



Istotny interes bezpieczeństwa państwa, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych, w kontekście zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

I. Wprowadzenie

Interesy bezpieczeństwa narodowego obejmują w szczególności strzeżenie niepodległości, nienaruszalności terytorialnej, suwerenności oraz zapewnienie bezpieczeństwa państwa i obywateli, w tym aspekty militarne jak i polityczne¹. Prawo do ochrony interesów bezpieczeństwa państwa przez każde państwo członkowskie Unii Europejskiej, zostało podkreślone w prawie Unii Europejskiej. W odniesieniu do zamówień publicznych respektowanie tego prawa wyraża się poprzez wyłączenie stosowania przepisów z zakresu zamówień publicznych w odniesieniu do udzielania zamówień i organizacji konkursów, które ze względu na ochronę interesów bezpieczeństwa państwa muszą być objęte takim wyłączeniem. Na gruncie prawa polskiego przepisem zapewniającym stosowanie tej zasady jest w szczególności art. 12 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720), dalej „ustawa Pzp”.

Ponieważ wprowadzenie przepisu art. 12 ust. 1 ustawy Pzp do polskiego systemu prawa wiąże się z implementacją prawa europejskiego, wykładnia tego przepisu musi być zgodna z wykładnią obowiązującą w Unii Europejskiej.

II. Kontekst europejski

Przepis art. 12 ust. 1 ustawy Pzp stanowi implementację do polskiego porządku prawnego art. 15 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych², oraz art. 24 ust. 2 i 3 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej,

¹ *Strategia bezpieczeństwa narodowego Rzeczypospolitej Polskiej*, zatwierdzona postanowieniem Prezydenta RP w dniu 12 maja 2020 r., str. 11

² Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 65, z późn. zm.)



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

energetyki, transportu i usług pocztowych³. Są to zatem regulacje odnoszące się do zamówień klasycznych i sektorowych obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa.

W myśl tych przepisów w przypadku, gdy zamówienie i realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego lub konkurs zostały określone jako tajne lub muszą im towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim, dyrektywa nie ma zastosowania, pod warunkiem że dane państwo członkowskie stwierdziło, że nie można zagwarantować ochrony odnośnych podstawowych interesów za pomocą mniej inwazyjnych środków, takich jak nałożenie na wykonawców wymagań mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą albo podmiot zamawiający w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia. Przy czym, w każdym ze wskazanych wyżej przypadków, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów tylko w takim stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki.

Treść art. 346 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)⁴, do którego odwołanie znajduje się we wskazanych wyżej przepisach dyrektyw w kontekście omawianego zagadnienia ma istotne znaczenie dla właściwego zrozumienia art. 15 dyrektywy 2014/24/UE i art. 24 dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z artykułem 346 ust. 1 TFUE (dawny artykuł 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)⁵) „*postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł: a) żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa; b) 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; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych*”.

Przepisy analogiczne do art. 15 dyrektywy 2014/24/UE i art. 24 dyrektywy 2014/25/UE znajdowały się również w poprzedzających je dyrektywach regulujących procedury udzielania zamówień publicznych tj. w dyrektywie 2004/18/WE⁶ (art.14⁷) oraz w dyrektywie 2004/17/WE⁸ (art. 21⁹). Przy czym od czasu wejścia

³ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz. Urz. UE L 94 z 28.03.2014, str. 243, z późn. zm.)

⁴ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016) Dz.U. C 202 z 7.6.2016 str. 47

⁵ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana 2006 r.) Dz.U. C 321E z 29.12.2006 str. 1

⁶ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 114)

⁷ **Artykuł 14 - Zamówienia tajne oraz zamówienia wymagające zastosowania szczególnych środków bezpieczeństwa:** „Niniejsza dyrektywa 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 państwa.”

⁸ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, s. 1)

⁹ **Artykuł 21 - Zamówienia tajne lub zamówienia wymagające szczególnych środków bezpieczeństwa:** „Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, określonych jako tajne przez Państwo Członkowskie, jeżeli ich realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa, zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym Państwie Członkowskim, lub jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa Państwa Członkowskiego”



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

w życie regulacji przewidzianych dyrektywą 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 instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa¹⁰, stosowanie tych wyłączeń było już wyraźnie postrzegane w kontekście przepisów dyrektywy 2009/81/WE oraz środków proporcjonalnych.

