

Offset w polskim porządku prawnym

Spis treści:

1. Wprowadzenie
2. Podstawowe akty prawne regulujące stosowanie offsetu w Polsce
3. Charakterystyka umowy offsetowej
4. Sposób zawierania umowy offsetowej
 - 4.1. Oferta offsetowa
 - 4.2. Negocjacje i zawarcie umowy offsetowej
5. Realizacja umowy offsetowej
6. Nadzór nad wykonywaniem umów offsetowych
 - 6.1. Kontrola realizacji umowy offsetowej
 - 6.2. Stwierdzenie wykonania zobowiązania offsetowego
 - 6.3. Stwierdzenie wykonania umowy offsetowej
7. Wygaśnięcie umowy offsetowej

Stan prawny na dzień 12.2.2016 r.

1. Wprowadzenie

Offset to powszechnie stosowane na świecie narzędzie rządowej polityki gospodarczej i bezpieczeństwa. Jego celem jest zrekompensowanie krajowym przedsiębiorstwom (w szczególności zbrojeniowym) oraz naukowym jednostkom badawczym zakupów ze środków publicznych zagranicznego sprzętu wojskowego i uzbrojenia. Offset przyjmuje zwykle formę narzucanej przez prawo danego kraju kooperacji między zagranicznym dostawcą sprzętu wojskowego i jego podwykonawcami, a lokalnymi przedsiębiorstwami, jednostkami badawczymi i rządem. W przypadku obowiązku stosowania offsetu warunki postępowania o udzielenie zamówienia na dostawę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego obejmują dodatkowe wymagania, które nie są bezpośrednio związane z tym zakupem, składające się na offset. By zwyciężyć w przetargu, potencjalny zagraniczny dostawca, oprócz zaoferowania sprzętu, który spełnia wymagania wojska danego kraju, musi przedstawić również ofertę offsetową. Obejmuje ona zobowiązania offsetowe dotyczące przeprowadzenia inwestycji w państwie nabywającym uzbrojenie skierowanych do krajowych przedsiębiorstw, transferu technologii, *know how* i licencji oraz ustanowienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych nabywanego sprzętu wojskowego.

2. Podstawowe akty prawne regulujące stosowanie offsetu w Polsce

Podstawowym aktem prawnym, który reguluje stosowanie offsetu w Polsce, jest ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.U. z 2014 r. poz. 932) potocznie zwana „ustawą offsetową”. Offset jest regulowany również przez akty wykonawcze do tej ustawy wydawane w postaci rozporządzeń Rady Ministrów oraz szereg decyzji wydawanych przez Ministra Obrony Narodowej. Istotne znaczenie ma również art. 346 ust. 1 lit. b Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz Komunikat Wyjaśniający Komisji Europejskiej z 2006 r. w sprawie zastosowania tego artykułu Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności.

3. Charakterystyka umowy offsetowej

Umowa offsetowa jest umową o charakterze cywilnoprawnym. Jej stronami jest Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Obrony Narodowej oraz zagraniczny dostawca uzbrojenia lub sprzętu wojskowego. Umowa offsetowa jest zawierana pod prawem polskim w związku z realizacją zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, stanowiących środki konieczne w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. O tym, czy dane zamówienie jest związane z ochroną takich interesów decyduje minister kierujący działem administracji rządowej, któremu jednostka organizacyjna będąca zamawiającym podlega lub przez którego jest nadzorowana (najczęściej jest to Minister Obrony Narodowej), który ocenia, czy taki interes występuje oraz następnie sporządza uzasadnienie konieczności zastosowania offsetu w związku z danym zakupem uzbrojenia. Umowa offsetowa obowiązkowo zawiera postanowienia w szczególności określające strony umowy, datę i miejsce jej zawarcia, wartość, przedmiot i harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych oraz warunki, na jakich te zobowiązania mają być wykonane, czas obowiązywania umowy oraz określenie zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań offsetowych, w tym kary umowne. Co istotne, zagraniczny dostawca ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej na zasadach określonych w ustawie, a żadna ze stron nie może od niej odstąpić nawet w przypadku zmian w umowie

dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego. Wówczas jest możliwa zmiana umowy offsetowej w drodze negocjacji.

Zagraniczny dostawca musi się liczyć z tym, że umowa offsetowa jest jawna w zakresie oznaczenia offsetobiorców i offsetodawców, jej wartości, terminu wykonania (nie dłużej niż 10 lat) oraz przedmiotu dostawy, z wyjątkiem informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa. Ponadto w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego zagraniczny dostawca ma obowiązek zapłaty kary umownej w wysokości stanowiącej równowartość niewykonanego lub nienależytego wykonanego zobowiązania offsetowego. Zapłata takiej kary nie wyłącza jego odpowiedzialności odszkodowawczej w zakresie przewyższającym wysokość tej kary. Odpowiedzialność zagranicznego dostawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego jest niezależna od jego winy.

