesados.
- b) Apertura de concurrencia y competencia: El AA incorpora entre sus disposiciones un mandato a las partes relativo a la simplificación de los requisitos y condiciones para participar en un procedimiento de contratación pública que convoque un poder adjudicador de alguna de las partes, disponiéndose que las condiciones exigidas deberán limitar a aquellas que sean esenciales para asegurar que el interesado tenga la capacidad de cumplir con las obligaciones derivadas de la ejecución del contrato.
- c) Requisitos de experiencia en el territorio de la otra parte: En el mismo sentido anterior, el Acuerdo garantiza que no podrá exigirse a un nacional de la otra parte experiencia previa en el territorio del convocante al procedimiento de contratación pública, ni contar con contratos previos adjudicados, a efectos de asegurar la apertura del mercado y no poder establecer preferencias nacionales que se pretendan fijar por medio de este tipo de requisitos.
- d) Prohibición de fijar condiciones compensatorias especiales y preferencias nacionales: El Acuerdo contempla que cada parte deberá asegurar que las normas y procedimientos de evaluación de ofertas, la selección de bienes, servicios y proveedores, y la adjudicación de los contratos, se efectúen sin establecer condiciones más favorables, medidas compensatorias ni condiciones preferentes

¹⁹ El caso de los contratos de concesión de obras públicas recibe una regulación especial que se encuentra tratada se encuentran cubiertas por el Acuerdo, con particularidades que se encuentran tratadas en el Anexo XIII.

a sus nacionales, ya que ello implicaría una vulneración grave a los fundamentos del AA.

- e) Promoción de las medidas de transparencia como eje de las relaciones entre las partes: Cada Parte deberá publicar sin demora cualquier ley, reglamento, decisiones judiciales y normas administrativas de aplicación general y procedimiento, relativas a las contrataciones públicas mediante su inserción en las publicaciones pertinentes, incluidos los medios electrónicos designados oficialmente.

Un importante aspecto de accesibilidad a los mercados es el que considerada como una obligación para cada parte la difusión de las oportunidades de negocios públicos que se emitan por medio de licitaciones públicas, debiéndose proporcionar de manera completa y suficiente el contenido de los concursos a efectos de permitir la mayor competencia posible, especialmente de micro, pequeñas y medianas empresas.

- f) Plazos de presentación de ofertas: La entidades adjudicadoras deberán considerar al momento de convocar a un concurso público plazos para la recepción de ofertas que permitan a posibles oferentes de la otra parte, preparar y presentar ofertas, considerando especialmente dentro de los factores que regulan el procedimiento la complejidad de la propia contratación y, a partir de ello, establecer los plazos prudentes que permitan a los nacionales de la otra parte, preparar y formular sus ofertas desde el extranjero.

3. Participación de pymes en el mercado de contratación pública

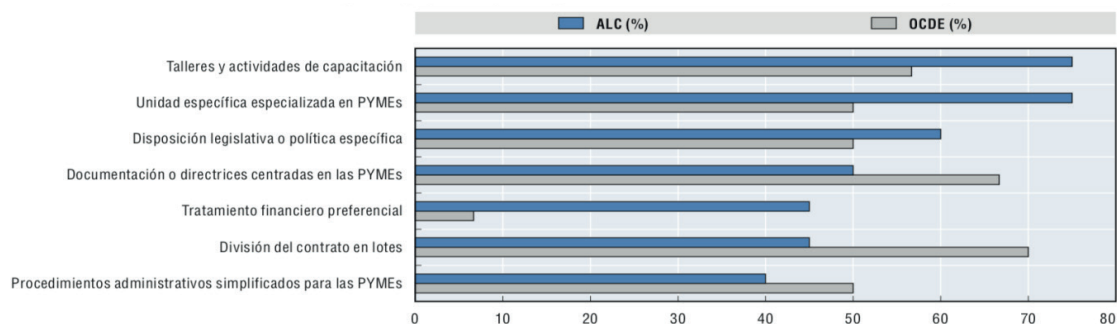
Tal como ha sostenido la Comisión Europea²⁰, los acuerdos comerciales en el orden internacional relativo a las pymes suelen perseguir la internacionalización de las mismas producto de la relevancia que dichas empresas tienen en los mercados de trabajo nacionales, en materia de productividad y la vinculación territorial que las pequeñas y medianas empresas pueden alcanzar con otros territorios extranjeros, lo que aumenta el intercambio no solo empresarial sino que también social, político, cultural, entre otros, que son objetivos perseguidos también por el propio AA entre Chile y la UE.

La consideración de la participación de las pymes como un objetivo estratégico de la nueva contratación pública debe acompañarse de medidas e incentivos que permitan la creación de empresas y que promuevan el emprendimiento, sin que impliquen medidas anticompetitivas frente a nacionales de otros estados. El Estado, como principal motor de la economía debe abrir las puertas de las oportunidades de negocios para que las pymes sean efectivamente competitivas frente a las empresas de mayor tamaño que no experimentan las dificultades básicas para una empresa,

²⁰ European Commission, *Ex-ante Study of a Possible Modernisation of the EU-Chile Association Agreement Final Report*, 2017, p. 205.

desde el financiamiento inicial, pasando por las barreras burocráticas para comenzar las operaciones, hasta las rígidas exigencias que existen en algunos procesos licitatorios para acreditar solvencia u otros requisitos que no resultan esenciales ni se vinculan con el objeto de la contratación.

La OCDE²¹ ha recopilado las principales iniciativas que los diversos estados realizan en materia de apoyo a las pymes en América Latina y el Caribe, donde es posible identificar por una línea de capacitación y apoyo a este tipo de empresas; una segunda línea relativa a políticas específicas para el apoyo financiero y regulación específicas; y, una tercera línea de apoyo que dice relación con procedimientos específicos que tienen a potenciar el rol de las pymes en la contratación.



Iniciativas establecidas para apoyar la participación de las PYME en la contratación pública, 2018

Fuente: OCDE BID (2018 y 2015), Encuestas Contratación Pública, <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/5623a-414-es/index.html?itemId=/content/component/5623a414-es#fig-10.5>

A mi juicio, ninguna de las medidas indicadas afectaría, al menos en las declaraciones genéricas evidenciadas, la igualdad y la no discriminación en razón de nacionalidad, al no generarse medidas de apoyo que generen desequilibrios en la competencia producto de apoyos especiales a los proveedores nacionales, ya que todo tipo de medidas en ese sentido vulnerarían las disposiciones del AA o de otros instrumentos internacionales similares.

3.1. Las pymes y Acuerdo de Asociación UE-Chile

El AA de 2003 contiene mínimas referencias a las pymes, las que se contienen en el art. 19, bajo el título “Cooperación en el sector de las pequeñas y medianas empresas”. Las partes contemplaron únicamente referencias relativas a buenas practicas,

²¹ OECD, *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*, Paris 2020, <https://doi.org/10.1787/1256b68d-es>.

mediante la promoción de “un ambiente favorable para el desarrollo de las pequeñas y medianas empresas”, sin que se previeran medidas concretas.

Es en dicho marco que una de las principales demandas de los sectores de las pymes es la modernización del AA, donde se contemplen medidas concretas, que comprometan a las partes para fomentar, promover y favorecer la participación de las pymes en los mercados conjuntos, especialmente en el ámbito de la contratación pública.

3.2. Medidas de modernización contempladas para el AA

Actualmente, la UE y Chile se encuentra avanzando en la modernización del pilar comercial del AA de 2003, para lo cual se han celebrado ocho rondas de negociaciones hasta enero de 2021. En dichas rondas se han abordado diversas materias relativas a las pymes.

En dicho marco es que la Comisión Europea en 2017 identificó, en un estudio realizado en 2017²², como uno de los ejes críticos para la modernización del AA la necesidad de introducir modificaciones en el Acuerdo para brindar mayores oportunidades a las pymes de la UE como las chilenas, atendida la falta de mecanismos específicos y sobre todo vinculantes para el desarrollo y participación de las pymes en los mercados de las partes.

Principalmente, se ha logrado identificar externalidades positivas para las pymes chilenas, ya que tal como sostiene el Informe²³, los tres subsectores (frutas, verduras y frutos secos, bebidas y tabaco y otros productos alimenticios) que han experimentado un mayor aumento de valores en sus exportaciones desde Chile son al mismo tiempo aquellos que representan el mayor número de participación de pequeñas y medianas empresas, por lo que para las pymes de Chile el acceso al mercado único europeo es extraordinariamente importante, las que representan un 40% de participación del total de exportadores de Chile a la UE²⁴.