W Nocie wyjaśniającej dotyczącej zakresu stosowania dyrektywy 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa¹¹, która zachowuje aktualność również na gruncie obecnie obowiązujących dyrektyw 2014/24/UE i 2014/25/UE, Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego i Usług Komisji Europejskiej podkreśliła, że „dyrektywa 2009/81/WE ma zastosowanie do udzielania niektórych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez instytucje i podmioty zamawiające. Zamówienia udzielane przez instytucje i podmioty zamawiające w tych dziedzinach, których nie obejmuje swym zakresem dyrektywa 2009/81/WE, podlegają zasadniczo w dalszym ciągu dyrektywom 2004/17/WE oraz 2004/18/WE. (...) W związku z tym, jeżeli państwo członkowskie zamierza w oparciu o art. 346 TFUE udzielić zamówienia objętego postanowieniami dyrektywy (lub dyrektyw 2004/17/WE lub 2004/18/WE) bez przestrzegania wymogów proceduralnych określonych w tych dyrektywach, musi zagwarantować, że wybrany środek – na przykład bezpośrednie udzielenie zamówienia konkretnemu producentowi – jest niezbędne w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa. Decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi zatem opierać się na jednostkowej ocenie każdego przypadku, która określa zagrożone podstawowe interesy bezpieczeństwa oraz ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, tj. niezastosowania dyrektywy, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TFUE. W tym kontekście ważna jest świadomość, że prawo UE daje obecnie, za pośrednictwem dyrektywy 2009/81/WE, prawny instrument, który został stworzony specjalnie w celu zaspokojenia konkretnych potrzeb i wymogów zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Jednakże mogą wciąż istnieć zamówienia, które na przykład wymagają spełnienia takich szczególnych warunków w zakresie bezpieczeństwa dostaw lub, które mają charakter tak tajny lub mają tak ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy dyrektywy 2009/81/WE nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa państwa członkowskiego. W takich przypadkach dane państwo członkowskie musi zapewnić, i w razie konieczności udowodnić, że konkretny zastosowany środek jest obiektywnie właściwy dla ochrony określonych istotnych interesów bezpieczeństwa oraz, że w zakresie jakościowym i ilościowym nie wykracza poza to co jest ściśle konieczne w tym celu.”

Wyjaśnień dotyczących wyłączenia stosowania dyrektyw wywodzącego się z art. 346 ust. 1 TFUE dostarcza również motyw 20 preambuły do dyrektywy 2009/81/WE, zgodnie z którym „zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawierają często poufne informacje, które na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych obowiązujących w danym państwie członkowskim muszą być ze względów bezpieczeństwa chronione przed dostępem ze strony osób nieupoważnionych.

¹⁰ Dyrektywa 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 instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.08.2009, str. 76)

¹¹ Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca zakresu stosowania dyrektywy obronnej, (w:) Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, Wydawnictwo UZP, Warszawa 2011, s. 113



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W dziedzinie wojskowej istnieją w państwach członkowskich systemy opatrywania takich informacji klauzulą tajności w celach wojskowych. W zakresie bezpieczeństwa niewojskowego nie wszystkie państwa członkowskie posiadają system opatrywania takich informacji klauzulą tajności. W związku z tym właściwe jest zastosowanie koncepcji, która wzięłaby pod uwagę różnorodność praktyk w państwach członkowskich i która pozwoliłaby objąć zarówno aspekty wojskowe, jak i niewojskowe.(...) Ponadto art. 296 ust. 1 lit. a) Traktatu oferuje państwom członkowskim możliwość zwolnienia zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z obowiązku stosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli jej zastosowanie zobligowałoby je do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznałyby za sprzeczne z istotnymi interesami ich bezpieczeństwa. Taka sytuacja może zaistnieć zwłaszcza w przypadkach, gdy zamówienie jest tak newralgiczne, że nawet sam fakt jego istnienia powinien zostać objęty tajemnicą.”

III. Art. 12 ust. 1 ustawy Pzp

Na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy Pzp przepisów ustawy nie stosuje się do:

- 1) zamówień lub konkursów:
 - a) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych lub, którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa lub
 - b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa – w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI;
- 2) 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 w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI.

