

INSTYTUT WYMIARU SPRAWIEDLIWOŚCI

adw. Joanna Czekaj
r.pr. Marta Kopec
adw. Katarzyna Reszczyk-Król
r.pr. dr Adam Karczmarek

***Wyłączenie stosowania reżimu prawa zamówień
publicznych z uwagi na konieczność ochrony informacji
niejawnych, bezpieczeństwa publicznego lub interes
bezpieczeństwa państwa, na tle wybranych systemów
prawnych państw Unii Europejskiej***

Warszawa 2017

Spis treści

| | |
|---|----|
| I. Wstęp | 1 |
| II. Analiza regulacji prawa UE dopuszczających możliwość wyłączenia stosowania reżimu zamówień publicznych z uwagi na ochronę informacji niejawnych, bezpieczeństwa publicznego lub interes bezpieczeństwa państwa..... | 3 |
| 1. Europejskie prawo zamówień publicznych..... | 3 |
| 2. Dyrektywa 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna) | 5 |
| 3. Dyrektywa 2014/25/UE (dyrektywa sektorowa)..... | 14 |
| 4. Dyrektywa 2009/81/WE (dyrektywa obronna)..... | 19 |
| 5. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych..... | 30 |
| 6. Zasada zawężającej interpretacji wyłączeń od stosowania reżimu zamówień publicznych | 33 |
| III. Wyłączenia reżimu zamówień publicznych w wybranych państwach członkowskich..... | 38 |
| 1. Wielka Brytania | 38 |
| 2. Niemcy | 42 |
| 3. Hiszpania | 53 |
| 4. Włochy | 57 |
| IV. Pojęcia „informacje niejawne”, „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny” i „bezpieczeństwo państwa”..... | 65 |
| 1. Informacje niejawne | 65 |
| 2. Bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny | 70 |
| V. Implementacja dyrektyw klasycznej, sektorowej i obronnej do polskiego porządku prawnego..... | 76 |
| VI. Analiza możliwości stosowania wyłączenia reżimu zamówień publicznych w związku z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości..... | 87 |
| VII. Podsumowanie..... | 95 |

I. Wstęp

Niniejsze opracowanie zostało poświęcone analizie zagadnienia „*Wyłączenia stosowania reżimu prawa zamówień publicznych z uwagi na konieczność ochrony informacji niejawnych, bezpieczeństwa publicznego lub interes bezpieczeństwa państwa, na tle wybranych systemów prawnych państw Unii Europejskiej*”.

Opracowanie zostało wykonane w zakresie wyznaczonym przez zleceniodawcę, tj. Instytut Wymiaru Sprawiedliwości, w zgodzie z jego zaleceniami i wytycznymi.

Pierwszą część opracowania poświęcono omówieniu podstawowych dla analizowanego zagadnienia dyrektyw unijnych: dyrektywy 2014/24/UE¹, tzw. klasycznej; dyrektywy 2014/25/UE², tzw. sektorowej, oraz dyrektywy 2009/81/WE³, tzw. obronnej. Dyrektywy te tworzą ramy unijnych regulacji dotyczących zamówień publicznych. Należy zwrócić uwagę, że ich przepisy znajdują zastosowanie do zamówień, które przekraczają minimalne progi kwotowe (wskazane w niniejszym opracowaniu). Ta kategoria zamówień jest zatem przedmiotem analizy.

W ramach części poświęconej europejskim regulacjom z zakresu zamówień publicznych szczególny nacisk położono na omówienie przepisów dotyczących bezpieczeństwa i obronności oraz wyłączeń z tego tytułu od przepisów regulujących zamówienia publiczne. Zakres dopuszczalnych wyłączeń omówiono w oparciu o szczegółową analizę stosownych przepisów Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej⁴ (dalej również: „TFUE”) oraz o szereg orzeczeń Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej (dalej również: „TSUE”).

Kolejna część niniejszego opracowania poświęcona została analizie wyłączeń reżimu zamówień publicznych w wybranych państwach członkowskich UE: w Wielkiej

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. WE L 94, s. 65).

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, s. 243).

³ 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, s. 76).

⁴ Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47.

Brytanii, Niemczech, Hiszpanii i Włoszech. Poszczególne kraje UE przyjęły różne sposoby implementacji omawianych unijnych dyrektyw. Jedne, tak jak Wielka Brytania, przyjęły metodę implementacji każdej z omawianych dyrektyw w osobnym akcie prawnym i literalnego powtórzenia ich zapisów. Inne, jak na przykład Niemcy, przyjęły metodę implementacji regulacji wszystkich omawianych dyrektyw w ramach jednego aktu prawnego i transponowania ich zapisów w niedosłowny sposób. Tę ostatnią metodę wybrała także Polska.

W kolejnej części niniejszego opracowania skupiono się na analizie pojęć: „informacje niejawne”, „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny” i „bezpieczeństwo państwa”.

Następnie dokonano przeglądu obowiązujących polskich regulacji w zakresie zamówień publicznych pod kątem ich zgodności z prawem europejskim. Obecnie obowiązujące przepisy ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych⁵ (dalej jako Prawo zamówień publicznych lub PZP) stanowią implementację do polskiego porządku prawnego wszystkich omawianych w niniejszym opracowaniu dyrektyw. Z uwagi na obszerność regulacji, w ramach porównywania polskich przepisów z unijnymi skupiono się na wyłączeniach spod reżimu zamówień publicznych z uwagi na aspekty obronności i bezpieczeństwa. W tym zakresie analiza pozostała w zgodzie z tematem opracowania określonym przez Zleceniodawcę.

