

Zamówienia publiczne w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa w polskim porządku prawnym

Spis treści:

- 1. Wprowadzenie**
- 2. Podstawowe polskie akty prawne i dokumenty regulujące udzielanie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 3. Przedmiot zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 4. Wykonawcy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 5. Obowiązki związane z ochroną informacji niejawnych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 6. Udział podwykonawców w trakcie realizacji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 7. Bezpieczeństwo dostaw w trakcie realizacji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 8. Tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa**
- 9. Kryteria oceny ofert**

Stan prawny na dzień 12.2.2016 r.

1. Wprowadzenie

Unia Europejska za pośrednictwem dyrektywy 2009/81/WE skoordynowała procedury udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa umożliwiającą spełnienie wymogów bezpieczeństwa państw członkowskich i obowiązków wynikających z Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Celem tych przepisów jest obniżenie kosztów w sektorze obrony oraz redukcja oddziaływania tego sektora na środowisko. Ponadto Unia dąży do uregulowania powyższych zamówień w zgodzie z zasadami Traktatu, a w szczególności z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad z nich wynikających, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Z kolei zgodnie z art. 346 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej każde państwo członkowskie 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. Na bazie tego przepisu stosuje się reżim prawny odrębny od postanowień dyrektywy implementowanej do krajowych porządków prawnych.

W polskim porządku prawnym istnieją specjalne regulacje, które odnoszą się do zamówień publicznych w dziedzinach bezpieczeństwa i obronności państwa. Znajdują się one głównie w ustawie – Prawo Zamówień Publicznych i dotyczą zamówień, o których mowa w dyrektywie obronnej. Ponadto są obecne w Decyzji Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r., która jest stosowana do zamówień opartych o stosowanie art. 346 TFUE. Specyfika nabywanych produktów i usług powoduje, że postępowania o udzielanie zamówień publicznych odbywają się na specjalnych zasadach. Bezpieczeństwo dostaw, zasady zlecenia podwykonawstwa, odmienność szczegółowych procedur, czy ochrona przekazywanych informacji niejawnych to wybrane aspekty różniące zamówienia publiczne w opisywanej dziedzinie.

2. Podstawowe polskie akty prawne i dokumenty regulujące udzielanie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

W polskim porządku prawnym najważniejszym aktem prawnym regulującym udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo Zamówień Publicznych (Dz.U. z 2015 r. poz. 2164), w szczególności rozdział 4a (art. 131a – 131w) tej ustawy. Zawarte tam przepisy stanowią implementację dyrektywy 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76-136) zwanej potocznie „dyrektywą obronną”. Dyrektywa weszła w życie 21 sierpnia 2009 r., a państwa członkowskie zostały zobowiązane do jej wdrożenia do krajowego prawodawstwa w ciągu dwóch lat. Została jednak zmodyfikowana przez rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady w odniesieniu do

progów obowiązujących w zakresie procedur udzielania zamówień. W kontekście interpretacji przepisów unijnych istotną rolę odgrywa również Komunikat Wyjaśniający Komisji Europejskiej w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności. Natomiast w przypadku gdy dochodzi do wyłączenia stosowania przepisów ustawy – Prawo Zamówień Publicznych z powodu występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, wówczas stosuje się przepisy zawarte w decyzji Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. MON 2015 poz. 265).

3. Przedmiot zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

Przepisy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa zawarte w Prawie Zamówień Publicznych stosuje się przede wszystkim, jeżeli przedmiotem zamówienia są:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 3) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- 4) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Przepisy decyzji nr 367/MON z 14 września 2015 r. stosuje się z kolei do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa.

4. Wykonawcy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

O udzielenie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa opartych o przepisy Prawo Zamówień Publicznych mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Zamawiający może też określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że mogą się o nie ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione. Jeśli tego nie uczyni, wówczas wykonawcy z tych krajów, którzy będą mimo to ubiegać się o zamówienie, zostaną wykluczeni z postępowania.

W przypadku zamówień związanych z występowaniem podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa o ich udzielenie mogą ubiegać się wykonawcy, którzy nie podlegają wykluczeniu na podstawie przepisów decyzji nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z 14 września 2015 r. oraz spełniają warunki dotyczące:

- 1) posiadania uprawnień do wykonywania określonej działalności lub czynności, jeżeli przepisy prawa nakładają obowiązek ich posiadania;
- 2) posiadania wiedzy i doświadczenia;
- 3) posiadania lub dysponowania odpowiednim potencjałem technicznym oraz osobami zdolnymi do wykonania zamówienia, lub posiadania zdolności do ustanowienia na terytorium Polski odpowiedniego potencjału;
- 4) sytuacji ekonomicznej i finansowej zapewniającej wykonanie zamówienia.