Przytoczony wyżej przepis art. 12 ust. 1 ustawy Pzp reguluje dwa rodzaje podstaw wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp: podstawy ogólne (art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp) oraz podstawę odnoszącą się do przedmiotu zamówienia (art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp).

Podstawy wyłączenia o charakterze ogólnym odwołują się do szczególnych okoliczności, jakie muszą towarzyszyć udzielaniu zamówienia lub konkursowi. Przepis wymienia trzy odrębne podstawy wyłączenia:

- 1) nadanie zamówieniu lub konkursowi klauzuli tajności zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, 2) gdy zamówieniu lub konkursowi muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa, oraz 3) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa. Warunkiem zastosowania wyłączenia ustawy Pzp w oparciu o każdą ze wskazanych wyżej podstaw jest dokonanie przez zamawiającego ustalenia, iż ochrona istotnych interesów



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

bezpieczeństwa państwa przy udzielaniu zamówienia albo organizacji konkursu nie może zostać zagwarantowana w inny sposób niż przez wyłączenie ustawy Pzp, w szczególności nawet z zastosowaniem przepisów działu VI, a więc przepisów dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Stosownie do art. 1 ust. 1 zdanie wstępne *ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych*¹², przez informacje niejawne należy rozumieć informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania. Przepis art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. a ustawy Pzp nie ogranicza wyłączenia do wybranych rodzajów klauzuli tajności, spośród wymienionych w art. 5 ustawy o ochronie informacji niejawnych, niemniej, jak zostało wskazane wyżej, u podstaw zastosowanego wyłączenia powinna leżeć ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa i brak możliwości zastosowania przepisów z zakresu obronności i bezpieczeństwa. Sam fakt objęcia zamówienia lub konkursu klauzulą tajności może zatem nie być wystarczający dla zastosowania tego wyłączenia.

Wyłączenie ustawy Pzp ze względu na szczególne środki bezpieczeństwa przewidziane przez odrębne przepisy, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 lit. b ustawy Pzp, odwołuje się do szczególnych regulacji prawnych wymagających ochrony informacji w odniesieniu do niektórych rodzajów zamówień. Wśród przepisów, które mogą stanowić (po dokonaniu przez zamawiającego odpowiednich ustaleń w odniesieniu do konkretnego zamówienia) podstawę wyłączenia z uwagi na szczególne środki bezpieczeństwa w nich przewidziane można wymienić przepisy wydane w odniesieniu do terenów zamkniętych niezbędnych dla obronności państwa w oparciu o przepisy ustawy z dnia 17 maja 1987 r. - Prawo geodezyjne i kartograficzne¹³.

Podstawa wyłączenia odwołująca się do konieczności odstąpienia od stosowania przepisów ustawy Pzp ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa stanowi w istocie dopełnienie dwóch poprzedzających podstaw wyłączenia stosowania ustawy Pzp o wszystkie inne przypadki, które nie łączą się z nadaniem klauzuli tajności ani z zastosowaniem odrębnych przepisów wprowadzających szczególne środki bezpieczeństwa, a również mają na celu ochronę istotnego interesu bezpieczeństwa państwa.

Jak wskazuje motyw 27 dyrektywy 2009/81/WE „w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich niniejszej dyrektywy byłoby niewłaściwe, pomimo jej szczególnej natury. Dotyczy to zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie. Dotyczy to również innych, szczególnie newralgicznych zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, takich jak przykładowo pewne zakupy przewidziane do ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez policję i służby bezpieczeństwa.”

¹² Dz. U. z 2023 r. poz. 756 z późn. zm.

¹³ Dz.U. z 2023 r. poz. 1752 z późn. zm.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

Podstawa wyłączenia o charakterze przedmiotowym, o której mowa w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się natomiast do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 lit. b TFUE. Zastosowanie wyłączenia w odniesieniu do zamówień mających za przedmiot produkcję lub handel bronią, amunicją lub materiałami wojennymi jest możliwe tylko pod warunkiem, że wyłączenia tego wymaga podstawowy interes bezpieczeństwa państwa i jednocześnie pod warunkiem, że udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy Pzp nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI, a więc zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Warto podkreślić, że zamawiający udzielający zamówień, których przedmiotem jest sprzęt wojskowy, ma zasadniczo obowiązek udzielania zamówień publicznych na podstawie przepisów materialnych i proceduralnych ustawy Pzp. Do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przepisy ustawy Pzp mają zastosowanie, gdy łącznie występują następujące okoliczności:

- 1) zamówienie jest udzielane przez zamawiających publicznych lub zamawiających sektorowych, o których mowa w art. 4 i art. 5 ust. 1 ustawy Pzp;
- 2) przedmiotem zamówienia są zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 7 pkt 36 ustawy Pzp;
- 3) umowa jest odpłatna a wartość udzielanego zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane jest równa lub przekracza progi unijne, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 2 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp;
- 4) zamówienie nie podlega wyłączeniu ze stosowania ustawy Pzp, w szczególności w oparciu o żadną z przesłanek, o których mowa w art. 12, 13 i 14 ustawy Pzp.

Stosowanie ustawy Pzp do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wynika stąd, że zgodnie z obowiązującym prawem Unii Europejskiej, zamówienia takie podlegają przepisom rynku wewnętrznego. Ochrona rynku wewnętrznego Unii Europejskiej odnosi się m.in. do ustanowienia wspólnych w prawie Unii Europejskiej zasad udzielania zamówień publicznych określonych dyrektywami: 2014/24/UE, 2014/25/UE oraz 2009/81/WE. Ochrona tych zasad w prawie polskim została zapewniona poprzez wdrożenie wymienionych dyrektyw w ustawie Pzp, przy czym w odniesieniu do zamawiania sprzętu wojskowego z zasady będą miały zastosowanie przepisy Działu VI ustawy Pzp regulujące udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. W tym kontekście zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, których nie obejmuje swym zakresem dyrektywa 2009/81/WE, podlegają z zasady dyrektywom 2014/24/UE oraz 2014/25/UE. Definicja zamówień objętych zakresem dyrektywy 2009/81/WE obejmuje zasadniczo wszystkie zamówienia na zakup sprzętu wojskowego, wojskowych robót budowlanych i usług do celów wojskowych, jak również ma zastosowanie do wszystkich tych zamówień dla



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych¹⁴. Ustawa Pzp wdraża przepisy dyrektywy 2009/81/WE odnoszące się zarówno do udzielania zamówień w dziedzinie obronności i jak i do udzielania zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa. Zgodnie z art. 7 pkt 36 ustawy Pzp przez zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są:

- a) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
- b) dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania,
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi związane z zabezpieczeniem obiektów będących w dyspozycji podmiotów realizujących zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa lub związane ze sprzętem, o którym mowa w lit. a i b, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu lub usługi,
- d) roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Zgodnie z definicją pojęcia „sprzęt wojskowy” zawartą w art. 7 pkt. 22 ustawy Pzp przez sprzęt wojskowy należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne. Jak zostało wskazane w motywie 10 preambuły do dyrektywy 2009/81/WE, (...) *dla celów tej dyrektywy, jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.*¹⁵ *W wykazie tym figuruje jedynie sprzęt, który został zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych. Wykaz ten ma jednak charakter ogólny i ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadzącego do opracowania nowych typów sprzętu, przykładowo na podstawie wspólnej listy sprzętu wojskowego Unii.(...).* W szczególności interpretacja pojęcia „sprzęt wojskowy” może następować w oparciu o Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę w dniu 21 lutego 2022 r. (sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZiB określającym wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego), który uaktualnia i zastępuje wspólny wykaz uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę w dniu 17 lutego 2020 r.¹⁶

Ponieważ ustawa Pzp znajduje zasadniczo zastosowanie do zamówień, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania, art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp stanowi wyjątkowy przypadek wyłączenia stosowania ustawy Pzp, który może zaistnieć tylko w okolicznościach, gdy wynika to z konieczności utajnienia zamówienia i informacji o tym zamówieniu ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, co wyłącza

¹⁴ Por. Nota wyjaśniająca Komisji Europejskiej dotycząca zakresu zastosowania dyrektywy 2009/81/WE (*Guidance Note – Field of application*) dostępna pod adresem https://ec.europa.eu/growth/single-market/public-procurement/rules-implementation/defence_pl; także *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011 r., s. 113 i nast.