Na koniec dokonano analizy możliwości stosowania wyłączenia reżimu zamówień publicznych w związku z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości, szczególną uwagę poświęcając przy tym wyłączeniom w zakresie zamówień związanych z bezpieczeństwem.

Przedstawione opracowanie odzwierciedla stan prawny na dzień 21 czerwca 2017 r.

⁵ Dz.U. z 2017 r., poz. 1579.

II. Analiza regulacji prawa UE dopuszczających możliwość wyłączenia stosowania reżimu zamówień publicznych z uwagi na ochronę informacji niejawnych, bezpieczeństwa publicznego lub interes bezpieczeństwa państwa

1. Europejskie prawo zamówień publicznych

Europejskie prawo zamówień publicznych obejmuje procedury udzielania zamówień oraz procedury rozpatrywania środków odwoławczych. Tytułem wstępu należy odnotować, że regulacje prawa europejskiego w obszarze zamówień publicznych nie zostały zawarte w jednym akcie. Mimo że pozostają rozproszone, to jednak tworzą jeden spójny system prawny.

Prawodawca europejski zdecydował się na zastosowanie w obszarze dotyczącym zamówień publicznych instrumentu harmonizacji systemów prawnych państw członkowskich UE w postaci dyrektywy, odstępując od uregulowania przedmiotowego zagadnienia regulacjami obowiązującymi bezpośrednio w krajowych porządkach prawnych, tj. poprzez zastosowanie rozporządzeń. Tak też europejskie prawo zamówień publicznych regulowane jest obecnie przede wszystkim postanowieniami następujących dyrektyw:

- 1) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (tzw. dyrektywa klasyczna);
- 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, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE (tzw. dyrektywa sektorowa);
- 3) 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 (tzw. dyrektywa obronna);

- 4) dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/23/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie udzielania koncesji⁶;
- 5) dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane⁷;
- 6) dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji⁸.

Poza wskazanymi wyżej, trzeba też zwrócić uwagę na porozumienie w sprawie zamówień publicznych (Porozumienie GPA – Government Procurement Agreement) zawarte dnia 15 kwietnia 1994 r. w Marrakeszu, które weszło w życie dnia 1 stycznia 1996 r.⁹. Porozumienie GPA jest międzynarodową umową wielostronną, na mocy której jej państwa-strony zobowiązały się do stosowania określonych reguł zapewniających przejrzystość, konkurencyjność i dobre zarządzanie. Zakresem Porozumienia objęte są zamówienia na towary, usługi i główne inwestycje budowlane w zakresie wskazywanym przez każde z państw-stron umowy¹⁰.

Jeśli chodzi o prawo pierwotne UE, nie zawiera ono postanowień, które wprost regulowałyby problematykę zamówień publicznych. Pośrednio dotyczą jej jednak fundamentalne dla prawa europejskiego normy, zawarte w postanowieniach Traktatu

⁶ Dz.Urz. UE L 94, s. 1.

⁷ Dz.Urz. WE L 395, s. 33.

⁸ Dz.Urz. WE L 76, s. 14.

⁹ Dz.Urz. UE L 336 z 1994 r., s. 273; Dz.Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 11, t. 21, s. 372 ze zm.).

¹⁰ A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylającej dyrektywę 2004/17/WE* [w:] *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2016, Wprowadzenie.

o funkcjonowaniu Unii Europejskiej odnoszące się do zakazu dyskryminacji, swobodnego przepływu towarów, usług, pracowników i swobody przedsiębiorczości (art. 18, 34, 45, 49 i 56 TFUE). Przywołane postanowienia Traktatu mają bezpośrednią skuteczność. Znajdują one zastosowanie w sytuacji, gdy w danej sprawie występuje element transgraniczny, np. gdy o udzielenie zamówienia w państwie członkowskim ubiegają się przedsiębiorcy z innego państwa UE¹¹.

Dla problematyki europejskiego prawa zamówień publicznych szczególne znaczenie ma art. 346 TFUE, który przewiduje, że 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.

Artykuł 346 TFUE ustanawia podstawę do wprowadzania wyłączeń w zakresie stosowania norm europejskiego prawa zamówień publicznych, które przewidują postanowienia poszczególnych dyrektyw.

2. Dyrektywa 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna)

Dyrektywa 2014/24/UE ustanawia procedury, które mają zastosowanie do udzielania zamówień:

- a) będących zamówieniem publicznym w rozumieniu dyrektywy,
- b) dotyczących dostaw, usług lub robót budowlanych objętych dyrektywą,

¹¹ Szerzej na ten temat: A. Sołtysińska, *Zamówienia publiczne w Unii Europejskiej*, Kraków 2004, s. 145–162.

- c) o wartości przekraczającej określone w dyrektywie progi,
- d) udzielanych przez podmioty będące instytucjami zamawiającymi w rozumieniu dyrektywy.

Uszczegóławiając powyższe, należy wskazać, że podmiotowy zakres stosowania dyrektywy klasycznej obejmuje „instytucje zamawiające”, którymi w jej rozumieniu są: państwo, władze regionalne lub lokalne, podmioty prawa publicznego lub związki złożone z co najmniej jednej takiej instytucji lub z co najmniej jednego takiego podmiotu prawa publicznego. Poszczególne elementy składowe tej definicji precyzuje art. 2 dyrektywy 2014/24/UE. W tym względzie trzeba wskazać, że pojęcie „podmiotu prawa publicznego” oznacza podmiot, który posiada wszystkie poniższe cechy:

- a) został utworzony w konkretnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, które nie mają charakteru przemysłowego ani handlowego;
- b) posiada osobowość prawną; oraz
- c) jest finansowany w przeważającej części przez państwo, władze regionalne lub lokalne lub inne podmioty prawa publicznego; bądź jego zarząd podlega nadzorowi ze strony tych władz lub podmiotów; bądź ponad połowa członków jego organu administrującego, zarządzającego lub nadzorczego została wyznaczona przez państwo, władze regionalne lub lokalne, lub przez inne podmioty prawa publicznego.