No obstante lo anterior, no existen datos sobre la participación de pymes chilenas en procedimientos de contratación pública convocados por administración públicas de la UE, lo que pone como desafío principal la obtención de información sobre la materia.

En la quinta ronda de negociaciones del pilar comercial celebrada en el mes de julio de 2019, las partes dieron por concluidas las negociaciones técnicas respecto del capítulo de pequeñas y medianas empresas.

²² European Commission, *Ex-ante Study of a Possible Modernisation...*

²³ *Ibidem* p. 193 y ss.

²⁴ European Parliamentary Research Service. *Modernisation of the trade pillar of the EU-Chile Association Agreement*. PE 630.278 – November 2018. 8.

Según la información pública disponible²⁵, el acuerdo de modernización alcanzado considera la creación de un capítulo específico para las pymes, el que comienza con la siguiente declaración: “Las Partes reconocen la importancia de las pymes en las relaciones comerciales bilaterales a través de este capítulo, así como a través de otras disposiciones de este Acuerdo que pueden ser especialmente beneficioso para las pymes.” De mismo modo, se considera la creación de un portal electrónico para dichas empresas puedan acceder a los términos y beneficios del AA y a una base de datos que contenga los principales elementos facilitadores para la exportación de productos, además de señalarse que se establecerán puntos de contacto para la administración y facilitación del Acuerdo.

El punto más destacado en el ámbito de la contratación pública y las pymes es que se considera que en el portal electrónico de pymes se deberán publicar: “normas de contratación pública, una base de datos que contenga anuncios de contratación pública y otra información pertinente sobre las oportunidades de contratación pública”, todo lo que representa un extraordinario avance en las relaciones comerciales entre las UE y Chile, al avanzar en la contratación pública electrónica, lo que dotará de mayor apertura al sistema, incrementará las posibilidades de negocios de pymes en el ámbito público y dará mayor transparencia a las contrataciones.

4. Desafíos en el marco del comercio internacional para las pymes

La era digital tiene como beneficios poner a disposición de todos aquellos interesados la posibilidad de acceder en forma rápida y ágil a los contenidos de las plataformas digital, especialmente en materia de posibilidades de negocios con la administración pública.

Es sabido que en la contratación pública la digitalización y la transparencia juegan un papel central para un sistema democrático, ya que permiten, por una parte, dar materialidad al principio de publicidad, con el objetivo de que puedan participar la mayor cantidad de oferentes posibles, mejorar la competencia y las posibilidades de obtener mejores ofertas en su relación calidad-precio y, por otra parte, controlar las actuaciones de la administración pública, a fin de verificar que su comportamiento se ajuste a la ley y sus actuaciones sean imparciales y objetivas.

Ahora bien, para el caso de las pymes y el desarrollo de la era digital, no todo es necesariamente una ventaja, ya que tal como ha puesto de manifiesto la Organi-

²⁵ Acta reunión informativa cuarto adjunto, negociación modernización Acuerdo De Asociación Chile – Unión Europea, viernes 23 de agosto de 2019. Disponible en: https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos/acta-cuarto-adjunto-v-ronda-cl-ue-23-agosto.pdf?sfvrsn=8d21d3ac_2. Consulta: 14 de marzo de 2021; EU-Chile Free Trade Agreement. EU textual proposal small and medium-sized enterprises (SMEs), https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156590.pdf. Consulta: 15 de marzo de 2021.

zación Mundial del Comercio, adicionalmente a las externalidades positivas de la economía digital, también se producen problemas, tales “...como la financiación inicial, la conectividad, la retención de talentos y aptitudes, la adquisición y el almacenamiento de datos, la intimidad y otras cuestiones relacionadas con los datos.”²⁶

Dicha alerta es un punto muy relevante a la hora de tener en cuenta cuales son las medidas e incentivos para la participación de las pymes en los mercados de contratación pública internacional, especialmente para el acceso dentro del propio mercado común europeo y con mayor razón, producto de las mayores dificultades, en los mercados creados por los acuerdos de libre comercio que contemplan capítulos de contratación pública.

Una reflexión final, en torno al rol de la pymes y la situación sanitaria producto de la grave pandemia de la COVID-19, es que la afectación sobre las pequeñas y medianas empresas ha sido devastadora²⁷, por lo que urge que los estados adopten medidas de salvataje económico directo pero además medidas que promuevan la competitividad de las empresas, de modo de buscar oportunidades en la crisis que experimentamos como sociedad global.

Una experiencia relevante en el sentido de promover la competitividad durante esta crisis ha sido la adoptada por la Dirección de Compras y Contratación Pública de Chile, conocida como ChileCompra, la que ha dictado, mediante la Directiva N° 34²⁸, que contiene una serie de recomendaciones a los organismos públicos respecto de las medidas que van en directo beneficio de los potenciales proveedores del Estado con motivo de la pandemia²⁹.

En dicha Directiva N° 34 se exhorta a los organismos de la Administración del Estado de Chile a establecer en las bases de licitación o pliegos de condiciones, por una parte, la exigencia de garantías únicamente en casos estrictamente necesarios y, por otra, que *los montos exigidos sean razonables*, con especial consideración al *real riesgo de incumplimiento* por parte de un proveedor.

Estas medidas han sido adoptadas para promover la participación de micros y pequeñas empresas, a modo de facilitar el acceso a financiamiento por parte de instituciones financieras, sobre todo producto de la falta de liquidez que la crisis

²⁶ Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el comercio mundial 2020. Políticas gubernamentales para promover la innovación en la era digital*, 2020, pp. 30–31.

²⁷ En España la mitad de las pymes considera que producto de la crisis sanitaria su existencia se puede ver comprometida. Véase: G.R. Pérez, *La mitad de las pymes ve en riesgo su supervivencia por la crisis del coronavirus*, El País, 19.10.2020, <https://elpais.com/economia/2020-10-19/la-mitad-de-las-pymes-ve-en-riesgo-su-supervivencia-por-la-crisis-del-coronavirus.html>.

²⁸ Directiva N°34 “Recomendaciones sobre Contratación Pública para Órganos Compradores, con motivo de la pandemia del virus COVID-19”, Resolución 327-B. 13 de abril 2020. Dirección de Contratación y Compras Públicas de Chile.

²⁹ Para un mayor detalla sobre las directivas de Chile Compra en Pandemia, véase: E. Díaz Bravo, *Directivas de Compras Públicas de emergencia por la pandemia COVID-19 en Chile. Cuadernos Técnicos Emergencia Sanitaria por COVID-19, “Contratación pública”* 2020, n° 28, UNAM, México.

de salud pública ha provocado en el mercado de la contratación pública, las que no solo benefician a los proveedores chilenos, sino que también a las pequeñas y medianas empresas de la Unión Europea, alcanzándose uno de los objetivos del AA, abrir los mercados, promover la competencia y facilitar al acceso a las pymes sobre todo en momentos de crisis.

Streszczenie / Resumen extenso

Dostęp MŚP do międzynarodowych rynków zamówień publicznych w ramach stosunków Unia Europejska – Chile

Współpraca przy projekcie „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w jednolitym rynku cyfrowym (zielone technologie)” obejmuje analizę regulacji jednolitego rynku europejskiego oraz regulacji zawartych w Układzie o stowarzyszeniu pomiędzy Chile a Unią Europejską. W rozdziale omówiono ramy regulacyjne wymiany handlowej Unii Europejskiej z zainteresowanymi stronami i oferentami z państw trzecich, a także najważniejsze aktualne kwestie, które pozwalają zobrazować rozwój europejskiej struktury prawnej w odniesieniu do obywateli państw spoza UE w zamówieniach publicznych.

Jednym z głównych uczestników handlu międzynarodowego jest Unia Europejska, zwana dalej UE, która opracowała istotne ramy regulacyjne dotyczące zamówień publicznych, dzięki którym posiada jeden z najbardziej otwartych, dostępnych, konkurencyjnych i przejrzystych rynków na świecie. Tym samym system prawny UE jest wyposażony w szerokie gwarancje prawne mające na celu ochronę praw i interesów zarówno organów administracji publicznej, jak i obywateli oraz przedsiębiorstw, które uczestniczą w procesach udzielania zamówień publicznych. Przewidziano również środki mające na celu zapewnienie jak największej stabilności, bezpieczeństwa i przewidywalności prawnej inwestycji, a także mechanizmy gwarantujące integralność procedur w celu uniknięcia zjawiska korupcji.

