



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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

Wprowadzenie

Ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2023 r. poz. 1605 i 1720), dalej „ustawa Pzp”, wdraża przepisy prawa Unii Europejskiej - dyrektyw z zakresu zamówień publicznych. Jednym z przepisów, który przenosi na grunt prawa polskiego prawo regulację prawa Unii Europejskiej jest art. 12 ust. 1 ustawy Pzp.

Przepis ten przewiduje wyłączenie obowiązku stosowania ustawy Pzp w szczególnych przypadkach związanych z ochroną informacji w kontekście ochrony interesów bezpieczeństwa państwa. Ma to miejsce w okolicznościach, gdy udzielanemu zamówieniu lub przeprowadzanemu konkursowi została nadana klauzula tajności w rozumieniu przepisów o ochronie informacji niejawnych lub w przypadku, gdy obowiązujące przepisy prawa przewidują zastosowanie szczególnych środków bezpieczeństwa przy udzielaniu takich zamówień lub konkursów, a także gdy wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp do zamówienia lub konkursu jest konieczne ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa. Ponadto ustawa Pzp nie ma zastosowania do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, jeżeli jest to konieczne ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa.

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 prowsólnotową.

Kontekst europejski

Przywołany wyżej 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 publicznych¹, 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

¹ 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

gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych², a więc przepisów odnoszących się do zamówień 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. Ponadto, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów w stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki, na przykład przez nałożenie wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą albo podmiot zamawiający w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z tą dyrektywą. Ponadto zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, w stopniu, w jakim stosowanie dyrektywy zobowiązywałoby państwo członkowskie do dostarczania informacji, których ujawnienie państwo to uważa za sprzeczne z jego podstawowymi interesami w zakresie bezpieczeństwa. 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 TFUE, do którego odwołanie znajduje się we wskazanych wyżej przepisach dyrektyw w kontekście omawianego zagadnienia jest istotna ze względu na źródłowe znaczenie tego przepisu dla wprowadzenia art. 15 dyrektywy 2014/24/UE i art. 24 dyrektywy 2014/25/UE. Zgodnie z artykułem 346 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE)³ (dawny artykuł 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE)⁴) „*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.

² 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.)

³ Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (wersja skonsolidowana 2016) Dz.U. C 202 z 7.6.2016 str. 47

⁴ Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską (wersja skonsolidowana 2006 r.) Dz.U. C 321E z 29.12.2006 str. 1



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

w dyrektywie 2004/18/WE⁵ (art.14⁶) oraz w dyrektywie 2004/17/WE⁷ (art. 21⁸). Przy czym od czasu wejścia 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 bezpieczeństwa⁹, stosowanie tych wyłączeń było już wyraźnie postrzegane w kontekście stosowania 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 bezpieczeństwa¹⁰, 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

⁵ 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)

⁶ **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.”

⁷ 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)

⁸ **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”

⁹ 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)

¹⁰ 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

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 dyrektywy 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. 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.”

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 niezależne rodzaje podstaw wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp: podstawy ogólne (art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp), które



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

mogą mieć odniesienie tak do zamówień klasycznych, sektorowych jak i zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz podstawę przedmiotową (art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp), która ze względu na swój charakter będzie miała zastosowanie zasadniczo do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Podstawy wyłączenia o charakterze ogólnym odwołują się do szczególnych okoliczności, jakie muszą towarzyszyć udzielaniu zamówienia lub konkursowi. Przepis wymienia trzy odrębne, ogólne 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. Przy czym, do wszystkich wymienionych podstaw wyłączenia ustawy Pzp odnosi się zastrzeżenie, że wyłączenie to ma zastosowanie tylko w takim zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności 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* (Dz. U. z 2023 r. poz. 756 z późn. zm.), 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, które wymienione są 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 nie być wystarczający dla zastosowania wyłączenia.

Wyłączenie ustawy 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.

Podstawa wyłączenia o charakterze przedmiotowym odnosi się natomiast do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Zastosowanie wyłączenia w odniesieniu do zamówień mających za przedmiot produkcję lub handel bronią, amunicją lub materiałami wojennymi jest możliwe tylko pod warunkiem, że wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa i jednocześnie pod warunkiem, że 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, a więc zastosowaniem przepisów dotyczących udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

