

# Zamówienia publiczne dla obronności i bezpieczeństwa państwa



**Paweł Zyśko**  
radca prawny,  
Kancelaria Chałas i Wspólnicy



Jedne z największych przetargów ostatnich lat w zakresie obronności i bezpieczeństwa państwa zostały rozstrzygnięte. Zakupimy nowoczesne systemy antyrakietowe marki Patriot oraz śmigłowce marki Caracal. Wartość kontraktów to mniej więcej 25 mld zł, ale co z tego trafi do polskiego przemysłu zbrojeniowego i naszej gospodarki, już budzi uzasadnione wątpliwości. W tym kontekście szczególnego znaczenia nabierają regulacje prawne, na których podstawie MON co do zasady udziela zamówień na kontrakty zbrojeniowe. Mowa oczywiście o zamówieniach publicznych.

## ZAMÓWIENIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA – ZOBOWIĄZANIA MIĘDZYNARODOWE

Abstrahując nawet od ostatnich kontraktów na zakup śmigłowców i systemów obrony przeciwrakietowej, należy stwierdzić, że zamówienia publiczne w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa stanowią istotną część całego rynku zamówień publicznych na terenie Unii Europejskiej. Ich waga zarówno dla całości gospodarki, jak i samego bezpieczeństwa państwa będzie rosła z uwagi na napiętą sytuację międzynarodową, w szczególności w związku z konfliktem na Ukrainie oraz w rejonie Bliskiego Wschodu, jak również w związku z przyjętymi zobowiązaniami krajów NATO podjętymi podczas szczytu w Newport, gdzie kraje NATO zobowiązały się do zwiększenia wydatków zbrojeniowych na cele obronne do 2% PKB w ciągu dekady.

W tym kontekście warto jeszcze raz zwrócić uwagę na nowelizację ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych, ustawę z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawę o koncesji na roboty budowlane oraz usługi (Dz. U. z 2012 r. poz. 1271), która wprowadziła szereg nowych rozwiązań, wśród których na szczególną uwagę zasługują regulacje odnoszące się do nowo wprowadzonego rozdziału 4a – Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Motywow wprowadzenia wyżej wymienionych rozwiązań należy szukać w uzasadnieniu do ustawy. Wśród głównych powodów wymienia się w szczególności konieczność implementacji do polskiego porządku prawnego norm dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez insty-



**JEŚLI WIERZycIEL, CZYLI ZAMAWIAJĄCY, NIE SKORZYSTA Z UPRAWNIENIA Z UST. 2 I NIE ZASTRZEŻE OBOWIĄZKU OSOBISTEGO DZIAŁANIA, WYDAJE SIĘ, ŻE WYKONAWCA MOŻE POSŁUŻYĆ SIĘ PODWYKONAWCĄ PRZY REALIZACJI CAŁEGO ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO**

tucje lub podmioty zamawiające w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (dyrektywa obronna). Druga grupa przepisów to te, które związane są z dyrektywami z zakresu zamówień publicznych oraz wyrokami ETS w przedmiotowym zakresie.

### NOWE ROZWIĄZANIA

Wśród nowych regulacji ustawowych – z uwagi na ich nowatorski charakter – wymienić należy w szczególności te odnoszące się do podmiotów mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia publicznego oraz te, które dotyczą podwykonawstwa.

Powyższe regulacje różnią się znacznie od reżimu prawnego ujętego w części „ogólnej” ustawy Pzp. Z art. 36a ust. 1 ustawy Pzp wynika, że wykonawca może powierzyć wykonanie części zamówienia podwykonawcy, chyba że zamawiający korzysta z uprawnienia wskazanego w ust. 2 w zakresie, w jakim dotyczy to kluczowych części zamówienia na roboty budowlane czy usługi lub prac związanych z rozmontowaniem i instalacją w ramach zamówienia na dostawy. W tym też zakresie art. 36a ust. 1 ustawy Pzp nie zmienia generalnej zasady wynikającej z art. 356 kc, zgodnie z którym wierzyciel może żądać osobistego spełnienia świadczenia tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej albo z właściwości świadczenia. Reasumując: jeśli wierzyciel, czyli zamawiający, nie skorzysta z uprawnienia z ust. 2 i nie zastrzeże obowiązku osobistego działania, wydaje się, że wykonawca może posłużyć się podwykonawcą przy realizacji całego zamówienia publicznego.

Na tle powyższych rozwiązań zauważyć należy, że ustawodawca w art. 131m ustawy Pzp przyznał zamawiającemu szczególne, dodatkowe uprawnienie do narzucenia wykonawcy umowy o podwykonawstwo, określając w ogłoszeniu o zamówieniu przedział wartości obejmujący minimalny i maksymalny procent wartości umowy w sprawie zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, który ma być przedmiotem umowy o podwykonawstwo.