Mając jednak na uwadze znaczenie dyscypliny zamówień publicznych oraz trudności w tworzeniu otwartych, konkurencyjnych i przejrzystych rynków, nawet w ponadnarodowych przestrzeniach o wysokim rozwoju technicznym i regulacyjnym, takich jak UE, badanie handlu międzynarodowego poza granicami UE lub w ramach wspólnego rynku europejskiego, ale z uczestnikami spoza Wspólnoty Europejskiej, wiąże się z pewnymi obawami, trudnościami i wyzwaniem.

W tym kontekście różne instrumenty międzynarodowe wypracowały znaczący dorobek prawny, który zdołał nakreślić zespół regulacji na poziomie globalnym w dyscyplinie, którą zajmujemy się w tym opracowaniu. Na szczególną uwagę zasługują porozumienie w sprawie zamówień publicznych Światowej Organizacji Handlu oraz ustawa modelowa o zamówieniach publicznych UNCITRAL, stanowią-

ce siłę napędową w dziedzinie zamówień publicznych. Niemniej jednak regulacje wielostronne nie osiągnęły pewnego rodzaju obligatoryjności między stronami, ze względu na ich charakter *soft law*, a przynajmniej w ich materialnym zastosowaniu, zauważalna jest znaczna słabość tych regulacji międzynarodowych.

W związku z tym, a także ze względu na potrzebę ochrony przez UE interesów państw członkowskich i ich obywateli oraz zagwarantowania równych stosunków z państwami trzecimi w celu promowania międzynarodowego handlu w zakresie międzynarodowych zamówień publicznych, zawarto liczne umowy o wolnym handlu, które są zgodne z zasadami przejrzystości, równego traktowania i niedyskryminacji.

Tradycyjnie w UE istnieje obawa instytucji europejskich odnośnie do regulowania stosunków w zakresie zamówień publicznych z krajami spoza Unii. W związku z tym w 2019 r. Komisja Europejska wydała Komunikat Komisji C (2019) 5494 final zawierający dokument pt. „Wytyczne dotyczące udziału oferentów z państw trzecich w unijnym rynku zamówień publicznych oraz wprowadzania na ten rynek towarów z państw trzecich”, w którym zawarto liczne zalecenia i wytyczne dotyczące dostępu do jednolitego rynku europejskiego dla wnioskodawców z państw trzecich.

Głównymi osiami tych wytycznych są: i. Otwarcie i dostęp do jednolitego rynku dla oferentów zagranicznych; ii. Zwrócenie szczególnej uwagi na rażąco niskie oferty; oraz iii. Strategiczne i jakościowe zamówienia. Podkreśla się potrzebę wykonywania przez podmioty zamawiające umów, które zwiększają m.in. innowacyjność zamówień, zamówienia ekologiczne i zamówienia odpowiedzialne społecznie.

Unia Europejska i Chile podpisały układ o stowarzyszeniu (*hiszp.* AA), który wszedł w życie w 2003 roku, a którego celem jest między innymi promowanie i zwiększenie współpracy gospodarczej między stronami poprzez otwarcie ich rynków. Jednym z najważniejszych aspektów współpracy i wymiany między stronami były zamówienia publiczne, których liczba znacznie wzrosła w ostatnich latach, a wszystko to w ramach zakresu działania Układu o stowarzyszeniu, który w Tytule IV „Zamówienia publiczne” odnosi się szczególnie do zamówień publicznych.

Układ o stowarzyszeniu traktuje zamówienia publiczne jako „dowolny rodzaj zamówienia na towary, usługi lub ich kombinacje, włączając roboty budowlane prowadzone przez podmioty publiczne Stron do celów rządowych”, tak aby objąć szerokim zakresem stosunki między UE a Chile w zakresie wymiany w ramach zamówień publicznych, zapewniając skuteczne i wzajemne otwarcie rynków zamówień publicznych. W tym celu strony uzgadniają środki mające zastosowanie do wszystkich norm, procedur i praktyk w zakresie wszystkich zamówień publicznych przeprowadzanych przez podmioty stron zarówno w odniesieniu do towarów, jak i usług, w tym robót publicznych.

Układ o stowarzyszeniu uznaje szczegółowe regulacje dotyczące zamówień publicznych – takie jak: zasady traktowania narodowego i niedyskryminacji; otwartość w zakresie konkurencji; wymogi dotyczące doświadczenia na terytorium drugiej

strony; zakaz ustalania specjalnych warunków wyrównawczych i preferencji krajowych; promowanie środków przejrzystości – za podstawy stosunków między stronami oraz terminy składania ofert.

Uznaniu udziału MŚP za strategiczny cel nowych zamówień publicznych powinny towarzyszyć środki i zachęty pozwalające na tworzenie przedsiębiorstw i promowanie przedsiębiorczości, bez zaangażowania środków antykonkurencyjnych wobec obywateli innych państw. Państwo, jako główny motor napędowy gospodarki, musi otworzyć drzwi możliwości biznesowych, tak aby MŚP były skutecznie konkurencyjne w stosunku do większych przedsiębiorstw, które nie doświadczają podstawowych trudności związanych z prowadzeniem działalności, począwszy od początkowego finansowania poprzez bariery biurokratyczne związane z rozpoczęciem działalności aż po sztywne wymogi, które istnieją w niektórych procesach przetargowych, dotyczące potwierdzenia wypłacalności lub innych wymogów, które nie są niezbędne lub związane z celem zamówienia.

Organizacja Współpracy Gospodarczej i Rozwoju zebrała główne inicjatywy, które poszczególne państwa realizują w zakresie wsparcia dla MŚP w Ameryce Łacińskiej i na Karaibach, wśród których można wyodrębnić trzy linie: jedna dotyczy szkoleń i wsparcia dla tego typu przedsiębiorstw; druga jest związana ze szczególną polityką w zakresie wsparcia finansowego i szczególnych regulacji, a trzecia – linia wsparcia – jest związana z konkretnymi procedurami, które mają na celu zwiększenie roli MŚP w zamówieniach publicznych.

Obecnie UE i Chile czynią postępy w modernizacji filaru handlowego układu o stowarzyszeniu z 2003 roku, w sprawie którego do stycznia 2021 roku przeprowadzono osiem rund negocjacji. W piątej rundzie, która odbyła się w lipcu 2019 roku, strony zakończyły negocjacje techniczne w sprawie nowego rozdziału dotyczącego małych i średnich przedsiębiorstw.

Zgodnie z publicznie dostępnymi informacjami, w osiągniętym porozumieniu modernizacyjnym rozważa się utworzenie specjalnego rozdziału dla MŚP, będącego m.in. najbardziej znaczącym punktem w dziedzinie zamówień publicznych i MŚP. Uważa się, że na e-portalu MŚP należy opublikować: „przepisy dotyczące zamówień publicznych, bazę danych zawierającą ogłoszenia o zamówieniach publicznych oraz inne istotne informacje na temat możliwości udzielania zamówień publicznych”. Przyspieszy to rozwój stosunków handlowych między UE a Chile, dzięki postępom w zakresie elektronicznych zamówień publicznych, co zapewni większą otwartość systemu, zwiększy możliwości biznesowe dla MŚP w sferze publicznej i zapewni większą przejrzystość zamówień.

W zamówieniach publicznych cyfryzacja i przejrzystość w systemie demokratycznym odgrywają kluczową rolę, ponieważ umożliwiają z jednej strony urzeczywistnienie zasady jawności w celu dopuszczenia do udziału jak największej liczby oferentów, zwiększenia konkurencji i możliwości uzyskania lepszych ofert pod względem stosunku jakości do ceny, a z drugiej strony kontrolę działań admini-

stracji publicznej w celu sprawdzenia, czy jej postępowanie jest zgodne z prawem, a działania są bezstronne i obiektywne.

W wypadku MŚP i rozwoju ery cyfrowej niekoniecznie wszystko jest zaletą, ponieważ, jak podkreśliła Światowa Organizacja Handlu, oprócz pozytywnego oddziaływania gospodarki cyfrowej istnieją również wyzwania, takie jak „finansowanie początkowe, łączność, zatrzymywanie talentów i umiejętności, pozyskiwanie i przechowywanie danych, prywatność i inne kwestie związane z danymi”. Ostrzeżenie to jest bardzo istotnym punktem, jeżeli weźmiemy pod uwagę środki, zachęty i promocję udziału MŚP w międzynarodowych rynkach zamówień publicznych, zwłaszcza w zakresie dostępu w ramach wspólnego rynku europejskiego, a tym bardziej ze względu na większe trudności na rynkach utworzonych na mocy umów o wolnym handlu, które zawierają rozdziały dotyczące zamówień publicznych.