4. Sposób zawierania umowy offsetowej

4.1. Oferta offsetowa

Elementem warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa są założenia do oferty offsetowej i projekt umowy offsetowej opracowane przez Biuro do Spraw Umów Offsetowych MON. Założenia określają w szczególności:

- 1) wymagania dla utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa;
- 2) sposób i kryteria dokonywania oceny oferty offsetowej;
- 3) przewidywany okres dokonania oceny ofert offsetowych i przeprowadzenia negocjacji w celu zawarcia umowy offsetowej.

Zagraniczny dostawca ma obowiązek złożyć ofertę offsetową Ministrowi Obrony Narodowej nie później niż w terminie złożenia zamawiającemu uzbrojenie lub sprzęt wojskowy oferty na dostawę. Zamawiający dokonuje wyboru oferty na dostawę, uwzględniając ocenę oferty offsetowej sporządzonej przez Ministra Obrony Narodowej. Zagraniczny dostawca ma obowiązek sporządzić

ofertę offsetową w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Musi ona zawierać:

- 1) informacje na temat formy prawnej oraz sposobu reprezentacji zagranicznego dostawcy;
- 2) informację o wynikach finansowych za ostatnie 3 lata działalności zagranicznego dostawcy, a w przypadku gdy zagraniczny dostawca istnieje przez okres krótszy niż 3 lata, informację o wynikach finansowych za cały okres działalności;
- 3) informacje dotyczące wykonanych lub wykonywanych przez zagranicznego dostawcę umów offsetowych;
- 4) określenie przedmiotu zobowiązań offsetowych;
- 5) wskazanie terminów wykonywania zobowiązań offsetowych;
- 6) listy intencyjne lub inne dokumenty potwierdzające uzgodnienia zawarte między offsetodawcą a offsetobiorcami w sprawie wykonania zobowiązań offsetowych.

Niezwykle istotną rolę odgrywają listy intencyjne lub inne zbliżone do nich dokumenty, ponieważ ich brak skutkuje pominięciem danego zobowiązania offsetowego w ocenie oferty offsetowej, a przez to oferta zagranicznego dostawcy staje się uboższa. Jeżeli nie spełnia ona wymagań określonych w założeniach do oferty offsetowej, Minister Obrony Narodowej wzywa zagranicznego dostawcę do jej uzupełnienia, określając termin i zakres tego uzupełnienia. Jeśli zagraniczny dostawca nie uzupełni oferty w wyznaczonym terminie, wtedy Minister pozostawia ją bez rozpoznania, co w rezultacie prowadzi do utraty możliwości zdobycia zlecenia od zamawiającego.

4.2. Negocjacje i zawarcie umowy offsetowej

Umowa offsetowa jest zawierana w drodze negocjacji przez Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Obrony Narodowej oraz przez zagranicznego dostawcę wskazanego przez zamawiającego. W negocjacjach uczestniczy również zamawiający. Podstawą negocjacji jest oferta offsetowa. Umowa nie może być zawarta na warunkach mniej korzystnych niż określone w tej ofercie. Przedmiotem negocjacji są w szczególności przedmiot i terminy wykonywania zobowiązań offsetowych.

W przypadku braku porozumienia co do postanowień umowy offsetowej w terminie określonym w warunkach postępowania przez zamawiającego, z przyczyn leżących po stronie zagranicznego dostawcy, Minister Obrony Narodowej informuje zagranicznego dostawcę o wykluczeniu go z postępowania. Za przyczynę leżącą po stronie zagranicznego dostawcy uznaje się w szczególności niezgodność proponowanych przez niego postanowień umowy offsetowej z wymaganiami zawartymi w założeniach do oferty offsetowej. Dalsze postępowanie prowadzi się z udziałem zagranicznego dostawcy, który przedstawił kolejną najlepszą ofertę.

Minister Obrony Narodowej zawiera umowę offsetową po zasięgnięciu opinii Komitetu Offsetowego, który jest organem opiniodawczo-doradczym Ministra. Grupuje przedstawicieli Prezydenta RP, administracji rządowej oraz służb specjalnych. Nie później niż w dniu zawarcia umowy offsetowej Minister Obrony Narodowej wzywa, w imieniu Skarbu Państwa, zagranicznego dostawcę do przedstawienia zabezpieczenia należytego jej wykonania w postaci np. aktu notarialnego zawierającego oświadczenie o poddaniu się egzekucji, gwarancji bankowej lub złożenia przez zagranicznego dostawcę weksla in blanco wraz z deklaracją wekslową. Ponosi on również koszty związane z ustanowieniem któregośkolwiek z ustanowionych zabezpieczeń. Kwota zabezpieczenia nie może być niższa niż wartość umowy offsetowej.