W przypadku wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp, zamawiający udzielając zamówień, których przedmiotem jest sprzęt wojskowy, ma zasadniczo obowiązek udzielania zamówień publicznych na podstawie przepisów materialnych i proceduralnych ustawy Pzp. Precyzując; przepisy ustawy Pzp mają zastosowanie do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w przypadku, 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. Zgodnie z obowiązującym prawem Unii Europejskiej, zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podlegają przepisom rynku wewnętrznego. Ochrona rynku wewnętrznego Unii Europejskiej odnosi się m.in. do ustanowienia wspólnych w prawie Unii Europejskiej zasad udzielania zamówień publicznych. Ustawa Pzp wdraża w tym zakresie w szczególności dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE, dyrektywę 2014/25/UE oraz dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE. Przy czym w odniesieniu do zamawiania sprzętu wojskowego z zasady mają zastosowanie przepisy Działu VI ustawy Pzp regulujące udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp odnosi się do szczególnego przypadku wyłączenia stosowania ustawy Pzp w okolicznościach, gdy brak obowiązku stosowania przepisów ustawy Pzp przy udzielaniu zamówienia wynika z konieczności utajnienia takiego zamówienia i informacji o tym zamówieniu. Z zasady bowiem ustawa Pzp znajduje zastosowanie do zamówień, których przedmiotem są dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów, podzespołów lub jego oprogramowania.

W tym kontekście warto przypomnieć, że dyrektywa 2009/81/WE ma zastosowanie do udzielania szczególnych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez instytucje i podmioty zamawiające. Zamówienia w tych dziedzinach udzielane przez instytucje i podmioty zamawiające, 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 w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa opiera się na art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE) i 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 celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych¹¹. 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

¹¹ 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.



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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.*¹² *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 taka interpretacja pojęcia „sprzęt wojskowy” może mieć miejsce 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. (Dz. Urz. UE C 100 z 1.3.2022 str. 3).

Podsumowując: przepis art. 12 ust. 1 ustawy Pzp wdraża prawo Unii Europejskiej, które powinno być interpretowane tak samo w każdym kraju Unii Europejskiej. U podstaw tego przepisu leży konieczność ochrony informacji, które 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, nie byłyby dostatecznie chronione, co byłoby sprzeczne z interesami bezpieczeństwa państwa. Przepis art. 12 ust. 1 należy rozumieć tak, że ze względu na szczególne uwarunkowania związane z ochroną informacji nie jest wystarczające zastosowanie w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego lub w konkursie innych

¹² 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

środków ochrony informacji niż szczególne co oznacza konieczność wyłączenia stosowania ustawy Pzp w odniesieniu do całości takiego postępowania lub konkursu. W związku z tym wyłączeniu 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.

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.”

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 implementowanej przepisem art. 12 ust. 1 ustawy Pzp, pojęcia te są znaczeniowo tożsame i odwołują się do podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, którym posługuje się źródłowy dla przepisów dyrektyw art. 346 TFUE. 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, odpowiada ono pojęciu podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Nie jest niczym uzasadnione dokonywanie interpretacji zaimplementowanego przepisu wbrew kierunkom stosowania prawa wspólnotowego.

Pojęcie istotnego (podstawowego) interesu bezpieczeństwa państwa, którym posługuje się ustawa Pzp w art. 12 ust. 1 pkt 1 nie zostało zdefiniowane w prawie krajowym, w tym w ustawie Pzp, ani w prawie europejskim. Brak definicji legalnej tego pojęcia nie stoi na przeszkodzie w 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 zawierać indywidualną ocenę zamawiającego w okolicznościach dotyczących konkretnego przypadku zamówienia z uwzględnieniem odnośnych okoliczności prawnych i faktycznych. 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



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

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 udzielenie takiego zamówienia publicznego z zastosowaniem przepisów ustawy Pzp prowadziłyby do zagrożenia istotnego (podstawowego) interesu bezpieczeństwa państwa.

Art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp również dotyczy ochrony interesów bezpieczeństwa państwa uznawanych za podstawowe, w tym zarówno bezpieczeństwa wewnętrznego jak i zewnętrznego państwa, co oznacza, że ochrona istotnych interesów bezpieczeństwa państwa w rozumieniu art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp odnosi się również do obronności państwa realizowanej w celu ochrony takich wartości jak: suwerenność, niepodległość, nienaruszalność terytorium państwa. Każde państwo członkowskie Unii Europejskiej ma prawo do zdefiniowania jakie swoje interesy w zakresie bezpieczeństwa uznaje za podstawowe. Na zamawiających odwołujących się do tego wyjątku 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.

Ocena tej kwestii wymaga przeprowadzenia testu proporcjonalności.¹³ Oznacza to w szczególności, że zamawiający udzielający zamówienia podejmując decyzję co do zastosowania wyłączenia z art. 12 ust. 1 ustawy Pzp powinni zbadać kolejno:

- 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 odstępstwo od stosowania przepisów ustawy Pzp jest konieczne, żeby interesy te były chronione – a jeżeli tak to dlaczego?