„Zamówieniem publicznym” w rozumieniu dyrektywy jest umowa o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie pomiędzy co najmniej jednym wykonawcą a co najmniej jedną instytucją zamawiającą, której przedmiotem jest wykonanie robót budowlanych, dostawa produktów lub świadczenie usług. „Zamówienia publiczne na dostawy” to zamówienia, którego przedmiotem jest zakup, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji zakupu, produktów. Zamówienie publiczne na dostawy może obejmować dodatkowo rozmieszczenie i instalację. „Zamówienia publiczne na usługi” są zamówieniami, których przedmiotem jest świadczenie usług innych niż roboty budowlane. „Zamówieniami publicznymi na roboty budowlane” są natomiast zamówienia, których przedmiotem jest jedno z następujących działań:

- a) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z rodzajów działalności określonych w załączniku II do dyrektywy 2014/24/UE;
- b) wykonanie albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie obiektu budowlanego;
- c) realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą mającą decydujący wpływ na rodzaj lub projekt obiektu.

Kwestią istotną, jeśli chodzi o stosowanie dyrektywy klasycznej, są określone w niej progi istotności, których przekroczenie skutkuje dopiero powstaniem obowiązku stosowania jej postanowień. Dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których wartość, bez podatku od wartości dodanej (VAT), oszacowano na poziomie lub powyżej następujących progów:

- a) 5 225 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na roboty budowlane;
- b) 135 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje administracji centralnej i konkursów organizowanych przez te instytucje; w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje zamawiające działające w dziedzinie obronności, próg ten dotyczy wyłącznie zamówień na produkty objęte załącznikiem III;
- c) 209 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na dostawy i usługi udzielanych przez instytucje zamawiające poniżej szczebla centralnego i konkursów organizowanych przez te instytucje; próg ten stosuje się także do zamówień publicznych na dostawy udzielanych przez instytucje administracji centralnej działające w dziedzinie obronności, gdy zamówienia te dotyczą produktów nieobjętych załącznikiem III;
- d) 750 000 EUR w przypadku zamówień publicznych na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XIV.

Artykuł 6 dyrektywy klasycznej określa mechanizm weryfikacji ww. progów. Na jego podstawie Komisja weryfikuje je pod kątem zgodności z progami ustanowionymi w Porozumieniu GPA oraz, w razie potrzeby, dokonuje ich korekty.

Katalog wyłączeń stosowania dyrektywy klasycznej określają postanowienia jej sekcji 3. Tak też art. 7 odnosi się do zamówień w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, art. 8 – łączności elektronicznej, art. 9 – zamówień publicznych udzielanych i konkursów organizowanych zgodnie z przepisami międzynarodowymi, art. 10 – szczególnych wyłączeń dotyczących zamówień na wybrane usługi, art. 11 – zamówień na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego, art. 12 – zamówień między podmiotami sektora publicznego.

W kontekście przedmiotu niniejszego opracowania odnotować trzeba, że art. 10 dyrektywy przewiduje, iż nie ma ona zastosowania do zamówień **w zakresie usług arbitrażowych i pojednawczych oraz dowolnej z następujących usług prawnych:**

- 1) zastępstwa prawnego klienta, wykonywanego przez prawnika w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG¹² w:
 - postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym toczącym się w państwie członkowskim, państwie trzecim lub przed międzynarodową instancją arbitrażową lub pojednawczą, lub
 - postępowaniu sądowym toczącym się przed sądami, trybunałami lub przed organami publicznymi państwa członkowskiego lub państwa trzeciego lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami lub instytucjami;
- 2) porad prawnych udzielanych w ramach przygotowywania dowolnego z postępowań, o których mowa w punkcie powyżej, lub w przypadku gdy istnieją konkretne przesłanki i duże prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczą porady, stanie się przedmiotem takich postępowań, pod warunkiem że porad tych udziela prawnik w rozumieniu art. 1 dyrektywy 77/249/EWG;

¹² Dyrektywa Rady z dnia 22 marca 1977 r. mająca na celu ułatwienie skutecznego korzystania przez prawników ze swobody świadczenia usług (77/249/EWG) (Dz. Urz. WE L 78, s. 17).

- 3) usług poświadczania i uwierzytelniania dokumentów, które to usługi muszą świadczyć notariusze;
- 4) usług prawnych świadczonych przez powierników lub wyznaczonych opiekunów lub innych usług prawnych, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów;
- 5) pozostałych usług prawnych, które w danym państwie członkowskim są powiązane, nawet sporadycznie, ze sprawowaniem władzy publicznej.

Artykuł 10 dyrektywy przewiduje również, że nie znajduje ona zastosowania do usług **w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom**, świadczonych przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów. Jak bowiem podkreślono w motywie 28, trudno byłoby zachować szczególny charakter takich organizacji, gdyby usługodawców trzeba było wybrać zgodnie z procedurami określonymi w dyrektywie.

W kontekście wyłączeń stosowania dyrektywy klasycznej zwrócić też trzeba uwagę na art. 15 dyrektywy, który stanowi, że ma ona zastosowanie do zamówień publicznych udzielanych **w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa** oraz konkursów organizowanych w tych dziedzinach, z wyjątkiem następujących zamówień:

- a) zamówień objętych zakresem zastosowania dyrektywy 2009/81/WE;
- b) zamówień, do których dyrektywa 2009/81/WE nie ma zastosowania zgodnie z jej art. 8, 12 i 13.

