

Krzysztof Flak

Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa - dyrektywa 2009/81

Bezpieczeństwo : teoria i praktyka : czasopismo Krakowskiej Szkoły Wyższej im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego 8/1, 47-56

2014

Artykuł został opracowany do udostępnienia w internecie przez Muzeum Historii Polski w ramach prac podejmowanych na rzecz zapewnienia otwartego, powszechnego i trwałego dostępu do polskiego dorobku naukowego i kulturalnego. Artykuł jest umieszczony w kolekcji cyfrowej bazhum.muzhp.pl, gromadzącej zawartość polskich czasopism humanistycznych i społecznych.

Tekst jest udostępniony do wykorzystania w ramach dozwolonego użytku.



Krzysztof Flak*

Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – dyrektywa 2009/81/WE i jej implementacja do polskiego prawa krajowego

Wprowadzenie

Zagadnienia obronności i bezpieczeństwa Polski to jedne z najważniejszych kwestii dla Rzeczypospolitej Polskiej i dla jej społeczeństwa. Ich zapewnienie związane jest z dokonywaniem wielu inwestycji i innych zakupów, które powinny umożliwić to, że obronność i bezpieczeństwo Polski będą stale na wysokim poziomie w świecie cechującym się ciągłym postępem technicznym, którego awangardą jest częstokroć przemysł militarny. W sytuacji gdy w zakresie przeznaczania środków publicznych obronność i bezpieczeństwo konkurują z wieloma innymi istotnymi społecznie i politycznie celami, przy jednoczesnej wynikającej z kryzysu finansowego presji na ograniczanie wydatków budżetowych, szczególnie ważne jest, aby wydatki były dokonywane z zachowaniem należytej gospodarności i celowości. Z zakupami w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dokonywanymi przez państwo i jego odpowiednie organy związane są jeszcze ponadto dwie ważne kwestie: po pierwsze, istotne względy bezpieczeństwa – poufność informacji na temat tego, co jest przedmiotem wydatków państwa w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, a także zapewnienie możliwie dużej stałości dostaw w sytuacji konfliktu zbrojnego, po drugie zaś, interes gospodarczy państwa

* Magister, Wydział Prawa, Administracji i Stosunków Międzynarodowych Krakowskiej Akademii im. Andrzeja Frycza Modrzewskiego (uczestnik seminarium doktorskiego).

wyrażający się w tym, że dokonywanie zakupów od podmiotów krajowych wywiera pozytywny wpływ na sytuację gospodarczą państwa.

Od momentu wstąpienia Polski do Unii Europejskiej należy dodatkowo uwzględnić wpływ członkostwa w tej instytucji na ww. kwestie, przy czym sytuacja Polski w tym zakresie nie odbiega znacząco od sytuacji innych krajów członkowskich Unii Europejskiej. Należy przy tym zauważyć, że od początku integracji europejskiej sprawy dotyczące obronności oraz bezpieczeństwa państw członkowskich były wyłączone z tego procesu, w przeciwieństwie do związanych z zamówieniami publicznymi, wspólnym rynkiem i zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, jak również zasad, które się z nich wywodzą. Stąd też tworząc odpowiednie regulacje na poziomie wspólnotowym (unijnym), poczynając od powstania i traktatu określającego podstawy Europejskiej Wspólnoty Węgla i Stali oraz główne zasady, którymi się ona (i kolejne jej coraz bardziej rozwinięte formy – aż do Unii Europejskiej) kieruje, państwa członkowskie i instytucje wspólnotowe (unijne) próbowały i próbują zbalansować ww. interesy – partykularne interesy państw członkowskich oraz interes Unii Europejskiej jako całości.

Podstawowym przepisem dotyczącym omawianej kwestii jest art. 296 (a od 1 grudnia 2009 roku art. 346) Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, następnie od 1 grudnia 2009 roku pod nazwą Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej¹ (zwanego dalej Traktatem), zgodnie z którym postanowienia tego Traktatu nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:

- a) żadne państwo członkowskie Unii Europejskiej nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa;
- b) każde państwo członkowskie Unii Europejskiej może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Przepis ten wprowadza wyjątek od ogólnych zasad Traktatu, a w szczególności zasady swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, jak również zasad, które się z nich wywodzą, takich jak: zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnej uznawalności, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości. Wyrazem tych zasad są z kolei między innymi regulacje prawa Unii Europejskiej dotyczące udzielania zamówień publicznych, w szczególności zaś dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi² (zwana dalej dyrektywą 2004/18). Relacje pomiędzy ww. dyrektywą a przywołanym powyżej art. 296 Traktatu określa art. 10 dyrektywy 2004/18. Zgodnie z tym przepisem, w jego brzmieniu aktualnym na dzień 20 sierpnia 2009 roku, dyrektywę tę stosowało się do zamówień publicznych

¹ Zmiany Traktatu, które weszły w dniu 1 grudnia 2009 r., dotyczące zmiany jego tytułu i numeracji jego artykułów, zostały wprowadzone przez Traktat z Lizbony zmieniający Traktat o Unii Europejskiej i Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską podpisany w Lizbonie dnia 13 grudnia 2007 r. (nr 2007/C306/01, Dz.Urz.U.E.C 2007, nr 306, s. 1).

² Dziennik Urzędowy L 134, 30/04/2004 P. 0114–0240.

udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z zastrzeżeniem art. 296 Traktatu. W polskim porządku prawnym przepis ten do 19 lutego 2013 roku znajdował odzwierciedlenie w art. 4 pkt 3 lit. f Ustawy z dnia 29 stycznia 2004 roku – Prawo zamówień publicznych³ (zwanej dalej Prawem zamówień publicznych), zgodnie z którym ustawy tej nie stosowało się do zamówień, których przedmiotem są dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską. Ponadto ważnym przepisem dyrektywy 2004/18 w kontekście kwestii obronności i bezpieczeństwa jest jej art. 14, zgodnie z którym dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień publicznych określonych jako tajne, jeżeli ich realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów tego państwa⁴. Przepisowi temu odpowiada art. 4 pkt 5 Prawa zamówień publicznych, zgodnie z którym ustawy tej – do 19 lutego 2013 roku – nie stosowało się do zamówień zawierających informacje niejawne, jeżeli wymaga tego istotny interes publiczny lub istotny interes państwa, a od 20 lutego 2013 roku nie stosuje się do zamówień, którym nadano klauzulę „tajne” lub „ściśle tajne” zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego. Należy też zwrócić uwagę na inne przepisy Traktatu przewidujące zasady odstąpienia od stosowania jego postanowień, jak i postanowień prawa wtórnego Unii Europejskiej, jakimi są m.in. dyrektywy, tj. artykuły 30, 45, 46 i 55 Traktatu (a od 1 grudnia 2009 r. odpowiednio art. 36, 51, 52 i 62 Traktatu) – odnoszące się m.in. do kwestii bezpieczeństwa państwa i porządku publicznego.

W takiej sytuacji do zamówień publicznych dotyczących dziedziny obronności zastosowanie znajdowały w miejsce Prawa zamówień publicznych procedury określone wewnętrznymi przepisami wewnątrzresortowymi⁵, a w przypadku zamówień z dziedziny bezpieczeństwa – przepisy kodeksu cywilnego, zapewniające szeroką swobodę podmiotom z sektora publicznego dokonującym zamówień w ww. dziedzinach⁶. Podobnie sytuacja przedstawiała się w innych krajach członkowskich Unii Europejskiej, co spotykało się z negatywną oceną m.in. przez Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej, który konsekwentnie dowodził, że wszelkie zwolnienia od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw nadanych Traktatem należy interpretować w rygorystyczny sposób, a art. 296 Traktatu, podobnie jak inne tego rodzaju przepisy

³ Tekst jednolity Dz.U. z 2010 r. nr 113, poz. 759, z późn. zm.

⁴ Szerzej na temat historycznych relacji pomiędzy Traktatem a innymi regulacjami na poziomie wspólnotowym/unijnym dotyczącymi zamówień publicznych zob. W. Hartung, *Problematyka udzielania zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 2.

⁵ Decyzja nr 291/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 lipca 2006 r. w sprawie zasad i trybu zawierania w resorcie obrony narodowej umów, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy (Dz.Urz. MON z 2006 r., nr 14, poz. 179, z późn. zm.) oraz decyzja nr 326/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 25 października 2004 r. w sprawie udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień objętych tajemnicą państwową oraz jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa (Dz.Urz. MON z 2004 r., nr 14, poz. 154, z późn. zm.).