¹⁵ Decyzja w sprawie ustalenia listy produktów (broń, amunicja i materiały wojenne), do których odnoszą się przepisy art. 223 ust. 1 lit. b) — obecnie art. 296 ust. 1 lit. b) — Traktatu (dok. 255/58). Protokół z dnia 15 kwietnia 1958 r.: dok. 368/58

¹⁶ Dz. Urz. UE C 100 z 1.3.2022 str. 3



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zastosowanie nawet przepisów szczególnych dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

IV. Istotny interes bezpieczeństwa państwa

Mimo że ustawa Pzp w art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp posługuje się pojęciem „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa”, zaś w art. 12 ust. 1 pkt 2 pojęciem „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa” z uwagi na wymiar europejski normy wdrożonej przepisem art. 12 ust. 1 ustawy Pzp, pojęcia te odpowiadają sobie znaczeniowo. W obu przypadkach źródłowym przepisem, przywoływanym w dyrektywach z zakresu zamówień publicznych w odniesieniu do tej normy, jest art. 346 TFUE odwołujący się do podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Ze względu na wspólnotowy wymiar normy wdrażanej przepisem art. 12 ust. 1 ustawy Pzp rozumienie tego przepisu, w tym rozumienie pojęcia istotnego interesu bezpieczeństwa państwa we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej powinno być takie samo. W związku z tym, że pojęcie istotnego interesu bezpieczeństwa państwa musi być jednakowo interpretowane we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej, należy przyjąć, że odpowiada ono pojęciu podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Pojęcie istotnego (podstawowego) interesu bezpieczeństwa państwa, którym posługuje się ustawa Pzp w art. 12 ust. 1 nie zostało zdefiniowane w prawie krajowym, w tym w ustawie Pzp, ani w prawie europejskim. Brak definicji legalnej tego pojęcia nie stoi jednak na przeszkodzie w prawidłowym stosowaniu regulacji. Decyzja zamawiającego co do zakwalifikowania danego zamówienia publicznego jako podlegającego wyłączeniu ze stosowania przepisów ustawy Pzp ze względu na istotny (podstawowy) interes bezpieczeństwa państwa musi bowiem zawsze zawierać indywidualną ocenę potrzeby ochrony interesów bezpieczeństwa państwa w okolicznościach dotyczących konkretnego przypadku zamówienia, a więc musi następować z uwzględnieniem okoliczności prawnych i faktycznych realizujących się tylko w odniesieniu do danego zamówienia. Konieczność wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp ze względu na cel jakim jest ochrona istotnych (podstawowych) interesów bezpieczeństwa państwa konkretyzuje się w przypadku, gdy ścisła ochrona informacji niezbędnych do udzielenia zamówienia jest wymuszona przez niezależne od zamawiającego okoliczności związane z ochroną bezpieczeństwa państwa (przepisy, decyzje itp.), co skutkuje brakiem możliwości udzielenia tego zamówienia z uwzględnieniem zasad, do których odwołuje się ustawa Pzp, w szczególności zasady jawności. Innymi słowy są to okoliczności konkretyzujące się w odniesieniu do danego zamówienia, w których udzielenie zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp powodowałoby zagrożenie istotnego (podstawowego) interesu bezpieczeństwa państwa związanego z udzieleniem tego zamówienia.

Ochrona interesów bezpieczeństwa państwa, o których mowa w art. 12 ust. 1 ustawy Pzp dotyczy interesów bezpieczeństwa państwa uznawanych za podstawowe, a więc zasadniczo służących ochronie takich wartości jak: suwerenność, niepodległość, nienaruszalność terytorium państwa a także bezpieczeństwo wewnętrzne państwa. Inne cele, w szczególności ekonomiczne i gospodarcze, chociaż również leżą w sferze zainteresowania państwa nie mogą stanowić samodzielnego uzasadnienia dla



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

zastosowania tego wyłączenia. Ponadto podstawą wyłączenia nie mogą być samodzielnie cele związane z ochroną interesów bezpieczeństwa państwa innych niż istotne (podstawowe). Każde państwo członkowskie Unii Europejskiej ma prawo do zdefiniowania jakie swoje interesy w zakresie bezpieczeństwa uznaje za podstawowe. Natomiast na zamawiających odwołujących się do wyłączenia stosowania ustawy Pzp, o których mowa w art. 12 ust. 1 ustawy Pzp spoczywa obowiązek wskazania, jakich krajowych podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa dotyczy prowadzone postępowanie albo konkurs, i w jakim zakresie przestrzeganie obowiązków wynikających z ustawy Pzp byłoby sprzeczne z tymi interesami.