Dyrektywa klasyczna nie ma natomiast zastosowania, co istotne w szczególności z punktu widzenia przedmiotu niniejszego opracowania, do zamówień publicznych i konkursów, które nie są w inny sposób wyłączone, w stopniu, w jakim ochrona podstawowych interesów danego państwa członkowskiego w zakresie bezpieczeństwa nie może zostać zagwarantowana przez mniej inwazyjne środki, np. przez nałożenie wymogów mających na celu ochronę poufnego charakteru

informacji udostępnianych przez instytucję zamawiającą w trakcie trwania postępowania o udzielenie zamówienia zgodnie z dyrektywą. Ponadto, zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. a TFUE, dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych i konkursów, które nie są w inny sposób wyłączone na mocy art. 15 ust. 1, w stopniu, w jakim jej stosowanie zobowiązywałoby państwo członkowskie do dostarczania informacji, których ujawnienie państwo to uważa za sprzeczne z jego podstawowymi interesami w zakresie bezpieczeństwa (art. 15 ust. 1–2 dyrektywy klasycznej).

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 klasyczna nie ma zastosowania, pod warunkiem że dane państwo członkowskie stwierdziło, że nie można zagwarantować odnośnych podstawowych interesów za pomocą mniej inwazyjnych środków, takich jak środki wymienione powyżej (art. 15 ust. 3 dyrektywy klasycznej).

Artykuł 16 dyrektywy klasycznej odnosi się do **zamówień mieszanych** obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, tj. zamówień, których przedmiotem jest zamówienie objęte przepisami dyrektywy i zamówienie objęte art. 346 TFUE lub przepisami dyrektywy 2009/81/WE. W przypadku gdy poszczególne części danego zamówienia publicznego można obiektywnie rozdzielić, instytucje zamawiające mogą zdecydować o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części lub udzielić jednego zamówienia. W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na poszczególne części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego takiego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odnośnej odrębnej części.

W przypadku gdy instytucje zamawiające podejmą decyzję o udzieleniu jednego zamówienia, mający zastosowanie reżim prawny określa się na podstawie następujących kryteriów:

- a) w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta art. 346 TFUE, zamówienia można udzielić bez stosowania niniejszej dyrektywy, pod

warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych;

- b) w przypadku gdy część danego zamówienia jest objęta dyrektywą 2009/81/WE, zamówienia można udzielić zgodnie z tą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

Artykuł 17 dyrektywy klasycznej stanowi ponadto, że nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, których instytucja zamawiająca ma obowiązek udzielić, ani do konkursów w tych dziedzinach, które instytucja ta ma obowiązek zorganizować, zgodnie z procedurami udzielania zamówień innymi niż przewidziane w niniejszej dyrektywie, określonymi:

- a) umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym zawartymi zgodnie z Traktatami między państwem członkowskim a co najmniej jednym państwem trzecim lub jego jednostkami terytorialnymi i obejmującymi roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone na potrzeby wspólnej realizacji lub eksploatacji projektu przez sygnatariuszy;
- b) umową międzynarodową lub porozumieniem międzynarodowym związanymi ze stacjonowaniem wojsk i dotyczącymi przedsięwzięć państwa członkowskiego lub państwa trzeciego;
- c) przez organizację międzynarodową.

Na mocy art. 17 ust. 2 dyrektywa klasyczna nie ma też zastosowania do zamówień publicznych i konkursów obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa, udzielanych i organizowanych przez instytucję zamawiającą zgodnie z przepisami dotyczącymi zamówień określonymi przez **organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą**, gdy przedmiotowe zamówienia publiczne i konkursy są w całości finansowane przez tę organizację lub instytucję. W przypadku zamówień publicznych i konkursów współfinansowanych w przeważającej części przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą strony uzgadniają mające zastosowanie procedury udzielania zamówień.

Za przepisy dyrektywy odnoszące się do kwestii bezpieczeństwa należy uznać również część regulacji dotyczących **wykluczenia** oferentów (a na dalszym etapie – nawet wykonawców) z procedury udzielania zamówień publicznych. W zakresie tym dyrektywa przewiduje obligatoryjne i fakultatywne dla zamawiających przesłanki wykluczenia z udziału w procedurach udzielania zamówień wykonawców, jednakże z punktu widzenia bezpieczeństwa i obronności znaczenie mają te pierwsze.

W zakresie przesłanek obligatoryjnego wykluczenia znajdują się te, których wprowadzenie ma na celu ochronę interesów zamawiającego i bezpieczeństwa państwa, w którym postępowanie się odbywa. Ustalenie przez zamawiającego na podstawie określonych środków dowodowych, że wykonawca dopuścił się jednego z przestępstw zawierających się kategoriach przestępstw wymienionych w sposób enumeratywny w art. 57 ust. 1 dyrektywy, pozbawia go możliwości uzyskania zamówienia publicznego objętego zakresem dyrektyw unijnych. Wymagane jest stwierdzenie dopuszczenia się tych przestępstw w prawomocnych wyrokach. Zgodnie z art. 57 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE podstawy wykluczenia dotyczą następujących czynów:

- a) udziału w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 decyzji ramowej Rady 2008/841/WSiSW z dnia 24 października 2008 r. w sprawie przestępczości zorganizowanej¹³;
- b) korupcji, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej¹⁴ i art. 2 ust. 1 decyzji ramowej Rady 2003/568/WSiSW¹⁵, jak również korupcji zdefiniowanej w prawie krajowym instytucji zamawiającej lub wykonawcy;
- c) nadużycia finansowego w rozumieniu art. 1 Konwencji w sprawie ochrony „interesów finansowych” Wspólnot Europejskich¹⁶;

¹³ Dz. Urz. L 300, s. 42.