Istotnym doświadczeniem, w sensie promowania konkurencyjności w czasie kryzysu, jest doświadczenie przyjęte przez Dyрекcję Zamówień Publicznych i Kontraktowania Chile, znaną jako ChileCompra, która wydała, na mocy Dyrektywy nr 34, liczne zalecenia dla organów publicznych dotyczące środków, które stanowią bezpośrednią korzyść dla potencjalnych dostawców Państwa w związku z pandemią. Wspomniana dyrektywa wzywa chilijskie organy administracji państwowej do ustanowienia w warunkach przetargowych lub specyfikacjach z jednej strony wymogu gwarancji jedynie w ściśle niezbędnych przypadkach, a z drugiej strony, aby *wymagane kwoty były rozsądne, ze szczególnym uwzględnieniem rzeczywistego ryzyka niespełnienia [warunków] przez dostawcę.*

Środki te zostały przyjęte w celu promowania udziału mikroprzedsiębiorstw i małych przedsiębiorstw, aby ułatwić dostęp do finansowania przez instytucje finansowe, zwłaszcza ze względu na brak płynności spowodowany kryzysem w sektorze zdrowia publicznego na rynku zamówień publicznych, co przynosi korzyści nie tylko dostawcom chilijskim, ale także małym i średnim przedsiębiorstwom w Unii Europejskiej, realizując jeden z celów układu o stowarzyszeniu, którym jest otwarcie rynków, promowanie konkurencji i ułatwianie dostępu do MŚP, zwłaszcza w czasach kryzysu.

Bibliografía

- Cancino Gómez R., López Olvera M., *La contratación pública*, Madrid 2019.
- Comunicación de la Comisión C(2019) 5494 final, “Directrices sobre la participación de licitadores y bienes de terceros países en el mercado de contratación pública de la UE”.
- Díaz Bravo E., *Directivas de Compras Públicas de emergencia por la pandemia COVID-19 en Chile. Cuadernos Técnicos Emergencia Sanitaria por COVID-19*, „Contratación pública” 2020, n° 28, UNAM, México.
- Díaz Bravo E., *El recurso en materia de contratación pública en el Derecho europeo y su aplicación en España*, Valencia 2019.
- Díaz Bravo E., *El sistema de recursos en la contratación pública italiana: procedimientos y control de litigiosidad*, „Revista General de Derecho Administrativo” 2020, n° 54.

- Directiva 2014/23/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la adjudicación de contratos de concesión.
- Directiva 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014, sobre contratación pública y por la que se deroga la Directiva 2004/18/CE.
- Directiva 2014/25/UE, de 26 de febrero de 2014, relativa a la contratación por entidades que operan en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales y por la que se deroga la Directiva 2004/17/CE.
- EU-Chile Free Trade Agreement. EU textual proposal small and medium-sized enterprises (SMEs), https://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2018/february/tradoc_156590.pdf. Consulta: 15 de marzo de 2021.
- European Commission, *Ex-ante Study of a Possible Modernisation of the EU-Chile Association Agreement Final Report*, 2017.
- European Parliamentary Research Service, *Modernisation of the trade pillar of the EU-Chile Association Agreement*, PE 630.278 – November 2018.
- European Public Procurement: Legislative History of the 'Remedies' Directives 89/665/EEC and 92/13/EEC*, ed. J.M. Hebly, The Netherlands 2011.
- Hafsa F., Darnall N., Bretschneider S., *Estimating the true size of public procurement to assess sustainability impact*, „Sustainability” 2021, vol. 13, iss. 3, p. 1448, <https://doi.org/10.3390/su13031448>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, Acta reunión informativa cuarto adjunto, negociación modernización Acuerdo De Asociación Chile – Unión Europea, viernes 23 de agosto de 2019, https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/acuerdos-comerciales/acuerdos-en-negociacion-y-suscritos/acta-cuarto-adjunto-v-ronda-cl-ue-23-agosto.pdf?sfvrsn=8d21d3ac_2.
- Ministerio de Relaciones Exteriores de Chile, *Presencia de inversiones directas de capitales chilenos en Países de la unión europea 1990 – diciembre 2019*, https://www.subrei.gob.cl/docs/default-source/punto-nacional-de-contacto/032_06_presencia-id-cl-en-ue-1990-dic2019.pdf?sfvrsn=be3c4dfb_1.
- Miranzo Díaz J., *La prevención de la corrupción en la contratación pública*, Madrid 2019.
- Moreno Molina J.A., *Contratos públicos: Derecho comunitario y derecho español*, McGraw-Hill Interamericana de España, 1996. <http://dialnet.unirioja.es/servlet/xtlib?codigo=55127>.
- Moreno Molina J.A., *Principios generales Del Derecho de la contratación pública internacional*, en *Contratación pública global: Visiones comparadas*, dir. E. Díaz Bravo, J.A. Moreno Molina, Valencia 2020, pp. 19–42.
- Moreno Molina J.A., Cancino Gómez R., *La Contratación Pública Internacional. Unión Europea – México*. 1ra ed. Oxford 2018.
- OECD, *Contratación pública*, <http://www.oecd.org/gov/contratacion-publica/>.
- OECD, *Panorama de las Administraciones Públicas América Latina y el Caribe 2020*, Paris 2020, <https://doi.org/10.1787/1256b68d-es>.
- Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el comercio mundial 2020. Políticas gubernamentales para promover la innovación en la era digital*, 2020.
- Pérez G.R., *La mitad de las pymes ve en riesgo su supervivencia por la crisis del coronavirus*, El País, 19.10.2020, <https://elpais.com/economia/2020-10-19/la-mitad-de-las-pymes-ve-en-riesgo-su-supervivencia-por-la-crisis-del-coronavirus.html>.
- Public Procurement Indicators 2017. DG GROW, G – Single Market for Public Administration. G4 – Innovative and eProcurement. July 9, 2019.
- Rodríguez-Arana J., *Los principios del Derecho Global de la contratación pública*, en *Estudios de Derecho administrativo. El Derecho administrativo iberoamericano, innovación y reforma. Libro homenaje al profesor Juan Carlos Cassagne*, dir. J.C. Morón Urbina, J.D. Ordóñez, Lima 2018, pp. 461–485.
- Sánchez Graells A., *Competititon Law and Public Procurement*, en *Contratación Pública Global: Visiones Comparadas*, eds. E. Díaz Bravo, J.A. Moreno Molina, pp. 111–139, Valencia: 2020.
- SICE, *Política Comercial: Novedades, Chile–Union Europea*, http://www.sice.oas.org/TPD/CHL_EU/CHL_EU_s.ASP.

Wnioski z badań

Neutralność klimatyczna i przywództwo cyfrowe są priorytetami „Nowej strategii przemysłowej dla Europy”. Przeciwdziałanie zmianom klimatu i sprostanie wyzwaniom wynikającym z cyfryzacji, zgodnie z Europejskim Zielonym Ładem (*The European Green Deal*) oraz strategią „Kształtowanie cyfrowej przyszłości Europy” (*The Strategy on Shaping Europe's Digital Future*), to cele współzależne, a zasadniczą rolę w ich osiągnięciu odgrywa rozwój jednolitego rynku cyfrowego. Zgodnie z „Nową strategią przemysłową dla Europy” rozwój sektora cyfrowego ma bezpośredni wpływ na powstanie nowych zielonych technologii. Jednocześnie wskazuje się, że bariery w korzystaniu z jednolitego rynku cyfrowego dotyczą w głównej mierze małych i średnich przedsiębiorstw (*Identifying and addressing barriers to the Single Market*¹). Biorąc pod uwagę, że są one dominującą grupą podmiotów aktywnie funkcjonujących w gospodarce, ich działania i nakłady na innowacje mają bezpośrednie przełożenie na funkcjonowanie rynku.