Zamawiający może dopuścić możliwość wspólnego ubiegania się wykonawców o udzielenie zamówienia, o ile nie pozostaje to w sprzeczności ze wspomnianą oceną Ministra Obrony Narodowej. W takiej sytuacji wykonawcy ustanawiają pełnomocnika do reprezentowania ich w postępowaniu o udzielenie zamówienia albo reprezentowania w postępowaniu i zawarcia umowy w sprawie zamówienia i solidarnej odpowiedzialności za jego realizację.

Zamawiający może też ograniczyć udział w postępowaniu o udzielenie zamówienia wyłącznie do wykonawców, którzy samodzielnie spełniają co najmniej jeden z następujących warunków:

- 1) posiadania wiedzy;
- 2) posiadania doświadczenia;
- 3) posiadania potencjału technicznego.

5. Obowiązki związane z ochroną informacji niejawnych w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

Wykonawca ubiegający się o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w oparciu o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych może je otrzymać tylko wówczas, gdy daje rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych przekazanych przez zamawiającego niezbędnych do wykonania zamówienia. Zamawiający może też zobowiązać wykonawcę do poinformowania jego podwykonawców o ciążyącym na nich obowiązku ochrony informacji niejawnych, które uzyskali w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz po jego zakończeniu. Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia prawo zweryfikowania lub odsunięcia pracowników wykonawcy, którzy mają brać udział w realizacji zamówienia, zarówno na etapie prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak również na etapie realizacji umowy, jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa albo jest to konieczne w celu podniesienia bezpieczeństwa realizowanych zamówień.

W przypadku zamówień realizowanych na podstawie decyzji nr 367/MON regulacje dotyczące ochrony informacji niejawnych są co do zasady zbieżne z regulacjami wynikającymi z ustawy Prawo Zamówień Publicznych.

Szczegółowe regulacje w tej materii znajdują się w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

6. Udział podwykonawców w trakcie realizacji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

Zamawiający może określić w opisie przedmiotu zamówienia wymagania związane z realizacją zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa opartego o ustawę Prawo Zamówień Publicznych, w zakresie podwykonawstwa, dotyczące m.in.:

- 1) wskazania w ofercie części zamówienia, której wykonanie powierzone zostanie podwykonawcom oraz podania nazw (firm) podwykonawców wraz z przedmiotem umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani - w przypadku, w którym wykonawca nie jest zobowiązany przez zamawiającego do wyboru podwykonawców zgodnie z procedurą określoną w niniejszym rozdziale;
- 2) niezwłocznego informowania o wszelkich zmianach dotyczących podwykonawców, które wystąpią w trakcie wykonywania zamówienia.

Ponadto zamawiający może zobowiązać wykonawcę do zawarcia umowy o podwykonawstwo, określając w ogłoszeniu o zamówieniu przedział wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, który ma być przedmiotem umowy o podwykonawstwo. Taka umowa ma charakter pisemny i odpłatny. Jest zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem. Łączna wartość umów o podwykonawstwo, które wykonawca będzie zobowiązany zawrzeć, nie może przekroczyć 30% wartości udzielonego mu zamówienia.

Wykonawca, na żądanie zamawiającego, wskazuje w ofercie część zamówienia, którą powierzy podwykonawcom, w celu spełnienia obowiązku zawarcia umowy o podwykonawstwo. Co istotne, powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy wobec zamawiającego z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Ponadto zamawiający, w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa albo w czasie wykonywania umowy w sprawie takiego zamówienia, może odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę w przypadku niespełnienia przez niego warunków udziału w postępowaniu przewidzianych dla wykonawcy zamówienia.

Należy też pamiętać, że wykonawca nie udzieli zamówienia o podwykonawstwo, jeżeli żaden z podwykonawców biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców nie spełnia warunków udziału w postępowaniu lub żadna z ofert złożonych przez podwykonawców

biorących udział w postępowaniu w sprawie wyboru podwykonawców nie spełnia wymagań określonych w ogłoszeniu o zamówieniu o podwykonawstwo i może to skutkować niespełnieniem przez wykonawcę wymogów wynikających z umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W przypadku zamówień opartych o przepisy Decyzji nr 367/MON związanych z występowaniem podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa zamawiający może zezwolić na powierzenie realizacji części zamówienia podwykonawcom, w tym podwykonawcom zagranicznym, z zastrzeżeniem, że każdy z podwykonawców musi posiadać samodzielnie zasób wiedzy, doświadczenia lub potencjał techniczny, niezbędny do realizacji powierzonej części zamówienia, o ile nie jest to sprzeczne z treścią oceny Ministra Obrony Narodowej.

W przypadku udzielenia zezwolenia zamawiający określa w zaproszeniu do składania ofert wstępnych, ostatecznych lub w zaproszeniu do negocjacji warunki realizacji podwykonawstwa. Jest też zobowiązany wymagać w dokumentacji o udzielenie zamówienia, by wykonawca wskazał zarówno w ofercie wstępnej jak i ostatecznej, część zamówienia, której realizację zamierza powierzyć podwykonawcom. Powierzenie wykonania zamówienia podwykonawcom nie zwalnia wykonawcy wobec zamawiającego z odpowiedzialności za wykonanie zamówienia.

