



**DZP**

więcej niż prawo



## Zamówienia publiczne w dziedzinie obronności – specyfika prawna

Wojciech Hartung  
*Counsel*

Szczecin, 8 czerwca 2016 r.



# Wprowadzenie

## Rynek zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa

- Priorytetowe Zadania Modernizacji Technicznej SZRP – Uchwała nr 123 z 2014 r.  
– planowane wydatki w latach 2014-2022 - **91,5 mld zł**
- Program Operacyjny „**Zwalczanie zagrożeń na morzu**” – **13, 280 mld zł**
  - planowane wydatki w budżecie 2016 r. – **276 mln zł**
  - planowane wydatki w latach 2017-2022 – **10,8 mld zł**
- Łączne wydatki na obronę narodową w budżecie 2016 – **35,899 mld zł**

**230 mld zł to całkowita wartość  
„cywilnego” rynku zamówień  
publicznych w 2014 r.**



## **Specyfika regulacji prawnych**

## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej – art. 346 ust. 1 lit. b)
  - każde państwo 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 te **nie mogą negatywnie** wpłynąć na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które **nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych**
  - „Lista z 1958 r.” – wyciąg z Decyzji Rady z 15.04.1958 r. zawierająca wykaz uzbrojenia, amunicji i materiałów wojennych, w tym uzbrojenia jądrowego, do których mają zastosowanie postanowienia art. 346 ust. 1 lit. b) TfUE – Lista zawiera 15 kategorii i nie została zmieniona od czasu jej przyjęcia
  - pkt 9 „Listy z 1958 r.” - okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym:
    - a) wszelkiego rodzaju okręty wojenne
    - b) sprzęt specjalnie zaprojektowany do kładzenia, wykrywania i trałowania min
    - c) kable podwodne

## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

- *z brzmienia wskazanego przepisu wynika, że omawiane produkty powinny być przeznaczone do celów wyłącznie wojskowych; w związku z tym **dostawa sprzętu, którego użycie w celach wojskowych nie jest pewne, koniecznie powinna spełniać zasady udzielania zamówień publicznych***



TSUE w sprawie C-337/05 z 08.04.2008 r.

- *nawet gdyby dany produkt był objęty zakresem jednej z kategorii sprzętu ujętego w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. – wówczas gdy istnieją dla niego zasadniczo podobne zastosowania techniczne w sektorze cywilnym – może on zostać uznany za przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych w rozumieniu art. 296 WE (346 TfUE) jedynie wówczas, gdy owo **przeznaczenie nie zostało mu przypisane jedynie przez instytucję zamawiającą, lecz również, wynika ono z cech właściwych dla sprzętu zaprojektowanego, opracowanego i wyprodukowanego konkretnie do tych celów***



TSUE w sprawie C-615/10 z 07.06.2012 r.

## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

- Dyrektywa 2009/81/WE z 13.07.2009 r.
  - zakres zastosowania - z zastrzeżeniem art. 346 TfUE – dostawy sprzętu wojskowego
  - wyłączeniu podlegają dostawy o **wyjątkowo surowych wymogach bezpieczeństwa** lub takie, które mają tak **ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej**, że nawet szczególne przepisy dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa, których **określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich**
  - potencjalne rzeczywiste otwarcie krajowych rynków zamówień w dziedzinie obronności na wykonawców z państw członkowskich Unii Europejskiej
  - znaczne ograniczenie możliwości uwzględniania warunków offsetowych, w związku z realizowanymi zamówieniami – kryteria oceny ofert powinny dotyczyć wyłącznie „przedmiotu zamówienia”

## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

- Dyrektywa 2009/81/WE – offset

*pośredni i bezpośredni offset stanowią środki ograniczające, które stoją w sprzeczności z podstawowymi zasadami ustanowionymi w TfUE, ponieważ naruszają swobodę przepływu towarów i usług; Dyrektywa 2009/81/WE nie może na nie zatem zezwolić, nie może ich tolerować ani ich regulować*

*jako środki ograniczające zasady traktatowe, offset może być dozwolony na podstawie wyłączeń przewidzianych w TfUE, w szczególności na podstawie art. 346*

*ocena dopuszczalności środków offsetowych powinna się odbywać indywidualnie i zależnie od danego zamówienia; wątpliwa jest generalna zasada obejmująca offsetem określone kategorie zamówień*



**Komisja Europejska do Dyrektywy 2009/81/WE  
Guidance Note - Offsets**



## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

- Dyrektywa 2009/81/WE - bezpieczeństwo dostaw

*art. 346 ust. 1 lit. b) TfUE może obejmować bezpieczeństwo dostaw w zakresie przewidzianym w tym przepisie (dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego)*