Celem projektu była identyfikacja barier dla rozwoju MŚP i ich uczestnictwa w jednolitym rynku cyfrowym, których źródłem jest brak regulacji prawnych lub obowiązujące nieefektywne przepisy prawa, oraz propozycja środków przeciwdziałania zidentyfikowanym ograniczeniom, a także wskazanie stosowanych form wsparcia dla sektora MŚP. Badania przeprowadzono z uwzględnieniem takich obszarów jak polityka unijna i krajowa na rzecz wsparcia sektora MŚP, szczególnie w zakresie ich wejścia i funkcjonowania w ramach jednolitego rynku cyfrowego, fiskalne narzędzia wsparcia, zamówienia publiczne oraz cyberbezpieczeństwo. Analiza przepisów prawa unijnego i wybranych krajowych porządków prawnych oraz aktów polityki pozwoliła na przeprowadzenie oceny skuteczności istniejących narzędzi wsparcia, identyfikacji obszarów wymagających interwencji ustawodawcy oraz sformułowania propozycji *de lege ferenda* w zakresie skuteczniejszych działań na rzecz MŚP w wejściu na jednolity rynek cyfrowy.

¹ Commission Staff Working Document Business Journey on the Single Market: Practical Obstacles and Barriers Accompanying the Document Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the European Economic and Social Committee and the Committee of the Regions Identifying and Addressing Barriers to the Single Market, Swd/2020/54 Final.

Z prowadzonych badań wynika, że instrumenty prawne o charakterze wspierającym (motywującym) tworzą zespół zachęt do podejmowania określonej aktywności przez przedsiębiorców zgodnej z polityką rozwoju społeczno-gospodarczego. W konsekwencji, zdaniem *Katarzyny Kokocińskiej*, Unia Europejska i państwa członkowskie za pomocą zróżnicowanych instrumentów prawnych stymulują uczestników rynku do osiągnięcia przyjętych celów rozwoju społeczno-gospodarczego. Stosowane przez instytucje unijne bądź władze państwowe publiczne instrumenty wspierania ukierunkowują uczestników rynku na realizację celów motywowanych interesem publicznym. Uzasadnieniem tej sytuacji jest potrzeba osiągania strategicznych celów publicznych wynikających z aktualnej polityki publicznej.

Wśród postulatów co do zmian przepisów prawa odnoszących się do przedsiębiorczości *Katarzyna Kokocińska* podkreśla konieczność zmniejszenia obciążeń regulacyjnych, w tym procedur rejestracyjnych, znoszenia zakazów i nakazów między innymi w zakresie uzyskania zgód na podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej oraz konieczność przyjmowania rozwiązań ułatwiających MŚP dostęp do kapitału. Przeprowadzone analizy potwierdzają, że dostęp do finansowania jest niewątpliwie jedną z największych barier napotykaną przez MŚP przy realizacji inwestycji związanych z transformacją. Sektor MŚP ma większe trudności z pozyskaniem finansowania niż duże przedsiębiorstwa, co w sposób widoczny przekłada się na ich zaawansowanie technologiczne. Dlatego zdaniem *Konrada P. Słowinskiego* poprawa dostępu do finansowania wymaga podejścia, które łączy sprzyjające otoczenie regulacyjne, zharmonizowane finansowanie unijne i krajowe, a także dostęp do sieci przedsiębiorstw i inwestorów. Ułatwienie dostępu do źródeł finansowania umożliwi MŚP pozyskanie większej liczby instrumentów oraz alternatyw dla kredytu bankowego, powinno być dostosowane do różnych faz ich cyklu, od początkowych etapów do pełnego etapu ich rozwoju.

Jak wskazuje *Elizabeth Gil García*, wzmocnienia gospodarek państw członkowskich UE i zwiększenia ich odporności poprzez opracowanie bardziej zrównoważonych modeli biznesowych opartych na ekoinnowacjach wiąże się z przekształceniem lub zmianą sektora MŚP. Wśród instrumentów wsparcia rozwoju, które mogą być wykorzystywane do finansowania B+R+I (takich jak dotacje czy pożyczki udzielone przez współnika), istotne znaczenie mają zachęty podatkowe („koszty podatkowe”). Autorka, opowiadając się ostatecznie za systemem mieszanym (w wypadku Hiszpanii odliczenie, o którym mowa w art. 35 Ley del impuesto sobre sociedades [Ustawa o podatku dochodowym od osób prawnych], jest konfigurowane na zasadach systemu mieszanego, zakładającego stałą stawkę procentową w wysokości 25% wydatków na B+R w danym roku obrachunkowym oraz dodatkową stawkę procentową w wysokości 42% w wypadku wzrostu), przeanalizowała dwie opcje: odliczenie kwoty ustalonej na podstawie wielkości i kwoty ustalonej na podstawie wzrostu nakładów na B+R+I, wskazując zarówno ich zalety, jak i wady. W opracowaniu podkreślono

również kompatybilność między odliczeniem podatku a bonifikatami w zakresie składki na ubezpieczenie społeczne w odniesieniu do kadry badawczej dla MŚP, które uzyskują status innowatorów. Ponadto istotne jest, aby przyznawanie zachęt podatkowych nie było arbitralne lub nieskuteczne, zatem oprócz projektu zgodnego z uzasadnieniem podatkowym konieczne będzie przeprowadzenie kontroli zapewniającej efektywność wykorzystania wydatków publicznych. Ponadto przy stosowaniu formy wsparcia, którą jest zachęta podatkowa sprzyjająca niektórym podmiotom takim jak MŚP, należy środek pomocowy oceniać z punktu widzenia dopuszczalności jego udzielenia zgodnie z przepisem art. 107 TFUE.

W prowadzonych badaniach istotnym obszarem analizy były regulacje prawne odnoszące się do systemów certyfikacji cyberbezpieczeństwa w ramach jednolitego rynku cyfrowego. Jak trafnie wskazuje *Agnieszka Żywicka*, w warunkach gospodarki globalnej i wspólnego rynku wewnętrznego bez granic certyfikacja produktów jest podstawowym, a jednocześnie uniwersalnym narzędziem potwierdzania bezpieczeństwa i informowania o spełnianiu wymagań jakościowych i bezpieczeństwa dla większości wyrobów wprowadzanych do obrotu na rynku wewnętrznym UE. Wprowadzenie certyfikacji do ram prawnych jednolitego rynku cyfrowego wzmocniło bezpieczeństwo produktów, usług i procesów ICT stosowanych w transakcjach dokonywanych przez Internet. Dokonując oceny przyjętych programów certyfikacji cyberbezpieczeństwa, podkreśla się w niniejszym opracowaniu, że wprowadzone narzędzia spełniają wymóg adekwatności i sprzyjają znoszeniu ograniczeń w stosunku do produktów na jednolitym rynku cyfrowym oraz podnoszeniu poziomu zaufania do produktów cyfrowych, co wynika z powszechnej uznawalności certyfikatów i deklaracji na rynku wewnętrznym UE.

W tym nurcie pozostają rozważania *Jarosława Gresera*, którego zdaniem podstawowym środkiem, który ma prowadzić do realizacji priorytetów Unii Europejskiej, jest wykorzystanie potencjału cyfryzacji i technologii informacyjno-komunikacyjnych. Ze względu na ryzyko, które jest związane z korzystaniem z nich, pierwszoplanowa staje się problematyka cyberbezpieczeństwa, mająca szczególne znaczenie w odniesieniu do sektora MŚP. Stanowią one trzon gospodarki unijnej, a z drugiej strony są relatywnie łatwiejszym celem ataków niż duże przedsiębiorstwa. Analizując propozycje unijnych rozwiązań (instrumentów prawnych i pozaprawnych), w opracowaniu wskazano działania, które mają skutkować utworzeniem systemu odporności na ataki na tym samym poziomie we wszystkich państwach członkowskich. Podstawową rolę w tym zakresie odgrywa dyrektywa NIS. Ze względu na rozbieżności we wdrażaniu jej postanowień okazała się niewystarczająca do osiągnięcia tego celu, co spowodowało utworzenie się nowych barier w funkcjonowaniu jednolitego rynku cyfrowego. Ocena wniosku legislacyjnego Komisji Europejskiej zmierzającego do uchwalenia dyrektywy NIS 2, która ma zniwelować zaobserwowane problemy we wdrażaniu rozwiązań unijnych i jednocześnie podnieść poziom bezpieczeństwa, wskazuje, że rozszerzenie zakresu stosowania przepisów może skut-

kować nałożeniem nowych obowiązków, a to wiąże się z dodatkowym obciążeniem administracyjnym i finansowym. Dlatego autor podziela stanowisko wskazujące na konieczność wykluczenia objęcia MŚP nowymi regulacjami. Poddany analizie został także Akt o cyberbezpieczeństwie jako środek prawny, którego zakres normowania odnosi się do tworzenia instytucjonalnego środowiska do wspierania bezpieczeństwa w cyberprzestrzeni, a zatem może mieć wpływ na polepszanie sytuacji MŚP, między innymi dzięki podejmowaniu działań edukacyjnych i tworzeniu ram w zakresie certyfikacji. Niezależnie od środków prawnych Unia Europejska przewiduje podjęcie inicjatyw wzmacniających sektor MŚP, między innymi wspierając badania naukowe oraz środowiska start-upów, które mają prowadzić do bezpiecznego korzystania MŚP z jednolitego rynku cyfrowego.