¹⁴ Dz. Urz. WE C 195 z 1997 r., s. 1.

¹⁵ Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz. Urz. WE L 192, s. 54).

¹⁶ Dz. Urz. WE L 316 z 1995 r., s. 48.

- d) przestępstw terrorystycznych lub przestępstw związanych z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 i 3 decyzji ramowej Rady 2002/475/WSiSW¹⁷ [obecnie dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2017/541 z dnia 15 marca 2017 r. w sprawie zwalczania terroryzmu i zastępująca decyzję ramową Rady 2002/475/WSiSW oraz zmieniająca decyzję Rady 2005/671/WSiSW¹⁸], bądź podżegania do popełnienia przestępstwa, pomocnictwa, współsprawstwa lub usiłowania popełnienia przestępstwa, o których mowa w art. 4 tej decyzji ramowej;
- e) prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zgodnie z definicją zawartą w art. 1 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE¹⁹ [obecnie: dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2015/849 z dnia 20 maja 2015 r. w sprawie zapobiegania wykorzystywaniu systemu finansowego do prania pieniędzy lub finansowania terroryzmu, zmieniająca rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) nr 648/2012 i uchylająca dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2005/60/WE oraz dyrektywę Komisji 2006/70/WE²⁰];
- f) pracy dzieci i innych form handlu ludźmi, zgodnie z definicją zawartą w art. 2 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE²¹.

Obligatoryjnemu wykluczeniu ze względu na powyższe przesłanki podlegają zarówno osoby fizyczne, jak i podmioty zbiorowe, z tym że te ostatnie odpowiadają bądź za własne działania, jeśli prawo krajowe przewiduje możliwość przypisania odpowiedzialności karnej podmiotom zbiorowym z tytułu czynów własnych, jak i z powodu zasiadania w organach podmiotu zbiorowego osoby, która dopuściła się popełnienia któregoś z określonych wyżej przestępstw.

¹⁷ Decyzja ramowa Rady z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (2002/475/WSiSW) (Dz.Urz. WE L 164, s. 3).

¹⁸ Dz.Urz. UE L 88, s. 6.

¹⁹ Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz.Urz. UE L 309, s. 15).

²⁰ Dz.Urz. UE L 141, s. 73.

²¹ Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2011/36/UE z dnia 5 kwietnia 2011 r. w sprawie zapobiegania handlowi ludźmi i zwalczania tego procederu oraz ochrony ofiar, zastępująca decyzję ramową Rady 2002/629/WSiSW (Dz.Urz. UE L 101, s. 1).

Nowym rozwiązaniem przyjętymi w dyrektywie 2014/24/UE jest przewidziana w art. 57 ust. 5 zasada wykluczenia z postępowania przetargowego podmiotu w każdym momencie, gdy zostanie stwierdzone istnienie przesłanek określonych w art. 57 ust. 1 (obligatoryjne przesłanki wykluczenia). Nowe są również rozwiązania przyjęte w art. 57 ust. 6 dyrektywy, które umożliwiają wykonawcy przejście procedury „samooczyszczenia”, a w konsekwencji niebycia wykluczonym z procedury przetargowej mimo istnienia ku temu przesłanek. Każdy wykonawca znajdujący się w jednej z sytuacji, o których mowa w art. 57 ust. 1 dyrektywy, może przedstawić dowody na to, że podjęte przez niego środki są wystarczające do wykazania jego rzetelności pomimo istnienia odpowiedniej podstawy wykluczenia. Jeżeli takie dowody zostaną uznane za wystarczające, dany wykonawca nie zostanie wykluczony z postępowania o udzielenie zamówienia. W tym celu wykonawca musi udowodnić, że zrekompensował wszelkie szkody spowodowane przestępstwem lub wykroczeniem, lub zobowiązał się do ich rekompensaty, wyczerpująco wyjaśnił fakty i okoliczności, aktywnie współpracując z organami śledczymi, i podjął konkretne środki techniczne, organizacyjne i kadrowe, które są odpowiednie dla zapobiegania dalszym przestępstwom lub nieprawidłowemu postępowaniu. Zamawiający ocenia te dowody i według swego uznania podejmuje decyzję odnośnie do dalszego udziału wykonawcy w realizowaniu zamówienia.

Przepisem ogólnym, mającym istotne znaczenie dla interpretacji dyrektywy, jest regulacja art. 18, zgodnie z którą zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub sztuczne zawężanie konkurencji. Uznaje się, że konkurencja została sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców. Dodatkowo w wielu przypadkach ustawodawca unijny również w poszczególnych normach nawiązuje do obowiązku przestrzegania powyższych zasad.

3. Dyrektywa 2014/25/UE (dyrektywa sektorowa)

Zakres stosowania dyrektywy 2014/25/UE, w stosunku do dyrektywy klasycznej, jest ograniczony przy uwzględnieniu kryteriów zarówno przedmiotowych, jak i podmiotowych.

Dyrektywa znajduje zastosowanie do działalności prowadzonych w ramach następujących sektorów: gaz i energia cieplna (art. 8); energia elektryczna (art. 9); gospodarka wodna (art. 10); usługi transportowe (art. 11); porty i porty lotnicze (art. 12); usługi pocztowe (art. 13); wydobycie ropy naftowej i gazu oraz poszukiwanie lub wydobycie węgla lub innych paliw stałych (art. 14). Dyrektywa reguluje działalność w **zakresie dostaw energii elektrycznej, gazu i energii cieplnej oraz gospodarki wodnej**. Pojęcie „dostawa” zostało zdefiniowane w art. 7 dyrektywy, na potrzeby art. 8 (obejmującego gaz i energię cieplną), art. 9 (obejmującego energię elektryczną) i art. 10 (obejmującego gospodarkę wodną) i obejmuje wytwarzanie/produkcję, sprzedaż hurtową i detaliczną.