Ustalenie możliwości zastosowania art. 12 ust. 1 ustawy Pzp w odniesieniu do udzielanego zamówienia wymaga ponadto przeprowadzenia przez zamawiającego testu proporcjonalności.¹⁷

W tym celu mogą mieć pomocniczo zastosowanie następujące pytania:

- czy z udzielanym zamówieniem są związane interesy bezpieczeństwa, których ochrona leży w interesie państwa polskiego?
- czy te interesy bezpieczeństwa są istotne (podstawowe) – jakie konkretnie interesy istotne (podstawowe) bezpieczeństwa państwa są związane z udzielanym zamówieniem?
- czy istnieje zależność pomiędzy ochroną tych interesów bezpieczeństwa państwa i udzielanym zamówieniem publicznym i jaka jest ta zależność?
- czy odstąpienie od stosowania przepisów ustawy Pzp jest konieczne, aby interesy te były chronione – a jeżeli tak to dlaczego?

Przepis art. 12 ust. 1 ustawy Pzp odnosi do przypadków udzielania zamówień, w których ze względu na szczególne uwarunkowania związane z ochroną informacji nie jest wystarczające zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie innych środków ochrony informacji niż szczególne polegające na wyłączeniu stosowania ustawy Pzp w odniesieniu do całości takiego zamówienia lub konkursu. Dlatego wyłączeniu opartemu na tym przepisie nie będą podlegały takie zamówienia lub konkursy, w których występują jedynie elementy chronione np. w sytuacji, gdy tylko niektóre z dokumentów postępowania są objęte klauzulą tajności, a w odniesieniu do pozostałych dokumentów lub części postępowania lub konkursu mogą być z powodzeniem zastosowane przepisy ustawy Pzp, w szczególności przepisy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Stosowanie art. 12 ust. 1 ustawy Pzp powinno dotyczyć tylko takiego zakresu, który jest niezbędny do ochrony istotnych (podstawowych) interesów bezpieczeństwa państwa i nie wykraczać poza to co konieczne.

¹⁷ Jak wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej stosowanie odstępstw od norm mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez Traktat, musi podlegać ocenie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności (orzeczenie ETS z dnia 20 maja 1976 r. w sprawie 104/75 Adriaan de Peiper, Zb. Orz. 1976, str. 613, pkt 17).



V. Podsumowanie

1. Przepis art. 12 ust. 1 ustawy Pzp może stanowić podstawę wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp w sytuacji, gdy zostanie ustalona przez zamawiającego konieczność zapewnienia takiej ochrony informacji związanych z udzielanym zamówieniem albo organizowanym konkursem, że nie byłoby wystarczające dla zapewnienia tej ochrony, gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bądź konkurs były przeprowadzane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym nawet z zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa, gdyż pozostawałoby to w sprzeczności z istotnymi (podstawowymi) interesami bezpieczeństwa państwa.

2. Konieczność wyłączenia stosowania ustawy Pzp na podstawie art. 12 ust. 1 ustawy Pzp musi dotyczyć całego postępowania lub konkursu. Wyłączenie to opiera się na proporcjonalności w stosunku do celu, jakim jest zapewnienie ochrony interesom bezpieczeństwa państwa i może mieć miejsce tylko wówczas, gdy cel ten nie mógłby zostać osiągnięty przy udzielaniu zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp; w przypadku gdyby postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego bądź konkurs były przeprowadzane zgodnie z przepisami ustawy Pzp, w tym nawet z zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa, pozostawałoby w sprzeczności z istotnymi (podstawowymi) interesami bezpieczeństwa państwa.

3. Pojęcia: „istotnego interesu bezpieczeństwa państwa” oraz „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa”, którymi posługuje się art. 12 ust. 1 ustawy Pzp nie różnią się od siebie pod względem znaczenia. Ze względu na wspólnotowy wymiar normy wdrażanej przepisem art. 12 ust. 1 ustawy Pzp, dla której źródłowym przepisem przywoływanym w dyrektywach z zakresu zamówień publicznych jest art. 346 TFUE, odwołujący się do podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, rozumienie tego przepisu we wszystkich państwach członkowskich Unii Europejskiej powinno być takie samo.