Co więcej – zamawiający uzyskał prawo do określenia wartości umowy lub umów o podwykonawstwo, których wartość procentowa nie może przekroczyć 30% zamówienia udzielonego wykonawcy.

Z punktu widzenia gospodarczego i obronnego powyższe zasługuje na pochwałę. Oczywiście celem takiego rozwiązania jest bowiem wzmocnienie polskiego potencjału przemysłu obronnego, w szczególności poprzez restrukturyzację samego przemysłu, zacieśnianie współpracy pomiędzy podmiotami polskimi i zagranicznymi, jak również transfer nowej technologii (*know-how*).

Na marginesie należy wskazać także na dodatkową definicję wprowadzoną w przedmiotowym zakresie przez ustawodawcę. W art. 131m ust. 2 ustawy Pzp pojawi się bowiem termin „umowa o podwykonawstwo” jako umowa o charakterze odpłatnym, zawierana w celu wykonania zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa między wybranym przez zamawiającego wykonawcą a co najmniej jednym innym podmiotem. Definicja umowy o podwykonawstwo przyjęta w rozdziale 4a omawianej ustawy występuje niejako obok definicji „umowy o podwykonawstwo” wskazanej w art. 2 pkt 9b ustawy Pzp.

Nowością zawartą w nowelizacji jest na gruncie normatywnym także zobowiązanie wykonawcy do zawierania umów o podwykonawstwo na podstawie ogłoszenia o zamówieniu na podwykonawstwo. W ogłoszeniu o zamówieniu wykonawca opisuje sposób dokonania oceny spełnienia warunków przez podwykonawcę, jednakże ogłoszenia o zamówieniu się nie publikuje, jeśli zamówienie jest udzielane podwykonawcy w trybie negocjacji bez ogłoszenia lub zamówienia z wolnej ręki.

Co istotne, wykonawca może z własnej inicjatywy zaproponować realizację zamówienia w ramach podwykonawstwa części wartości umowy wykraczającą poza obowiązkowy przedział, o którym była mowa powyżej.



**ZAMAWIAJĄCY MOŻE OKREŚLIĆ W OGŁOSZENIU O ZAMÓWIENIU, ŻE O ZAMÓWIENIE W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA MOGĄ UBIEGAĆ SIĘ RÓWNIEŻ WYKONAWCY Z INNYCH PAŃSTW, NIŻ WYMIENIONE W UST. 1**

Z uwagi na wymogi bezpieczeństwa i obronności zamawiający albo w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia, albo w trakcie wykonywania umowy w sprawie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa może odmówić wyrażenia zgody na zawarcie umowy z podwykonawcą zaproponowanym przez wykonawcę w przypadku niespełnienia przez podwykonawcę warunków udziału w postępowaniu przewidzianym dla wykonawcy zamówienia. Oznacza to, że każdy podwykonawca powinien być zaakceptowany przez zamawiającego w sposób czynny. Wydaje się więc, że zastosowanie koncepcji tzw. zgody milczącej (art. 647<sup>1</sup>§ 2 zd. 2 kc), czyli zaakceptowania wykonawcy w sposób bierny, nie znajduje zastosowania.

Jeszcze ciekawsze rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę na gruncie przedmiotowej ustawy stanowi art. 131d, na którego podstawie „o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się wykonawcy mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub w państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień. Zamawiający może określić w ogłoszeniu o zamówieniu, że o zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa mogą ubiegać się również wykonawcy z innych państw, niż wymienione w ust. 1”.

Państwami spoza Unii Europejskiej oraz Europejskiego Obszaru Gospodarczego, z którymi Polska zawarła umowy w zakresie zamówień obronnych, są m.in. Indie, Armenia czy Czarnogóra. W tym miejscu należy być może zadać pytanie decydentom politycznym, czy regulacja zastosowana w rozdziale 4a nie powinna mieć zastosowania także na innych polach niż tylko obronność i bezpieczeństwo w celu ochrony rynku polskiego i unijnego przed wykonawcami pochodzącymi z krajów o odmiennych systemach prawnych i kulturowych, którzy posługując się jedynie kryterium ceny, oferują się wykonywać zamówienia publiczne po cenie niegwarantującej należytego wykonania usługi. Możliwe, że przeniesienie takiego rozwiązania np. na rynek autostradowy lub energetyczny miałoby pozytywny skutek dla gospodarki krajowej i unijnej.

### WYŁĄCZENIA STOSOWANIA USTAWY PZP

Na sam koniec należy zaznaczyć, że mimo wprowadzenia dodatkowego rozdziału 4a wyżej wymienionej ustawy – Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa – zgodnie z art. 4 pkt 5b przedmiotowa ustawa nie znajduje zastosowania przy zamówieniach dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeśli 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. Jak się wydaje, z tej możliwości skorzystał MON, który przy podpisywaniu umowy na dostawę uzbrojenia przy zakupie systemów rakiet marki Patriot i śmigłowców marki Caracal powołał się na przesłankę ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. ■