⁶ W przypadku zamówień związanych z dostępem do informacji niejawnych uwzględnienia wymagają przepisy o ochronie informacji niejawnych. Ponadto, w przypadku zamówień wyłączonych spod reżimu Prawa zamówień publicznych zastosowanie mają m.in. ogólne zasady prawa traktatowego UE oraz przepisy o finansach publicznych – szerzej na ten temat: R. Szostak, *Zamówienia wyłączone z reżimu Prawa zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 3.

Traktatu dotyczą wyjątkowych i jasno określonych przypadków i ze względu na swój ograniczony charakter nie podlegają szerokiej interpretacji⁷.

W sytuacji opisanego powyżej nadużywania art. 296 Traktatu⁸ organy Wspólnoty Europejskiej (następnie Unii Europejskiej), mając na względzie także inne czynniki, m.in. konsolidację przemysłu sektora obronnego czy poszerzenie kompetencji Unii Europejskiej o pewne aspekty kwestii bezpieczeństwa i obronności⁹, rozpoczęły działania zmierzające do ograniczenia stosowania tego przepisu. W 2003 roku Komisja Europejska wydała Komunikat dotyczący polityki Unii Europejskiej w zakresie produktów i przemysłu obronnego Unii Europejskiej¹⁰, a we wrześniu 2004 roku przedstawiła Zieloną Księgę – zamówienia publiczne w dziedzinie obrony¹¹. Ponadto, w 2006 roku Komisja Europejska opublikowała komunikat zawierający wyjaśnienia dotyczące zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych¹². Elementem wieńczącym powyższe działania była dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 roku w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywę 2004/17/WE i 2004/18/WE, zwana dalej dyrektywą obronną¹³.

Dyrektywa obronna

Przy tworzeniu tak zwanej dyrektywy obronnej uwzględnienia wymagały różne, częściowo rozbieżne, istotne interesy Unii Europejskiej i państw członkowskich, takie jak: zapewnienie bezpieczeństwa narodowego przez państwa członkowskie, wprowadzanie w życie europejskiej polityki bezpieczeństwa i obrony, wzmocnienie europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego, tworzenie europejskiego rynku wyposażenia obronnego, lepsza koordynacja procedur udzielania zamówień publicznych w sektorze obrony i bezpieczeństwa, obniżenie oddziaływania tego sektora na środowisko, bezpieczeństwo dostaw i bezpieczeństwo informacji w tym sektorze, racjonalizacja wydatków na cele obronności i bezpieczeństwa czy zapobieganie nadmiernym działaniom protekcyjnym poszczególnych państw członkowskich.

⁷ Wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., sprawa C-367/89 Richardt i Les Accessoires Scientifiques, ust. 20; zamówienia publiczne w szczególności: wyrok z dnia 3 maja 1994 r., sprawa C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 15; wyrok z dnia 28 marca 1995 r., sprawa C-324/93 Evans Medical i Macfarlan Smith, ust. 48. Wyrok z dnia 16 września 1999 r., sprawa C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 21; wyrok z dnia 15 maja 1986 r., sprawa C-222/84 Johnston, ust. 26. Zob. także przegląd orzecznictwa w: W. Hartung, *Problematyka udzielania...*, op. cit.

⁸ Por. W. Hartung, *Europejski rynek obronny – nowa propozycja Komisji Europejskiej dotycząca przepisów regulujących zamówienia publiczne w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2008, nr 1.

⁹ M. Terlikowski, *Liberalizacja rynku produktów obronnych w Unii Europejskiej*, „Materiały studialne PISM”, nr 15, kwiecień 2011 r., s. 18.

¹⁰ Komunikat Komisji „W kierunku polityki UE w zakresie wyposażenia obronnego”, KOM (2003) 113 z 11 marca 2003 r.

¹¹ Komunikat Komisji „Zielona księga – zamówienia publiczne w dziedzinie obrony”, KOM (2004) 608, z 23 września 2004 r.

¹² Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, KOM (2006) 779 z 7 grudnia 2006 r.

¹³ „Dziennik Urzędowy” L 216, 20/08/2009 P. 0076–0136.