W odniesieniu do gazu i energii cieplnej dyrektywa obejmuje następujące rodzaje działalności:

- zapewniania lub obsługi stałych sieci przeznaczonych do świadczenia usług dla odbiorców publicznych w związku z produkcją, transportem lub dystrybucją gazu lub energii cieplnej;
- dostaw gazu lub energii cieplnej do takich sieci.

Należy zwrócić uwagę na wyjątki w tym zakresie. Działalność w zakresie produkcji, przesyłu lub dystrybucji energii chłodniczej, w przeciwieństwie do działalności prowadzonej w zakresie energii cieplnej, nie podlega regulacjom dyrektywy sektorowej, lecz zasadom ogólnym wynikającym z dyrektywy klasycznej. Dyrektywa nie ma również zastosowania do działalności polegającej na poszukiwaniu ropy i gazu. Państwa członkowskie są władne samodzielnie określać, co należy do zakresu pojęcia poszukiwania lub wydobywania paliw stanowiących źródło energii, ale nie mogą tego czynić ze skutkiem ograniczającym zakres komentowanej dyrektywy. Działalność polegająca na poszukiwaniu węgla i innych paliw stałych wiąże się z czynnościami w rodzaju prac geologicznych, prowadzonych w celu ustalenia istnienia kopaliny oraz udokumentowania miejsca ich położenia. Proces wydobywania wiąże się natomiast z podejmowaniem wszelkich niezbędnych działań zmierzających do pozyskania ropy, węgla, gazu czy innych paliw w celu ich dalszej obróbki, wykorzystania lub sprzedaży. Z treści motywu 25 dyrektywy 2014/25/UE wynika sugestia, że poszukiwanie obejmuje czynności podejmowane w celu

sprawdzenia, czy w danej strefie znajdują się ropa lub gaz oraz czy nadają się do komercyjnej eksploatacji²². Wydobycie należy uznać za „produkcję” ropy i gazu.

Jednym z rodzajów działalności sektorowej, objętej regulacjami dyrektywy, jest też **świadczenie usług pocztowych** (art. 13 dyrektywy). Ustawodawca unijny uznaje, że usługi tego rodzaju są świadczone w drodze wykorzystania sieci przez instytucje zamawiające, przedsiębiorstwa publiczne i inne podmioty działające na podstawie praw szczególnych lub wyłącznych, a zatem zamówienia udzielane przez podmioty zamawiające świadczące usługi pocztowe powinny również podlegać zasadom dyrektywy 2014/25/UE. Dyrektywa sektorowa gwarantuje bowiem utworzenie podstaw prawidłowej praktyki handlowej i umożliwia większą elastyczność, niż proponuje to dyrektywa klasyczna 2014/24/UE²³. W zakresie działalności pocztowej, w stosunku do uprzednio obowiązujących przepisów, dyrektywa modyfikuje zakres „usług innych niż usługi pocztowe”. W obecnie obowiązującym stanie prawnym regulacje dyrektywy mają zastosowanie tylko do niżej wymienionych usług uznawanych za usługi inne niż pocztowe: usługi zarządzania usługami pocztowymi; usługi dotyczące przesyłek pocztowych nieuwzględnionych w art. 13 ust. 1 lit. a dyrektywy, takich jak bezadresowe przesyłki reklamowe.

Kolejnym sektorem objętym regulacjami dyrektywy 2014/25/UE są **usługi transportowe** (art. 11). Zamawiający, którzy prowadzą działalność polegającą na zapewnieniu lub obsłudze sieci świadczących usługi dla odbiorców publicznych w zakresie transportu kolejowego, systemów automatycznych, tramwajów, trolejbusów, autobusów lub kolei linowych, są obowiązani do udzielania zamówień, jeśli tylko dokonywane zakupy lub roboty budowlane pozostają w związku z przedmiotową działalnością. Istnienie sieci w zakresie usług transportowych powoduje ograniczenie konkurencji na korzyść podmiotów, które mają do takiej sieci dostęp. Świadczenie usług w drodze korzystania z sieci transportu jest jedną z głównych podstaw wprowadzenia regulacji z dziedziny zamówień publicznych w tym sektorze. Dyrektywa 2014/25/UE nie będzie obejmowała prowadzenia sieci, która nie ma na celu spełniania usług dla odbiorców publicznych, a przeznaczona jest jedynie do zaspokajania potrzeb określonej liczby podmiotów. Wyłączenie nie

²² A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE...*, uwagi do art. 14.

²³ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE...*, uwagi do art. 13.

będzie jednak miało miejsca, jeśli taka niepubliczna sieć będzie niezbędna do prowadzenia innej działalności sektorowej. Obok działalności polegającej ściśle na kierowaniu siecią lub jej eksploatacją, dyrektywa 2014/25/UE obejmuje zamówienia związane z zaopatrzeniem urządzeń składających się na daną sieć. Zakres art. 11 dyrektywy 2014/25/UE obejmuje samodzielne świadczenie przez zamawiających usług transportu, a nie udostępnianie sieci innym podmiotom²⁴.

Zgodnie z art. 12 dyrektywy sektorowej zobowiązane do udzielania zamówień publicznych na jej podstawie są podmioty eksploatujące określony obszar geograficzny w celu udostępniania przewoźnikom powietrznym, morskim lub śródlądowym portów lotniczych, morskich, śródlądowych oraz innych terminali (**porty, porty lotnicze**).