Istotnym wątkiem prowadzonych badań były analizy regulacji prawnych dotyczących zamówień publicznych. Wykorzystanie popytu sektora publicznego w celu pobudzenia innowacji sektora prywatnego staje się, według *Javiera Miranzo Díaza*, coraz istotniejszym środkiem wspierania innowacji MŚP. Zdaniem autora można to osiągnąć za pomocą różnych prawnych mechanizmów, między innymi poprzez: odpowiedni sposób formułowania wymogów w stosunku do produktu/usługi i konstruowania treści umowy, właściwe stosowanie procedur (w tym procedur partnerstwa dla innowacji), podział zamówień na części (również w zakresie innowacji) w sektorach IT lub usług cyfrowych oraz możliwość włączenia do umów klauzul dotyczących innowacji. Badania autora wskazują, w jaki sposób promowanie MŚP poprzez zamówienia publiczne oraz rozwój innowacji technologicznych może przynieść pozytywne efekty. Odnosi się to przede wszystkim do zaangażowania MŚP w strategiczne zamówienia publiczne, zwłaszcza po zatwierdzeniu pakietu dyrektyw unijnych z 2014 roku. Przyjęte rozwiązania unijne (wdrażane na poziomach krajowych) przyczyniły się do stosowania instytucji prawnych, w tym nowych procedur i środków, które zapewniły z jednej strony włączenie MŚP, a z drugiej – rozwój innowacji technologicznych.

Zamówienia publiczne powinny nie tylko otwierać się na udział małych przedsiębiorstw i zachęcać je do konsolidacji gospodarczej, ale także promować ich cyfryzację i udział w procesach innowacji technologicznych. Jak wskazuje *Jarosław Kola*, charakteryzując koncepcję *local content*, czyli dążenie do promowania świadczeń oferowanych przez przedsiębiorców działających w regionie lub państwie nabywcy, może ona stanowić formę wspierania lokalnych MŚP. Polityka ukierunkowana na przedkładanie rozwiązań oferowanych przez przemysł krajowy nad konkurencją zagraniczną, w szczególności poprzez skłanianie jednostek organizacyjnych władzy publicznej do nabywania krajowych dóbr i usług, w takich obszarach jak ochrona klimatu i transformacja energetyczna, a także rozwój jednolitego rynku cyfrowego i innowacji, bez wątpienia przyczyni się do włączania MŚP w proces realizacji strategicznych celów ekologicznych i innowacyjnych. W przeprowadzonych badaniach autor podkreślił, że przyjęcie koncepcji *local content* wymusza na

zamawiających przyjmowanie holistycznej perspektywy, uwzględniającej szerszy kontekst podejmowanych działań. Obowiązek uzasadnienia decyzji o stosowaniu rozwiązań realizujących tę koncepcję i oparcie jej na obiektywnie uzasadnionych potrzebach zamawiającego skłania do poszukiwania powiązań pomiędzy działalnością zakupową i inwestycyjną a innymi obszarami aktywności zamawiających, a także strategicznymi celami polityki rozwoju.

Do współpracy przy realizacji projektu „Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w jednolitym rynku cyfrowym (zielone technologie)” zaproszono także przedstawiciela państwa stowarzyszonego z Unią Europejską – Chile. Przyjęta przez *Enrique’a Díaza Brava* perspektywa pozwoliła na charakterystykę i analizę ram prawnych dotyczących wymiany handlowej Unii Europejskiej z zainteresowanymi stronami i oferentami z państw trzecich, z uwzględnieniem sytuacji prawnej sektora MŚP. Autor, wskazując na strategiczny cel nowych zamówień publicznych, którym jest zwiększenie udziału MŚP w rynku, podkreśla konieczność wprowadzania środków prawnych, w tym zachęt pozwalających na tworzenie przedsiębiorstw i promowanie przedsiębiorczości, bez zaangażowania środków antykonkurencyjnych wobec obywateli innych państw. Wskazując trudności MŚP związane z prowadzeniem działalności, dokonał charakterystyki porozumienia modernizacyjnego zawartego pomiędzy Chile a UE, które przewiduje elektroniczną realizację zamówień publicznych, co w konsekwencji (wzorem doświadczeń państw członkowskich UE) zapewni większą otwartość systemu, lepszą przejrzystość zamówień oraz zwiększy możliwości biznesowe dla MŚP w sferze publicznej.

Jak wynika z powyższych wniosków częściowych, prowadzone badania wskazują, że zasadniczym przejawem aktywności instytucji unijnych i organów krajowych w kształtowaniu gospodarki jest wyznaczanie celów rozwoju społeczno-gospodarczego. Władza publiczna ukierunkowuje aktywność uczestników rynku na osiągnięcie przyjętych celów i priorytetów rozwoju poprzez stosowanie zróżnicowanych środków oddziaływania (prawnych i ekonomicznych). Odpowiednio ukształtowane instrumenty prawne mają ostatecznie służyć realizacji przyjętej polityki, nie naruszając przy tym równowagi pomiędzy mechanizmami konkurencji kształtującymi porządek gospodarczy z działaniami o charakterze interwencyjnym.

Katarzyna Kokocińska

Conclusiones de la investigación

La neutralidad climática y el liderazgo digital son prioridades en la *Nueva Estrategia Industrial para Europa*. Contrarrestar el cambio climático y afrontar los retos de la digitalización, de acuerdo con *El Pacto Verde Europeo* y *La Estrategia de Configurar el futuro digital de Europa* son objetivos interdependientes, y el desarrollo del Mercado Único Digital desempeña un papel clave para lograrlos. Conforme a *La Estrategia Industrial de la Unión Europea*, el desarrollo del sector digital tiene un impacto directo en la aparición de nuevas tecnologías verdes. Al mismo tiempo, se señala que las barreras para utilizar el Mercado Único Digital afectan principalmente a las pequeñas y medianas empresas (*determinar y abordar las barreras del mercado único*). Teniendo en cuenta que son el grupo dominante de entidades que operan activamente en la economía, sus actividades y gastos en innovación tienen un impacto directo en el funcionamiento del mercado.

El objetivo del proyecto es identificar las barreras al desarrollo de las pymes y su participación en el mercado único digital, cuya fuente es la inexistencia o ineficacia de la normativa legal vigente y una propuesta de medidas para contrarrestar las barreras identificadas, así como una indicación de las formas de ayuda aplicadas al sector de las pymes. La investigación se llevó a cabo teniendo en cuenta áreas como la normativa de la UE y la política nacional de apoyo al sector de las pymes, con especial énfasis en su entrada y funcionamiento en el Mercado Único Digital, incentivos fiscales, contratación pública y ciberseguridad. El análisis de las disposiciones de la legislación de la UE y de determinados ordenamientos jurídicos y actos políticos nacionales permitió evaluar la eficacia de las herramientas de apoyo existentes, identificar áreas que requieran la intervención del legislador y formular propuestas *de lege ferenda* para actividades más efectivas para que las pymes puedan acceder al mercado único digital con más facilidad.

* * *

La investigación realizada muestra que los instrumentos legales de apoyo (motivadores) forman un conjunto de incentivos para que los empresarios emprendan actividades específicas conformes a la política de desarrollo socioeconómico. En consecuencia, según *Katarzyna Kokocińska*, la UE y los Estados miembros, con el

uso de diversos instrumentos legales, estimulan a los participantes del mercado para lograr los objetivos de desarrollo socioeconómico adoptados. Los instrumentos de apoyo utilizados por las instituciones de la UE o las autoridades públicas estatales orientan a los participantes del mercado hacia la consecución de objetivos motivados por el interés público. La justificación de esta situación es la necesidad de alcanzar los objetivos públicos estratégicos derivados de la política pública actual.