Dyrektywa obronna weszła w życie 21 sierpnia 2009 roku. Regulacje wprowadzane przez ten akt prawny zgodnie z jego systematyką można podzielić na przepisy wprowadzające zasady ogólne i definicje dotyczące zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przepisy dotyczące udzielania zamówień w ww. dziedzinach, przepisy dotyczące kwestii podwykonawstwa, przepisy mające zastosowanie do odwołań, przepisy dotyczące kwestii statystycznych i o charakterze technicznym. Z uwagi na rozmiary niniejszego opracowania, szczegółowe przedstawienie rozwiązań przewidzianych przez dyrektywę obronną możliwe jest jedynie odnośnie wybranych jej przepisów.

Podstawowe znaczenie mają uregulowania dotyczące zakresu zastosowania dyrektywy obronnej, dotyczący tej kwestii art. 2 tej dyrektywy określa, że stosuje się ją do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów,
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia¹⁴, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów,
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a i b w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania,
- d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Przepis ten stanowi ponadto, że stosowanie tej dyrektywy następuje z zastrzeżeniem art. 30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu. Ponadto, wyłączenia od konieczności zastosowania dyrektywy obronnej określają jej art. 12 i 13. Zgodnie z artykułem 12 dyrektywa ta nie ma zastosowania do zamówień podlegających: a) szczególnym zasadom proceduralnym zgodnie z umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym, o których mowa w tym przepisie, lub też b) szczególnym zasadom proceduralnym organizacji międzynarodowej, zakupującej do swoich celów lub do zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami.

Natomiast w myśl art. 13 dyrektywa obronna nie ma zastosowania do:

- a) zamówień, w przypadku których stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa,
- b) zamówień do celów działalności wywiadowczej,
- c) zamówień udzielonych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez przynajmniej dwa państwa członkowskie nad opracowaniem nowego produktu oraz tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części okresu funkcjonowania tego produktu,
- d) zamówień udzielonych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił poza terytorium Unii, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań,

¹⁴ Zgodnie z dyrektywą obronną „newralgiczny sprzęt”, „newralgiczne roboty budowlane” i „newralgiczne usługi” oznaczają sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

- e) zamówień publicznych na usługi mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich,
- f) zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi związanych z:
 - dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
 - robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem,
 - robotami budowlanymi i usługami szczególnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami,
- g) usług związanych z arbitrażem i mediacją,
- h) usług finansowych z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych,
- i) umów o pracę,
- j) usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na potrzeby jej/jego własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający.

Istotną zasadę ogólną dla zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa określa art. 4 dyrektywy obronnej, w myśl którego instytucje/podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty. Wart uwagi jest również art. 7 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym instytucje/podmioty zamawiające mogą nałożyć na wykonawców wymagania mające na celu ochronę niejawnych informacji, które przekazują w trakcie procedury zbierania ofert i udzielania zamówień, mogą także wymagać od tych wykonawców zagwarantowania zastosowania się do tych wymagań przez podwykonawców.

W zakresie przepisów dotyczących udzielania zamówień należy zauważyć, że wartości progowe zamówień określające, do zamówień o jakich wartościach stosuje się dyrektywę obronną, zostały ustalone w tej samej wysokości co dla zamówień publicznych w dziedzinach innych niż obronność i bezpieczeństwo.

Kolejna istotna regulacja została zamieszczona w rozdziale V tytułu II dyrektywy obronnej. Zgodnie z art. 25 tej dyrektywy instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówień, stosując przede wszystkim procedurę ograniczoną lub procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia o zamówieniu. W okolicznościach, o których mowa w art. 27 dyrektywy obronnej, mogą one/oni udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego, natomiast w szczególnych przypadkach i okolicznościach, wyszczególnionych w art. 28 tej dyrektywy, mogą stosować procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. Dodatkowo, zgodnie z artykułem 48 dyrektywy obronnej państwa członkowskie Unii Europejskiej mogą przewidzieć możliwość stosowania aukcji elektronicznych przez instytucje/podmioty zamawiające.