5. Realizacja umowy offsetowej

W trakcie realizacji umowy offsetowej zagraniczny dostawca ma obowiązek przekazywać Ministrowi Obrony Narodowej sprawozdanie z wykonania poszczególnych zobowiązań offsetowych za rok poprzedni w terminie do dnia 31 marca każdego roku. Natomiast Minister Obrony Narodowej ma prawo żądać w każdym czasie od zagranicznego dostawcy informacji o stopniu wykonania zobowiązań offsetowych. Umowa offsetowa musi zostać wykonana w terminie maksymalnie 10 lat od dnia jej wejścia w życie.

W trakcie jej wykonywania może wystąpić istotna zmiana okoliczności, która będzie stanowić podstawę do zmiany treści umowy. Może ona polegać na zmianie offsetobiorcy, offsetodawcy, przedmiotu, wartości oraz terminu wykonania poszczególnych zobowiązań offsetowych. Może też nastąpić zastąpienie danego zobowiązania offsetowego nowym zobowiązaniem offsetowym lub nowymi zobowiązaniami offsetowymi. Istotna zmiana okoliczności jest podstawą do modyfikacji treści umowy offsetowej w formie pisemnej pod rygorem nieważności, zwykle w formie aneksu,

która musi się jednak odbywać przy odpowiednim stosowaniu zamkniętego katalogu przepisów ustawy. W rezultacie strony nie mogą odstąpić od umowy. W przypadku takich zmian, które prowadzą do zmiany jej wartości, strony są zobowiązane ponownie ją ustalić w trybie negocjacji przy udziale zamawiającego. Negocjacje dotyczą w szczególności przedmiotu zmiany umowy offsetowej oraz terminów wykonania zobowiązania lub zobowiązań offsetowych, jeśli zmiana polega na zmianie dotychczasowego zobowiązania lub zobowiązań.

6. Nadzór nad wykonywaniem umów offsetowych

6.1. Kontrola realizacji umowy offsetowej

Minister Obrony Narodowej sprawuje nadzór nad wykonywaniem umów offsetowych. Przeprowadza u poszczególnych offsetobiorców kontrolę w zakresie prawidłowości wykonania zobowiązań offsetowych, o czym informuje zagranicznego dostawcę. Czynności kontrolne wykonuje zespół kontrolny po doręczeniu offsetobiorcom oraz zagranicznemu dostawcy upoważnienia do przeprowadzenia kontroli. Może wziąć w nich udział, w charakterze obserwatora, zagraniczny dostawca. W skład zespołu wchodzi pracownicy Ministerstwa Obrony Narodowej, ale mogą się w nim znaleźć również osoby niebędące pracownikami resortu. W trakcie wykonywania czynności zespół kontrolny ma prawo:

- 1) wglądu w dokumentację związaną z przedmiotem zobowiązania offsetowego,
- 2) wstępu do obiektów i pomieszczeń offsetobiorcy związanych z jego wykonywaniem,
- 3) żądania od offsetobiorcy ustnych lub pisemnych wyjaśnień dotyczących zobowiązania offsetowego oraz
- 4) sporządzania niezbędnych odpisów lub wyciągów z dokumentów oraz zestawień i obliczeń.

Natomiast kontrolowany offsetobiorca zapewnia zespołowi kontrolnemu warunki i środki niezbędne do sprawnego przeprowadzenia kontroli. W szczególności udostępnia na czas trwania kontroli oddzielne pomieszczenie z odpowiednim wyposażeniem, niezwłocznie przedstawia żądane dokumenty i materiały oraz udziela wyjaśnień oraz umożliwia dostęp do danych zapisywanych na elektronicznych nośnikach z zachowaniem przepisów o tajemnicy prawnie chronionej.

Z przeprowadzonej kontroli zespół kontrolny sporządza protokół, który obejmuje m.in. ustalenia kontroli oraz pouczenie o sposobie zgłoszenia zastrzeżeń do treści protokołu. Offsetobiorca oraz zagraniczny dostawca mogą zgłosić Ministrowi Obrony Narodowej zastrzeżenia do protokołu wraz z ich uzasadnieniem w terminie 14 dni od dnia otrzymania protokołu. W przypadku zgłoszenia takich zastrzeżeń Minister Obrony Narodowej może ponownie przeprowadzić kontrolę albo zmienić lub uzupełnić protokół.