Entre los postulados para cambios en las disposiciones legales relacionadas con el espíritu empresarial, *K. Kokocińska* enfatiza la necesidad de reducir las cargas regulatorias, incluidos la reducción de los procesos de registro, levantar prohibiciones y órdenes, entre otros, en el ámbito de la obtención de permisos para iniciar y administrar un negocio, y la necesidad de adoptar soluciones que faciliten el acceso de las pymes al capital financiero.

Los análisis realizados confirman que el acceso al financiamiento es sin duda una de las mayores barreras que enfrentan las pymes en la implementación de inversiones relacionadas con la transformación. El sector de las pymes tiene más dificultades para obtener financiación que las grandes empresas, lo que se traduce claramente en un menor avance tecnológico. Por lo tanto, en palabras de *Konrad P. Slowinski*, la mejora del acceso a la financiación requiere un enfoque que combine un entorno reglamentario propicio, financiación de la UE y nacional suficiente y armonizada, así como acceso a redes de empresas e inversores. Facilitar el acceso a la financiación, asistiendo a las pymes para encontrar disponibilidad de una mayor gama de dichos instrumentos y alternativos al crédito bancario, que se adapten a las distintas fases de su ciclo de vida, desde las etapas iniciales, hasta las fases de pleno desarrollo y simplificar el acceso a las ayudas para las pymes son unos de los retos más deseables para arrancar su desarrollo. No obstante, la mejora del acceso a la financiación requiere un enfoque que combine un entorno reglamentario propicio, financiación de la UE y nacional suficiente y armonizada.

Como subraya *Elizabeth Gil García*, el fortalecimiento de las economías de los Estados miembros y el aumento de su resiliencia a partir del desarrollo de modelos empresariales más sostenibles, basados en la eco-innovación, está relacionado con la conversión o transformación en pymes eco-innovadoras. Entre varias de las instituciones de fomento que pueden emplearse para financiar el I+D+i (como subvenciones o préstamos participativos), un significado importante tienen los incentivos fiscales (o como denominan los economistas, ‘gastos fiscales’). La autora, en sus conclusiones, finalmente optó por un sistema mixto (el que ocurre con la deducción española del art. 35 de la Ley del Impuesto sobre Sociedades, que establece un 25% para los gastos elegibles en I+D efectuados en el período impositivo en cuestión y para los casos en que haya un incremento del gasto en I+D con respecto a los efectuados en los dos años anteriores, se establece un 42% adicional sobre el exceso o incremento), analizando dos opciones: la deducción en cuota sobre el incremento y el aumento de gastos en I+D+i, señalando sus ventajas y desventajas. Igualmente

se ha destacado la compatibilidad entre la deducción fiscal y la bonificación en la cotización a la Seguridad Social respecto del personal investigador para las pymes que adquieran la condición de innovadoras. Asimismo, deviene imprescindible que la concesión de incentivos fiscales no adolezca de arbitrariedad ni los mismos resulten ineficaces, por lo que además de un diseño en línea con los principios de justifica tributaria, va a ser necesario efectuar un control que asegure la eficiencia en la utilización del gasto público. Igualmente, el hecho de que el incentivo fiscal favorezca en mayor medida a determinadas entidades, como las pymes, puede entrar en colisión con la prohibición de ayudas de Estado del art. 107 TFUE.

Como parte de la investigación, un área importante de análisis fue la normativa legal relativa a los sistemas de certificación de la ciberseguridad dentro del mercado único digital. Como bien señala *Agnieszka Żywicka*, en las condiciones de la economía global y el mercado interior común sin fronteras, la certificación de productos es una herramienta básica y universal para confirmar e informar sobre el cumplimiento de los requisitos de calidad y seguridad para la mayoría de los productos adquiridos al mercado interior de la UE. La introducción de la certificación en el marco jurídico del mercado único digital ha reforzado la seguridad de los productos, servicios y procesos de TIC utilizados en las transacciones en línea. Al evaluar los programas de certificación de ciberseguridad adoptados, su investigación enfatiza que las herramientas introducidas cumplen con el requisito de adecuación y facilitan el levantamiento de restricciones a los productos en el mercado único digital; también aumentan el nivel de confianza en los productos digitales, que resulta del reconocimiento universal de certificados y declaraciones sobre el mercado interior de la UE.

Las consideraciones de *Jarosław Greser* se mantienen en la misma tendencia; afirma que el medio básico que debe conducir a la implementación de las prioridades de la Unión Europea es el aprovechamiento del potencial de la digitalización y las tecnologías de la información y la comunicación. Debido a los riesgos asociados a su uso, el tema de la ciberseguridad se está convirtiendo en una prioridad, que es de especial importancia en el sector de las pymes que constituyen la columna vertebral de la economía de la UE y, por otro lado, son objetivos de ataques relativamente más fáciles que las grandes empresas. Al analizar las soluciones propuestas por la UE, el estudio indica acciones que deben resultar en la creación de un sistema de resistencia a los ataques al mismo nivel en todos los Estados miembros. La Directiva NIS, relativa a las medidas destinadas a garantizar un elevado nivel común de seguridad de las redes y sistemas de información en la Unión, juega un papel fundamental a este respecto. Debido a la discrepancia en la implementación de sus disposiciones, resultó ser insuficiente para lograr este objetivo, creando nuevas barreras para el funcionamiento del Mercado Único Digital. La valoración de la propuesta legislativa de la Comisión Europea destinada a adoptar la Directiva NIS 2, que consiste en eliminar los problemas observados en la implementación

de las soluciones de la UE y al mismo tiempo incrementar el nivel de seguridad, indica que la ampliación del alcance de la aplicación de las disposiciones puede resultar en la imposición de nuevas obligaciones lo que está asociado con una carga administrativa y financiera adicional. Por tanto, el autor comparte la opinión de la necesidad de excluir la aplicación de nuevas regulaciones a las pymes. También se analizó la Ley de Ciberseguridad como una medida legal, cuya estandarización se relaciona con la creación de un entorno institucional para apoyar la seguridad del ciberespacio y, por lo tanto, puede tener un impacto en la mejora de la situación de las pymes, incluso mediante la realización de actividades educativas y la creación de un marco para la certificación. Independientemente de las medidas legales, la Unión Europea prevé tomar iniciativas para fortalecer el sector de las pymes, entre otras cosas, apoyando entornos de investigación y puesta en marcha que deben liderar el funcionamiento seguro de las pymes en el mercado único digital.

Un hilo importante de la investigación fue el análisis de las disposiciones legales relativas a la contratación pública. El uso de la demanda del sector público para desencadenar la innovación del sector privado, según *Javier Miranzo Díaz*, es cada vez más importante y relevante como medio para apoyar las innovaciones de las pymes. El autor destaca que eso se puede conseguir a través de diferentes mecanismos legales. Entre ellos podemos mencionar: el propio diseño de los contratos y la elección del proyecto o necesidad a cubrir y sus características, el uso adecuado de procedimientos- también procedimientos adecuados a la innovación, división por Lotes (también en innovación) en sectores de IT o servicios digitales, y posibilidad de incluir cláusulas de innovación en los contratos. En la investigación presentada el autor pone de manifiesto cómo la promoción de las pymes a través de la contratación pública y el fomento de la innovación tecnológica pueden – y deben – ir de la mano. La apuesta por una contratación pública estratégica, especialmente tras la aprobación del paquete de directivas de 2014, impulsó la inclusión de este tipo de cláusulas, y un abanico de nuevos procedimientos y medidas que garantizaban, por un lado, la inclusión de las pymes, y por otro, la innovación tecnológica.

La contratación pública no sólo debe abrirse a la participación de las pequeñas empresas y los estimule a la consolidación económica, sino también promover su digitalización y la participación en los procesos de innovación tecnológica. Como señala *J. Kola* al caracterizar el concepto de *contenido local*, es decir, esforzarse por promover los beneficios que ofrecen los empresarios que operan en la región o país del comprador, puede ser una forma de apoyo a las pymes locales. Política destinada a dar preferencia a las soluciones ofrecidas por la industria nacional frente a la competencia extranjera, en particular persuadiendo a las unidades organizativas de las autoridades públicas para que adquieran bienes y servicios nacionales en áreas como la protección del clima y la transformación energética, así como el desarrollo del mercado único digital e innovación sin duda contribuirá a la inclusión de las pymes en el proceso de consecución de objetivos estratégicos ambientales e innovadores.