Istotne miejsce w uregulowaniach dyrektywy obronnej zajmują kwestie dotyczące podwykonawstwa, zgodnie z art. 21 ust. 4 tej dyrektywy państwa członkowskie Unii Europejskiej mogą postanowić, że instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający mogą zwrócić się lub zostać zobowiązani do zwrócenia się do wybranego oferenta o powierzenie podwykonawstwa części zamówienia stronom trzecim. Instytucja zamawiająca i podmiot zamawiający, które narzucają podwykonawstwo, wyrażają ten minimalny procent w formie przedziału wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent. Maksymalny procent nie może przekroczyć 30% wartości zamówienia. Przedział ten jest proporcjonalny do przedmiotu i wartości zamówienia oraz

charakteru zaangażowanego sektora przemysłu, obejmującego poziom konkurencji na danym rynku oraz odpowiednie kwalifikacje techniczne bazy przemysłowej. Oferenci mogą zaproponować realizację w ramach podwykonawstwa części całkowitej wartości, która wykracza poza przedział wymagany przez instytucję zamawiającą lub podmiot zamawiający.

Dla bezpieczeństwa informacji i dostaw w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa istotne są art. 21 i 22 dyrektywy obronnej. Jeśli chodzi o zamówienia obejmujące informacje niejawne, wymagające ich lub je zawierające, instytucja zamawiająca lub podmiot zamawiający określa w dokumentacji zamówienia środki i wymogi konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa tych informacji na wymaganym poziomie. W przypadku braku harmonizacji krajowych systemów sprawdzania bezpieczeństwa na poziomie Unii Europejskiej, państwa członkowskie mogą przewidzieć, że środki i wymogi, o których mowa w drugim akapicie, muszą się zgadzać z ich krajowymi przepisami w dziedzinie sprawdzania bezpieczeństwa. Państwa członkowskie uznają certyfikaty bezpieczeństwa, które uważają za równoważne z certyfikatami wydanymi zgodnie z ich prawem krajowym, posiadają jednak możliwość przeprowadzania i uwzględniania dalszych samodzielnych analiz, jeżeli uznaje się je za konieczne. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający określa również w dokumentacji zamówienia swoje wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw.

Dyrektywa obronna powinna być zostać implementowana w krajowych porządkach prawnych państw członkowskich do 21 sierpnia 2011 roku.

Implementacja dyrektywy obronnej w Polsce

20 lutego 2013 roku weszła w życie ustawa nowelizująca z dnia 12 października 2012 roku¹⁵ (zwana dalej ustawą nowelizującą) wprowadzająca zmiany do Prawa zamówień publicznych. Nowelizacja ta miała na celu m.in. wdrożenie do polskiego prawa krajowego opisanej powyżej dyrektywy obronnej. Nowelizacja powinna być transponować dyrektywę obronną do polskiego prawa krajowego, z zachowaniem jednak, na tyle, na ile to możliwe, możliwości wzmocnienia dzięki zamówieniom publicznym udzielanym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez Polskę (jej administrację) potencjału polskiego przemysłu, w szczególności potencjału rozwojowego. Podstawową zmianą w Prawie zamówień publicznych pod względem systematyki tego aktu prawnego, związaną z implementacją dyrektywy obronnej, jest wprowadzenie w dziale III rozdziału 4a.

Z uwagi na rozmiary niniejszego opracowania szczegółowe przedstawienie rozwiązań przewidzianych przez ustawę nowelizującą możliwe jest jedynie odnośnie do wybranych spośród wprowadzonych przez nią regulacji. Wedle uzasadnienia ustawy nowelizującej¹⁶, do uregulowań podnoszących bezpieczeństwo realizacji zamówień

¹⁵ Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2012 r., poz. 1271), przepisy, których celem była implementacja dyrektywy obronnej, stanowiły jedną z dwóch grup przepisów tej ustawy.

¹⁶ Druk sejmowy nr 455 z 31 maja 2012 r. (VII kadencja), dostępny na: www.sejm.gov.pl.

oraz służących wzmocnieniu potencjału polskiego przemysłu należałoby zaliczyć m.in. przepisy dotyczące:

- możliwości określania szczególnych warunków realizacji zamówienia dotyczących bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw, tj. art. 131g ust. 1-2 Prawa zamówień publicznych,
- możliwości wykluczenia z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego podmiotu, który naruszył zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w innym postępowaniu, lub też podmiotu, który nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa państwa – art. 131e ust. 1 pkt 5 Prawa zamówień publicznych,
- określonej w art. 131d Prawa zamówień publicznych zasady, zgodnie z którą w postępowaniach o udzielenie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą mogli brać udział wyłącznie wykonawcy mający siedzibę w jednym z krajów członkowskich Unii Europejskiej lub na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego, lub na terytorium kraju, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła odpowiednią umowę międzynarodową (przy czym zamawiający ma możliwość dopuszczenia do udziału w postępowaniu także innych wykonawców),
- możliwości dzielenia zamówienia na części – do każdej z części, z wyjątkiem sytuacji przewidzianych dyrektywą obronną w art. 9 ust. 5 (małe części zamówienia), stosuje się wprawdzie procedury właściwe dla wartości całości zamówienia, ale warunki udziału w postępowaniu (np. zdolności ekonomiczne, możliwości finansowe, dysponowanie odpowiednimi zasobami ludzkimi) są ustalane oddzielnie dla każdej z części i proporcjonalnie do ich wielkości i specyfiki.

Także zgodnie z poglądem przedstawionym w uzasadnieniu ustawy nowelizującej, do regulacji mogących przyczynić się do wzmocnienia potencjału polskiego przemysłu obronnego należałoby zaliczyć m.in. przepisy dotyczące podwykonawstwa – umożliwiające zobowiązanie wykonawcy do powierzenia części zamówienia (jednak nie więcej niż 30%) podwykonawcom. W odniesieniu do tego poglądu i odpowiednich przepisów Prawa zamówień publicznych należy wyrazić ocenę, że o ile rzeczywiście przepis dyrektywy obronnej (art. 21 ust. 4) w tym zakresie pozwalał, a nie nakazywał Polsce wprowadzić taką regulację, o tyle trudno jednoznacznie powiązać ją z korzyścią dla polskiego przemysłu, ponieważ zarówno w charakterze głównego wykonawcy, jak i podwykonawców mogą występować również podmioty z innych krajów członkowskich Unii Europejskiej, a także pozostałych państw. Możliwe jednak, że za stanowiskiem ustawodawcy stoją nieupublicznione analizy dotyczące polskiego i europejskiego sektora przemysłu zbrojeniowego oraz zakładanych potrzeb zakupowych/inwestycyjnych po stronie polskich sił zbrojnych i innych odpowiednich polskich służb.

Wskazać należy, że do polskiego porządku prawnego zostały transponowane możliwości określania przez zamawiających wymagań dotyczących bezpieczeństwa dostaw, jak i uregulowania zapewniające ochronę informacji niejawnych przez wykonawców i podwykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne oraz realizujących umowy w sprawie ich udzielenia.

W zakresie trybów, w których mogą być udzielane zamówienia publiczne, zgodnie z art. 131h ust. 1 Prawa zamówień publicznych zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego

albo negocjacji z ogłoszeniem, a w przypadkach określonych w rozdziale Prawa zamówień publicznych dotyczącym dziedzin obronności i bezpieczeństwa także w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki lub licytacji elektronicznej.

W ramach oceny implementacji dyrektywy obronnej do polskiego prawa krajowego należy też dokonać analizy w zakresie innych niż wskazana powyżej kwestia podwykonawstwa przypadków transpozycji nieobowiązkowej przepisów dyrektywy obronnej, to jest sytuacji, gdy przepis tej dyrektywy umożliwia, a nie nakazuje dokonanie implementacji.

Artykuł 10 dyrektywy obronnej określa, że państwa członkowskie Unii Europejskiej mogą przewidzieć możliwość zakupu przez instytucje/podmioty zamawiające robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej. Odpowiadający tej regulacji przepis został już wcześniej (to jest przed zmianami wprowadzonymi ustawą nowelizującą) wprowadzony do Prawa zamówień publicznych (art. 15a¹⁷) i może być stosowany także do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Artykuł 14 dyrektywy obronnej przewiduje, że państwa członkowskie Unii Europejskiej mogą zastrzec prawo do uczestnictwa w procedurach udzielania zamówień dla zakładów pracy chronionej lub zdecydować, aby takie zamówienia były realizowane w ramach programów pracy chronionej, gdzie większość pracowników jest niepełnosprawna i ze względu na charakter lub stopień niepełnosprawności nie może wykonywać pracy w normalnych warunkach. Odpowiadający tej regulacji przepis został już wcześniej wprowadzony do Prawa zamówień publicznych (art. 22 ust. 2 i 3) i może być stosowany także do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Zgodnie z art. 27 ust. 1 dyrektywy obronnej w przypadku szczególnie złożonych zamówień państwa członkowskie mogą przewidzieć, że jeżeli instytucje/podmioty zamawiające uznają, że zastosowanie procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu nie pozwoli na udzielenie zamówienia, te ostatnie mogą skorzystać z procedury dialogu konkurencyjnego zgodnie z tym artykułem dyrektywy. Przepis ten znalazł swoje odzwierciedlenie w art. 131h ust. 3 Prawa zamówień publicznych. Umożliwienie stosowania tego trybu należy ocenić pozytywnie, uwzględniając także oceny dotyczące ogólnych (w innych dziedzinach) możliwości tego trybu postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego¹⁸.