Ponadto Minister Obrony Narodowej ma prawo żądać w każdym czasie od zagranicznego dostawcy informacji o stopniu wykonania zobowiązań offsetowych. Natomiast offsetobiorca ma obowiązek udzielać Ministrowi Obrony Narodowej, na jego żądanie, informacji o wykonaniu zobowiązań offsetowych.

6.2. Stwierdzenie wykonania zobowiązania offsetowego

Zagraniczny dostawca składa Ministrowi Obrony Narodowej wniosek o zaliczenie zobowiązania offsetowego na poczet umowy offsetowej nie później niż w terminie 90 dni od daty wykonania zobowiązania offsetowego. Wniosek zawiera:

- 1) oznaczenie zobowiązania offsetowego;
- 2) przedmiot zobowiązania offsetowego;
- 3) terminy wykonywania zobowiązania offsetowego;
- 4) zakres zobowiązania offsetowego;
- 5) sposób wykonania zobowiązania offsetowego w zakresie;
- 6) oświadczenie offsetodawcy o wykonaniu zobowiązania offsetowego zgodnie z umową offsetową.

Zagraniczny dostawca dołącza do wniosku oświadczenie offsetobiorcy o wykonaniu zobowiązania offsetowego. W przypadku gdy ten wniosek nie spełnia opisanych wymogów, Minister Obrony Narodowej, w terminie 14 dni od daty wpłynięcia wniosku, wzywa zagranicznego dostawcę do uzupełnienia wniosku w terminie nie dłuższym niż 30 dni. Natomiast jeżeli wniosek został złożony po tym terminie, albo nie został uzupełniony w wyznaczonym terminie, wówczas Minister Obrony Narodowej pozostawia go bez rozpoznania. Minister Obrony Narodowej, dokonując oceny

wniosku, o może m.in. żądać przedstawienia przez zagranicznego dostawcę dodatkowych dokumentów oraz informacji niezbędnych do dokonania oceny zasadności wniosku.

Po otrzymaniu kompletnego wniosku Minister Obrony Narodowej po przeprowadzeniu kontroli realizacji zobowiązania offsetowego u offsetobiorcy, oraz po uzyskaniu pozytywnej opinii Komitetu Offsetowego zalicza wykonanie przez zagranicznego dostawcę zobowiązania offsetowego na poczet wartości umowy offsetowej. W przypadku negatywnych wyników kontroli lub negatywnej opinii Komitetu Offsetowego zobowiązanie offsetowe nie zostaje zaliczone. Wykonanie zobowiązania offsetowego zostaje stwierdzone w formie protokołu podpisanego przez Ministra Obrony Narodowej oraz zagranicznego dostawcę.

6.3. Stwierdzenie wykonania umowy offsetowej

Stwierdzenie wykonania umowy offsetowej wymaga zatwierdzenia przez Radę Ministrów. O zatwierdzenie występuje Minister Obrony Narodowej.

7. Wygaśnięcie umowy offsetowej

Umowa offsetowa wygasa z dniem stwierdzenia przez Ministra Obrony Narodowej, a następnie Radę Ministrów wykonania wszystkich zobowiązań offsetowych przez zagranicznego dostawcę albo w dniu zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kary umownej lub odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych.

Material został przygotowany i opracowany dla Polskiej Agencji Informacji i Inwestycji Zagranicznych S.A. przez:

Autor:

Wojciech PAWLUSZKO – Associate
E-mail: wojciech.pawluszko@slslegal.pl
Tel.: +48 505 296 553

POZNAŃ

ul. J. Zeylanda 3/7, 60-808 Poznań

Tel.: +48 61 278 57 10

Fax: +48 61 278 57 20

E-mail: krzysztof.sandurski@slslegal.pl

WARSZAWA

ul. Bagno 2/179, 00-112 Warszawa

Tel.: + 48 22 112 15 70

Fax: + 48 22 112 15 71

E-mail: filip.seredynski@slslegal.pl

SLS

SEREDYŃSKI SANDURSKI
KANCELARIA RADCÓW PRAWNYCH sp. p.

SLS SEREDYŃSKI SANDURSKI
Kancelaria Radców Prawnych sp. p.
Poznań — ul. J. Zeylanda 3/7, 60-808
Warszawa — ul. Bagno 2/179, 00-112

Sąd Rejonowy Poznań — Nowe Miasto i Wilda w Poznaniu VIII Wydział Gospodarczy
Krajowego Rejestru Sądowego pod numerem KRS 391666, NIP 7792396832
BZ WBK S.A. III Oddział w Poznaniu, nr 51 1090 1359 0000 0001 1695 1283
T.: +48 61 278 57 10 F.: +48 61 278 57 20 WWW.SLSLEGAL.PL