*państwo członkowskie ma możliwość zdecydować o tym, że dane zamówienie zostanie udzielone krajowemu wykonawcy w celu zachowania lub ustanowienia krajowego przemysłu obronnego, jeśli państwo członkowskie uważa, że jest to niezbędne dla ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa*

*państwo członkowskie ma możliwość zdecydować o tym, że ze względu na istotny interes bezpieczeństwa w określonych strategicznych sektorach kluczowe zdolności produkcyjne powinny zostać ulokowane na jego terytorium*

*pochodzenie wykonawcy samo w sobie nie powinno być uznawane za bezpieczeństwo dostaw*



**Komisja Europejska do Dyrektywy 2009/81/WE  
Guidance Note - Security of Supply**

## Regulacje prawne na poziomie Unii Europejskiej

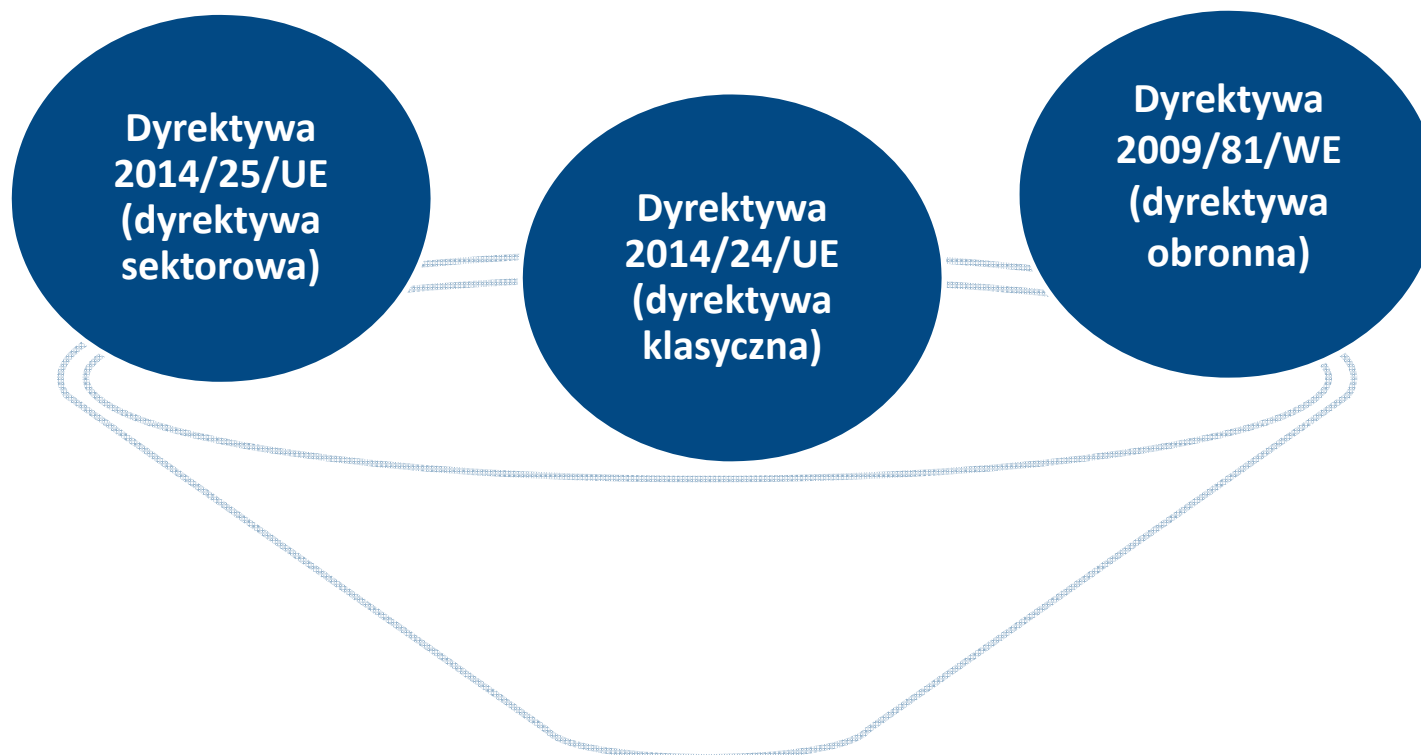
- Dyrektywa 2009/81/WE - przyszłość
  - KE prowadzi proces ewaluacji działania dyrektywy - do 08.07.2016 roku trwają konsultacje publiczne – możliwe wypełnienie kwestionariusza *online*
  - Raport Parlamentu i Rady jest spodziewany w 09.2016 r.
  - planowane zmiany miałyby dotyczyć narzędzi skłaniających państwa członkowskie do jak najszerszego stosowania zamówień publicznych do zakupów obronnych – jednocześnie ograniczenie możliwości powoływania się na art. 346 TfUE
  - promowanie zaangażowania MŚP w łańcuch dostaw w ramach zamówień publicznych
  - rozwiązania równoważne do offsetu: równoległe prace EDA nad badaniem offsetu w EU

## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- **WIELKA BRYTANIA** - *2011 No. 1848 The Defense and Security Public Contracts Regulations 2011* – odrębna regulacja
- **FRANCJA** - *Décret n° 2016-361 relatif aux marchés publics de défense ou de sécurité* – odrębna regulacja
- **NIEMCY** - *Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit vom 12. Juli 2012* – odrębna regulacja
- **WŁOCHY** – *Decreto Legislativo 15 novembre 2011, n. 208 Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE. (11G0249)* – odrębna regulacja
- **HISZPANIA** - *Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad* – odrębna regulacja

## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- Prawo zamówień publicznych z 29 stycznia 2004 r. (przepisy w dziedzinie obronności weszły w życie 20 lutego 2013 r.)



## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- art. 4 pkt 5 Prawa zamówień publicznych – ustawy nie stosuje się do:  
*zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, **jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa**, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych*
- Rozporządzenie Rady Ministrów z 12.02.2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie **oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa**
- Decyzja Nr 92/MON (zmieniona Decyzją nr 182/MON) z 21.03.2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie **kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa**
- Decyzja Nr 367/MON z 14.09.2015 r. w sprawie **zasad i trybu udzielania** w resorcie obrony narodowej **zamówień** o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa

## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- Decyzja Nr 367/MON
  - **§ 4. 1. Przygotowując i przeprowadzając postępowanie o udzielenie zamówienia,** w zależności od przedmiotu zamówienia, uwzględnia się wymogi dotyczące w szczególności:
    - 1) pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego;
    - 2) ochrony informacji niejawnych;
    - 3) oceny zgodności wyrobu i certyfikacji;
    - 4) systemu zarządzania jakością;
    - 5) wymagań metrologicznych;
    - 6) kodyfikacji;
    - 7) badań naukowych;
    - 8) dozoru technicznego;
    - 9) ochrony środowiska;
    - 10) bezpieczeństwa dostaw lub usług;
    - 11) **postanowień ustawy offsetowej;**
    - 12) **ustanowienia lub utrzymania przemysłowego potencjału obronnego, wynikającego z podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa;**
    - 13) zabezpieczenia interesów Skarbu Państwa w zakresie IP

## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- Decyzja Nr 367/MON
  - **1§ 4. 3.** 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

## Regulacje prawne na poziomie krajowym

- Ustawa z 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa
  - zagraniczny dostawca ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej na zasadach określonych w ustawie
  - zobowiązanie offsetowe – zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy, polegające w szczególności na przekazaniu technologii lub *know-how*, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji, zapewniające **wymaganą przez Skarb Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w celu utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału** w zakresie przeniesienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia **ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa**
  - umowa offsetowa – umowa zawartą między Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą, określająca w szczególności wartość, przedmiot i harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych oraz warunki, na jakich te zobowiązania mają być wykonane, mająca na celu **ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE**



## Podsumowanie

- Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej jest podstawowym źródłem prawa UE – przepisy dotyczące obronności i bezpieczeństwa państwa pozostają niezmienione od 1958 r.
- Dyrektywa 2009/81/WE stanowi ważny krok na drodze do jego liberalizacji
- Komisja Europejska podejmuje kolejne inicjatywy w tym kierunku
- państwa członkowskie UE przewidują różne modele implementacji postanowień Dyrektywy 2009/81/WE
- rynek zamówień w dziedzinie obronności – ze względu na charakter strategiczny – wciąż pozostaje w zasadniczej części w kompetencji państw członkowskich UE
- regulacje i praktyka istniejąca w państwach członkowskich przewidują rozwiązania sprzyjające rozwojowi lokalnego potencjału obronnego
- bez zgody państw członkowskich przepisy nie zostaną zmienione

## Kontakt



Wojciech Hartung  
Counsel

T: +48 22 557 94 70

M: +48 660 440 316

E: [Wojciech.Hartung@dzp.pl](mailto:Wojciech.Hartung@dzp.pl)



## **Domański Zakrzewski Palinka sp. k.**

### **Warszawa**

Rondo ONZ 1 | 00-124 Warszawa  
T: +48 22 557 76 00 | F: +48 22 557 76 01

### **Poznań**

ul. Paderewskiego 8 | 61-770 Poznań  
T: +48 61 642 49 00 | F: +48 61 642 49 50

### **Wrocław**

ul. Gwiaździsta 66 | 53-413 Wrocław  
T: +48 71 712 47 00 | F: +48 71 712 47 50

[www.dzp.pl](http://www.dzp.pl)

[www.linkedin.com/company/dzp](https://www.linkedin.com/company/dzp)