Kolejnym przepisem dyrektywy obronnej, którego dotyczy fakultatywna implementacja, jest art. 29. Wedle tego przepisu państwa członkowskie mogą w zakresie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przewidzieć możliwość zawierania umów ramowych przez instytucje/podmioty zamawiające. Odpowiednikiem tej regulacji na gruncie Prawa zamówień publicznych jest art. 131i. Jak wskazują doświadczenia innych państw Unii Europejskiej¹⁹, ta forma udzielania zamówień publicznych zyskuje na znaczeniu, stworzenie przez polskiego ustawodawcę możliwości

¹⁷ W zakresie tematyki centralizacji zamówień por. P. Granecki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 15a, a także: J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2012, komentarz do art. 15a.

¹⁸ Por. J. Lachner, *Dialog techniczny w zamówieniach publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 3.

¹⁹ Por. Z. Raczkiwicz, *Ocena stanu implementacji unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2012, nr 4, s. 83–84.

jej zastosowania w zamówieniach w sektorze obronnym/bezpieczeństwa należy więc uznać za pozytywne rozwiązanie.

Artykuł 46 dyrektywy obronnej przewiduje, że państwa członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne. Przepis ten nie został implementowany do Prawa zamówień publicznych.

Liczna grupa przepisów dyrektywy obronnej, co do których – co najmniej w części z normy w danym przepisie zawartej – nie ma obowiązku ich implementacji, dotyczy odwołań (art. 55 ust. 4–6, art. 56 ust. 5–6 i 10, art. 58, art. 60 ust. 3, art. 61 ust. 1 i art. 62 ust. 1 dyrektywy obronnej). W większości przypadków odpowiadające im przepisy Prawa zamówień publicznych stanowiły już uprzednio (przed implementacją dyrektywy obronnej) fragment polskiego porządku prawnego, z uwagi na implementację innych dyrektyw²⁰ dotyczących zamówień publicznych.

Podsumowanie

Dokonując oceny implementacji dyrektywy obronnej do polskiego prawa krajowego, w tym wykorzystania mechanizmów sprzyjających rozwojowi polskiego przemysłu, należy stwierdzić, że przepisy tej dyrektywy nie pozostawiły zbyt dużej swobody krajowym ustawodawcom w zakresie jej implementowania i kształtowania krajowych przepisów dotyczących zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Oceniając jednak działania legislacyjne podjęte w ramach nielicznych kwestii, które pozostały do dyspozycji polskiego ustawodawcy, należy uznać, że są to działania wywołujące pozytywne lub neutralne skutki dla rozwoju polskiego przemysłu.

Mimo dyrektywy obronnej i jej implementacji przepisy prawa unijnego pozostawiają zamawiającym w dalszym ciągu dużą swobodę w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, co wynika w dużej mierze z tego, iż dziedziny te także w chwili obecnej praktycznie całkowicie pozostają w gestii poszczególnych państw członkowskich Unii Europejskiej, a poza kompetencją instytucji unijnych. Stąd należy się spodziewać, że w sytuacji gdy ograniczenia tej swobody wyływają głównie z ogólnych przepisów Traktatu, w dalszym ciągu przemożny wpływ na interpretację przepisów dotyczących zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa będą miały orzeczenia Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej.

²⁰ Dyrektywa Rady z 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (89/665/EWG, Dz.Urz. WE L Nr 395, s. 33 ze zm.) i dyrektywa Rady z 25.2.1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (92/13/EWG, Dz.Urz. WE L Nr 76, s. 14 ze zm.).