El autor destaca en la investigación que la adopción del concepto de *contenido local* obliga a los poderes adjudicadores a adoptar una perspectiva holística, teniendo en cuenta el contexto más amplio de las actividades realizadas. La obligación de justificar la decisión sobre el uso de soluciones que apliquen el concepto de *contenido local* y la necesidad de basarla en necesidades objetivamente justificadas del poder adjudicador impulsa la búsqueda de vínculos entre las actividades de compra e inversión y otras áreas de actividad del poder adjudicador, así como los objetivos estratégicos de la política de desarrollo.

Para la cooperación en la implementación del proyecto „Aspectos de derecho público de la participación del sector de las PYMES (la energía verde)”, también fue invitado un representante del país asociado a la Unión Europea- Chile. La perspectiva adoptada por *Enrique Díaz Bravo* hizo posible caracterizar el marco normativo de intercambio comercial de la Unión Europea con interesados y oferentes de terceros países, teniendo en cuenta la situación legal del sector de las pymes. El autor destaca la consideración de la participación de las pymes como un objetivo estratégico de la nueva contratación pública debe acompañarse de medidas e incentivos que permitan la creación de empresas y que promuevan el emprendimiento, sin que impliquen medidas anticompetitivas frente a nacionales de otros Estados. Marcando los obstáculos de las pymes presenta la característica del Acuerdo de Asociación UE-Chile, que representa un extraordinario avance en las relaciones comerciales entre la Unión Europea y Chile. Avanzar en la contratación pública electrónica dotará de mayor apertura al sistema, incrementará las posibilidades de negocios de las pymes en el ámbito público y dará mayor transparencia a las contrataciones.

Como se puede destacar de las conclusiones parciales anteriormente expuestos, la investigación realizada muestra que la principal manifestación de la actividad de las instituciones de la UE y las autoridades nacionales en la configuración de la economía es establecer los objetivos de desarrollo socioeconómico. La autoridad pública dirige la actividad de los participantes del mercado para lograr los objetivos adoptados y las prioridades de desarrollo mediante el uso de diversos medios de influencia (legales y económicos). Los instrumentos legales debidamente configurados, finalmente, deben servir para la implementación de la política adoptada sin alterar el equilibrio entre los mecanismos de competencia que dan forma al orden económico y las intervenciones.

Katarzyna Kokocińska

Autorzy / Autores

Enrique Díaz Bravo (ORCID 0000-0001-9355-0009) – Doctor en Derecho. Coordinador Nacional de Investigación y Postgrado, y Profesor Asociado de Derecho Administrativo, Facultad de Derecho, Universidad Santo Tomás, Chile. Asociado en Mackenna y Cruzat, Abogados.

Elizabeth Gil García (ORCID 0000-0001-7239-4422) – Profesora Ayudante Doctora de Derecho Financiero y Tributario en la Universidad de Alicante (España). El presente trabajo se enmarca en el proyecto de investigación “La efectiva implantación de la responsabilidad social en las Administraciones Públicas”, financiado por la Universidad de Alicante (GRE 19-03).

Jarosław Greser (ORCID 00000-0002-1021-6142) – doktor nauk prawnych, adiunkt na Uniwersytecie im. Adama Mickiewicza w Poznaniu, adwokat. Specjalizuje się w zagadnieniach związanych z regulacją nowych technologii, w szczególności Internetu Rzeczy, oraz cyberbezpieczeństwem w sektorze medycznym, elektromobilności i edukacyjnym.

Javier Miranzo Díaz (ORCID 0000-0002-3186-2848) – Profesor Lector de Derecho Administrativo, Universitat Oberta de Catalunya y profesor asociado de Derecho Administrativo en la Universidad de Castilla-La Mancha. Licenciado en Derecho por la Universidad de Castilla-La Mancha y Diplomado en Derecho por la Universidad de Kent (Reino Unido); Máster en Contratación Pública (UCLM), Máster en Derecho Medioambiental y Sostenibilidad (UCLM). Doctor en Derecho por la misma Universidad con el título “Las medidas anticorrupción en la contratación pública en el nuevo Derecho español y de la Unión Europea”. Miembro del equipo de investigación del Aula de Contratación Pública Responsable y Sostenible, convenio de colaboración firmado entre el Ayuntamiento de Cuenca y la Universidad de Castilla-La Mancha.

Katarzyna Kokocińska (ORCID 0000-0002-1008-3538) – doktor habilitowany nauk prawnych, prof. Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza w Poznaniu na Wy-

dziale Prawa i Administracji, radca prawny, specjalistka z zakresu publicznego prawa gospodarczego. Prowadzi badania naukowe w obszarze prawnych aspektów strategicznego planowania i programowania rozwoju, polityki gospodarczej państwa, pomocy publicznej oraz stosowania nowoczesnych technologii w zarządzaniu publicznym, w tym w ochronie zdrowia.

Jarosław Kola (ORCID 0000-0001-6223-0117) – doktor nauk prawnych, adiunkt Katedry Prawa Cywilnego, Handlowego i Ubezpieczeniowego na Wydziale Prawa i Administracji Uniwersytetu im. Adama Mickiewicza. Specjalizuje się w unijnym i polskim prawie zamówień publicznych, w szczególności w prawnych aspektach prowadzenia polityki rozwoju.

Konrad Paweł Slowinski (ORCID 0000-0003-2860-7181) – CEU Escuela Internacional de Doctorado, Universidad CEU San Pablo, Madrid Doctorando en el Departamento de Derecho Público, Área de Derecho Financiero y Tributario de la Universidad CEU San Pablo en Madrid, abogado tributario especializado en el Impuesto sobre el Valor Añadido y el Derecho Tributario Internacional.

Agnieszka Żywicka (ORCID 0000-0002-5789-8355) – doktor habilitowany nauk prawnych, profesor Uniwersytetu Jana Kochanowskiego w Kielcach na Wydziale Prawa i Nauk Społecznych, radca prawny. Prowadzi badania dotyczące prawnej problematyki bezpieczeństwa i jakości produktów i wyrobów, w tym metrologii prawnej, normalizacji technicznej i certyfikacji wyrobów oraz wpływu nowych technologii na prowadzenie działalności gospodarczej.

Monografia pt. *Publicznoprawne aspekty udziału sektora MŚP w procesie realizacji strategicznych celów polityki rozwoju* jest wynikiem badań międzynarodowego zespołu naukowców z Polski, Hiszpanii oraz Chile. Zagadnienia objęte analizą odnoszą się do działań o najwyższym priorytecie z punktu widzenia rozwoju społeczno-gospodarczego, którymi są przeciwdziałanie zmianom klimatu i sprostanie wyzwaniom wynikającym z cyfryzacji. Bariery w korzystaniu z jednolitego rynku cyfrowego dotyczą w głównej mierze małych i średnich przedsiębiorstw, które są dominującą grupą podmiotów aktywnie funkcjonujących w gospodarce. Autorzy opracowania podjęli próbę identyfikacji prawnych i administracyjnych barier wobec MŚP, oceny skuteczności istniejących narzędzi wsparcia, identyfikacji obszarów wymagających interwencji ustawodawcy unijnego bądź krajowego oraz sformułowania propozycji de lege ferenda w zakresie skuteczniejszego działania na rzecz rozwoju sektora MŚP.

La monografía titulada: *Aspectos de derecho público de la participación del sector de las PYMES en el proceso de implementación de los objetivos estratégicos de la política de desarrollo* es el resultado de una investigación realizada por un equipo internacional de científicos de Polonia, España y Chile. Los temas cubiertos por el análisis se refieren a actividades con la máxima prioridad desde el punto de vista del desarrollo socioeconómico; es decir, la lucha contra el cambio climático y los desafíos de la digitalización. Las barreras para el uso del Mercado Único Digital afectan principalmente a las pequeñas y medianas empresas, que son el grupo dominante de las entidades que operan activamente en la economía. Los autores del estudio, al analizar las disposiciones de la legislación de la UE y los sistemas jurídicos nacionales, intentaron identificar las barreras legales y administrativas para las pymes, evaluar la eficacia de las herramientas de apoyo existentes, identificar las áreas que requieren la intervención de la UE o del legislador nacional y formular una propuesta de lege ferenda para el desarrollo más eficaz del sector de las pymes.

ISBN 978-83-232-4004-4

ISSN 0083-4262