Podobnie jak w przypadku poszukiwania i wydobycia paliw, podmioty obsługujące porty i terminale są obowiązane do udzielania zamówień publicznych w zakresie czynności, które są niezbędne do prowadzenia tego rodzaju działalności. Komentowany przepis obejmuje podmioty wykonujące czynności związane bezpośrednio z przewozem pasażerów i ładunku: przemieszczanie się pasażerów w obrębie lotnisk i portów, udogodnienia związane z przylotami i odlotami, tankowanie samolotów i statków, przenoszenie bagażu pasażerów, wyładunek i magazynowanie transportowanych towarów. Ma on również zastosowanie do działalności polegającej na zaopatrywaniu i rozwijaniu niezbędnej infrastruktury – budynków i urządzeń – oraz na utrzymywaniu jej w należyтым stanie i porządku²⁵.

Dyrektywa 2014/25/UE ustanawia przepisy dotyczące procedur udzielania zamówień przez podmioty zamawiające w odniesieniu do zamówień oraz konkursów, których szacunkowa wartość jest nie mniejsza niż kwoty progowe określone w jej art. 15. Dyrektywa ma zastosowanie do zamówień, których szacunkowa wartość bez podatku od wartości dodanej (VAT) jest co najmniej równa następującym progom:

- a) 418 000 EUR w przypadku zamówień na dostawy i usługi oraz konkursów;
- b) 5 225 000 EUR w przypadku zamówień na roboty budowlane;

²⁴ Por. S. Arrowsmith, *The Law of Public and Utilities Procurement*, London 1996, s. 406.

²⁵ A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE...*, uwagi do art. 12.

- c) 1 000 000 EUR w przypadku zamówień na usługi społeczne i inne szczególne usługi wymienione w załączniku XVII.

Artykuł 17 dyrektywy sektorowej określa mechanizm korektyw ww. progów. Na użytek dyrektywy sektorowej podmiotami zamawiającymi są podmioty, które:

- a) są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi i które prowadzą jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14 dyrektywy, tj. gazu i energii cieplnej, energii elektrycznej, gospodarki wodnej, usług transportowych, portów i portów lotniczych, usług pocztowych, wydobywania ropy naftowej i gazu oraz poszukiwania lub wydobywania węgla lub innych paliw stałych;
- b) w przypadku gdy nie są instytucjami zamawiającymi lub przedsiębiorstwami publicznymi, wykonują pośród prowadzonych przez nie rodzajów działalności jeden z rodzajów działalności wymienionych w art. 8–14 dyrektywy, bądź dowolne połączenie tych rodzajów działalności, i korzystają z praw specjalnych lub wyłącznych przyznanych przez właściwy organ państwa członkowskiego.

Wyłączenia spod stosowania dyrektywy sektorowej określają jej art. 18–27. Odnoszą się one kolejno do: zamówień udzielanych na potrzeby odsprzedaży lub dzierżawy osobom trzecim (art. 18); zamówień udzielanych i konkursów organizowanych w innym celu niż wykonywanie jednego z rodzajów działalności objętych dyrektywą sektorową lub w celu wykonywania takiej działalności w państwie trzecim (art. 19); zamówień udzielanych i konkursów organizowanych zgodnie z przepisami międzynarodowymi (art. 20); zamówień na wybrane usługi (art. 21); zamówień na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego (art. 22); zamówień udzielanych przez niektóre podmioty zamawiające na zakup wody oraz dostawę energii lub paliw do produkcji energii (art. 23); zamówień obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa (art. 24); zamówień mieszanych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa (art. 25); zamówień obejmujących kilka rodzajów działalności oraz obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa (art. 26); zamówień i konkursów obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, udzielanych lub organizowanych na mocy przepisów międzynarodowych (art. 27).

Dyrektywa sektorowa, podobnie jak dyrektywa klasyczna, przewiduje w art. 21 wyłączenie jej stosowania na rzecz usług prawnych. Dyrektywa nie ma więc zastosowania do zamówień na usługi w zakresie usług arbitrażowych i pojednawczych oraz dowolnej z usług wymienionych w art. 21 lit. c. Podobnie przewidziane w art. 24 wyłączenie stosowania dyrektywy sektorowej w odniesieniu do zamówień obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa ukształtowane jest analogicznie do treści art. 15 dyrektywy klasycznej, treść art. 25 dyrektywy sektorowej jest bliska treści art. 16 dyrektywy klasycznej, a treść art. 27 odpowiada treści art. 17. Dyrektywa sektorowa zawiera ponadto przepis kolizyjny, wynikający ze specyfiki jej przedmiotu regulacji, którego odpowiednik na gruncie dyrektywy klasycznej nie występuje (art. 26 dyrektywy sektorowej).

4. Dyrektywa 2009/81/WE (dyrektywa obronna)

Celem przyjęcia dyrektywy obronnej jest skoordynowanie procedur udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa państwa, z uwzględnieniem podstawowej zasady, że zapewnienie bezpieczeństwa narodowego należy wyłącznie do obowiązków każdego państwa członkowskiego, zarówno w dziedzinie obronności, jak i bezpieczeństwa,

Unia Europejska dąży do uregulowania zamówień w dziedzinie obronności w zgodzie z zasadami TFUE, a w szczególności z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, w tym – zasadą równego traktowania, zasadą niedyskryminacji, zasadą wzajemnego uznawania, zasadą proporcjonalności oraz zasadą przejrzystości, jednakże z uwzględnieniem specyfiki sektora obronnego i kompetencji państw członkowskich w tym zakresie. Z tego względu przepisy dotyczące zamówień publicznych z dziedziny obronności i bezpieczeństwa wykazują odmienności w stosunku do ogólnych przepisów regulujących zamówienia publiczne.