Zamawiający, w postępowaniu o udzielenie zamówienia lub w trakcie realizacji umowy, może odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę, w przypadku niespełnienia przez podwykonawcę warunków określonych przez zamawiającego przewidzianych dla wykonawcy, a wynikających w szczególności z wymogów bezpieczeństwa, określonych w ocenie Ministra Obrony Narodowej.

7. Bezpieczeństwo dostaw w trakcie realizacji zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

W celu zapewnienia bezpieczeństwa dostaw zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia opartego o przepisy ustawy Prawo Zamówień Publicznych zamieszczonym w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania związane z realizacją

zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Zamawiający może określić w szczególności:

- 1) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej spełnianie wymogów w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym wszelkich dokumentów towarzyszących uzyskanych od danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej;
- 2) zobowiązanie wykonawcy do określenia ograniczeń obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami będących wynikiem postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa;
- 3) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji gwarantującej, że organizacja i lokalizacja realizowanych dostaw umożliwia mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w realizacji dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami;
- 4) zobowiązanie, na uzgodnionych warunkach, wykonawcy do zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej;
- 5) zobowiązanie wykonawcy do złożenia dokumentacji otrzymanej od władz państwowych wykonawcy dotyczącej zapewnienia możliwości realizacji zamówienia w przypadku wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej;
- 6) zobowiązanie wykonawcy do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia;
- 7) zobowiązanie wykonawcy do bezzwłocznego informowania zamawiającego o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, realizacji dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego;
- 8) zobowiązanie wykonawcy, na uzgodnionych warunkach, do zapewnienia, w przypadku gdy nie będzie on już w stanie zapewnić dostaw zamawiającemu, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania.

W przypadku zamówień opartych o przepisy Decyzji nr 367/MON związanych z występowaniem podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa zamawiający, kierując się wymogami bezpieczeństwa dostaw i usług, określa w szczególności:

- 1) jaki potencjał techniczny musi posiadać samodzielnie sam wykonawca, a w jakim zakresie może nim dysponować;
- 2) w jakim zakresie wykonawca musi samodzielnie posiadać zdolność do ustanowienia potencjału technicznego, w przypadku gdy z oceny dokonanej przez Ministra Obrony Narodowej, wynika konieczność posiadania zdolności do ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej takiego potencjału technicznego;
- 3) szczególne cechy podmiotów, w których odpowiedni potencjał techniczny ma być utworzony.

8. Tryby udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa państwa

Co do zasady na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych zamawiający może udzielić zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w trybie przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem. Może jednak również udzielić zamówienia tego typu w trybie dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki w okolicznościach określonych rozdziale 4a Ustawy – Prawo Zamówień Publicznych, a w przypadku, o którym mowa w art. 74 ust. 2 tej Ustawy - również w trybie licytacji elektronicznej. Art. 131h Ustawy precyzuje w jakich okolicznościach może być zastosowany dany tryb udzielania zamówienia.

W przypadku zamówień opartych o przepisy Decyzji nr 367/MON związanych z występowaniem podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa postępowania o udzielenie zamówienia mogą być prowadzone w trybie:

- 1) negocjacji z kilkoma wykonawcami;
- 2) negocjacji z jednym wykonawcą;
- 3) w przypadku braku możliwości zastosowania powyższych trybów, ze względu na brak możliwości określenia zamkniętego katalogu wykonawców, zamawiający zamieszcza ogłoszenie o zamówieniu w swojej siedzibie oraz na stronie internetowej.

9. Kryteria oceny ofert

W zamówieniach realizowanych na podstawie ustawy Prawo Zamówień Publicznych kryteriami oceny ofert są cena albo cena i inne kryteria odnoszące się do przedmiotu zamówienia, w szczególności jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, aspekty środowiskowe, społeczne, innowacyjne, serwis, termin wykonania zamówienia oraz koszty eksploatacji lub kryteria takie, jak koszt cyklu życia produktu, rentowność, serwis posprzedażny i pomoc techniczna, bezpieczeństwo dostaw, interoperacyjność oraz właściwości operacyjne, określone w specyfikacji istotnych warunków zamówienia.

W przypadku zamówień opartych o przepisy Decyzji nr 367/MON związanych z występowaniem podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa kryteriami oceny ofert ostatecznych są cena albo cena i inne kryteria, w szczególności jakość, parametry techniczne, koszt cyklu życia, serwis, termin wykonania zamówienia. Ponadto zamawiający uwzględnia ocenę ofert offsetowych, o ile mają zastosowanie postanowienia ustawy offsetowej.

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

Autor:

Wojciech PAWŁUSZKO – 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