Celem uzasadniającym wyłączenie, o którym mowa w art. 12 ust. 1 ustawy Pzp jest wyłącznie ochrona istotnych (podstawowych) interesów bezpieczeństwa państwa. Inne cele, w szczególności ekonomiczne i gospodarcze, chociaż również leżą w sferze zainteresowania państwa nie mogą stanowić samodzielnego uzasadnienia dla zastosowania tego wyłączenia. Ponadto podstawą wyłączenia nie mogą być samodzielnie cele związane z ochroną interesów bezpieczeństwa państwa innych niż istotne (podstawowe). Ze względu na powiązanie stosowania art. 12 ust. 1 ustawy Pzp z ochroną tylko najistotniejszych dla państwa polskiego interesów bezpieczeństwa przepis ten odnosi się do okoliczności o charakterze wyjątkowym. Stosowanie jego dotyczyć powinno tylko takiego zakresu, który jest niezbędny do ochrony istotnych (podstawowych) interesów bezpieczeństwa państwa i nie wykraczać poza to co konieczne. Niestosowanie przy udzielaniu

¹³ 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).



Profesjonalizacja kadr w zamówieniach publicznych

takiego zamówienia publicznego przepisów ustawy Pzp powinno być więc proporcjonalne do zakresu w jakim wyłączenie ustawy Pzp jest konieczne. Jak zostało wspomniane powyżej, decyzja odnośnie zakwalifikowania danego przypadku udzielenia zamówienia publicznego, jako wymagającego odstąpienia od stosowania Pzp z uwagi na istotny interes bezpieczeństwa państwa, dotyczy konkretnego zamówienia i wymaga uwzględnienia całokształtu okoliczności prawnych i faktycznych.

Przepis art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp stanowi podstawę wyłączenia stosowania ustawy Pzp ze względu na ochronę istotnych interesów bezpieczeństwa państwa, w szczególności gdy zamówienie publiczne jest objęte klauzulą niejawności lub, na podstawie odrębnych przepisów, wymaga zastosowania szczególnych środków bezpieczeństwa w związku z przekazywanymi w jego toku informacjami. Przepis ten wdraża postanowienia art. 346 ust. 1 lit. a TFUE. Wyłączenie przewidziane w art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp jest możliwe tylko pod warunkiem, że zapewnienie zachowania ochrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa nie jest możliwe w inny sposób, w szczególności przy zastosowaniu przepisów ustawy Pzp odnoszących się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, w tym gdy przy udzielaniu takiego zamówienia nie będzie celowe zastosowanie środków służących zachowaniu poufności w odniesieniu do informacji udostępnianych przy udzielaniu zamówienia. Oznacza to, że zastosowanie wyłączenia, o którym mowa w art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, musi być proporcjonalne do celu, jakim jest ochrona istotnego interesu bezpieczeństwa państwa i może mieć miejsce tylko wówczas, gdy cel ten nie mógłby zostać osiągnięty przy udzielaniu zamówienia w oparciu o przepisy ustawy Pzp. Szczególny przypadek wyłączenia stosowania ustawy Pzp z przyczyn dotyczących ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa został przewidziany w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp. Przepis ten wdraża postanowienia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, który wyłącza stosowanie przepisów prawa Unii Europejskiej w odniesieniu do działań, jakie państwa członkowskie podejmują w zakresie ochrony informacji oraz produkcji i handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, mając na celu ochronę podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Podobnie jak w przypadku wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp w oparciu o art. 12 ust. 1 pkt 1 ustawy Pzp, tak również w przypadku stosowania wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp nie jest wystarczające powołanie się przez zamawiającego na istnienie podstawowego (istotnego) interesu bezpieczeństwa państwa, ale niezbędne jest zachowanie proporcjonalności wyłączenia stosowania przepisów ustawy Pzp w stosunku do zakresu zapewnienia udzielanemu zamówieniu niezbędnej ochrony. Oznacza to, że również w odniesieniu do ochrony informacji oraz produkcji i handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, przy stosowaniu wyłączenia na podstawie art. 12 ust. 1 pkt 2 ustawy Pzp zamawiający powinien potrafić wykazać, że ochrona podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w odniesieniu do całości lub części zamówienia nie może być zapewniona przy zastosowaniu mniej radykalnych środków niż wyłączenie stosowania przepisów ustawy Pzp, tym w szczególności przepisów ustawy Pzp regulujących udzielanie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.