Z zastrzeżeniem art. 30, 45, 46, 55 i 296 TWE²⁶ (obecnie odpowiednio art. 36, 51, 52, 62 i 346 TFUE) dyrektywę 2009/81/WE stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a i b w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Przez „zamówienia newralgiczne” należy rozumieć wszelkie takie zamówienia na sprzęt, usługi lub roboty budowlane, których zakup wymaga na którymkolwiek z etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub wykonywania umowy korzystania z informacji niejawnych (art. 1 pkt 7 dyrektywy).

Zakresem dyrektywy nie są natomiast objęte zamówienia cywilne takie jak np. zamówienia na produkty podwójnego zastosowania lub zamówienia na dostawy inne niż sprzęt, np. dostawy rezerw materiałowych związane z korzystaniem z informacji niejawnych albo zakupy logistyczne w dziedzinie bezpieczeństwa lub obronności, lecz niewymagające korzystania z informacji niejawnych.

W dziedzinie obronności zakres dyrektywy obejmuje dostawy, usługi i roboty do celów wyłącznie wojskowych, zaś w dziedzinie bezpieczeństwa zakres dyrektywy dotyczy zamówień związanych z korzystaniem z informacji niejawnych z wyłączeniem jednak takich zamówień, do których będą miały zastosowanie wspomniane wyżej art. 36, 51, 52, 62 i 346 ust. 1 lit. a TFUE.

²⁶ Dz.Urz. UE 2006 C 321E.

Artykuł 8 dyrektywy obronnej określa wartości progowe zamówień dla jej stosowania. Dyrektywę stosuje się do zamówień, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od:

- a) 418.000 EUR dla zamówień na dostawy i usługi;
- b) 5.225.000 EUR dla zamówień na roboty budowlane.

Istotna jest relacja omawianej dyrektywy do art. 346 TFUE. Kraje UE zachowują prawo do **wyłączenia** zamówień z niniejszej dyrektywy na mocy art. 346 TFUE ust. 1 lit. a TFUE, który stanowi, że: żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa. Na gruncie dyrektywy zasada ta znajduje wyraz w regulacji art. 13 lit. a, zgodnie z którym dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień, w przypadku których stosowanie jej przepisów zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa. 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. Dyrektywa wyłącza również z zakresu swojego zastosowania zamówienia do celów działalności wywiadowczej. Dotyczy to zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie. Powyższe wyjątki zostały wprowadzone z uwagi na fakt, że w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, iż stosowanie do nich dyrektywy byłoby niewłaściwe, mimo że ma ona szczególnie charakter (motyw 27 dyrektywy).

Dyrektywa wprowadza też wiele innych wyłączeń. Poza przypadkami opisanymi wyżej nie stosuje się jej do zamówień udzielanych na podstawie procedur międzynarodowych, podlegających:

- szczególnym zasadom proceduralnym zgodnie z umową międzynarodową lub porozumieniem zawartym między jednym lub wieloma państwami członkowskimi a jednym lub wieloma państwami trzecimi;
- szczególnym zasadom proceduralnym na podstawie zawartej umowy międzynarodowej lub zawartego porozumienia międzynarodowego związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsięwzięć państwa członkowskiego lub kraju trzeciego;
- szczególnym zasadom proceduralnym organizacji międzynarodowej, zakupującej do swoich celów lub do zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami (art. 12 dyrektywy).

Dyrektywa obronna nie znajduje również zastosowania do:

- zamówień udzielonych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez przynajmniej dwa państwa członkowskie nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części okresu funkcjonowania tego produktu (w tym przypadku istnieją obowiązki informacyjne wobec Komisji);
- zamówień udzielonych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił poza terytorium Unii, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań;
- zamówień publicznych na usługi mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich;
- zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi związanych z: dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu; robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem; lub robotami budowlanymi i usługami szczególnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami;

- usług związanych z arbitrażem i mediacją;
- usług finansowych z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych;
- umów o pracę;
- usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/ podmiotowi zamawiającemu, na potrzeby jego własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca zamawiający (art. 13 lit. c–j dyrektywy).

Część powyższych wyłączeń stanowi powtórzenie wyłączeń z art. 10 dyrektywy 2014/24/UE i jako takie, w zakresie niezbędnym dla potrzeb niniejszego opracowania, zostało omówione w części poświęconej dyrektywie klasycznej.

Regulacjom dotyczącym zamówień publicznych nie podlegają zamówienia formalnie mieszczące się w zakresie dyrektywy obronnej, lecz nieudzielane przez zamawiających w jej rozumieniu, a przez władze publiczne. Jak stanowi motyw 30 dyrektywy: biorąc pod uwagę specyficzny charakter sektora obronności i bezpieczeństwa, zakupy sprzętu, a także robót budowlanych i usług dokonywane przez rząd od innego rządu powinny zostać wyłączone z zakresu niniejszej dyrektywy. Termin „władze publiczne” został zdefiniowany w art. 1 pkt 9 dyrektywy 2009/81/WE jako oznaczający władze państwowe, regionalne lub lokalne państwa członkowskiego lub kraju trzeciego. Jak wynika z powyższego zamówienia, które podlegają wyłączeniu spod zasad określonych w dyrektywie, muszą być udzielane przez państwo członkowskie lub kraj trzeci, lub w zależności od organizacji danego państwa – jednostkę samorządu regionalnego lub lokalnego, mającą odrębną osobowość prawną lub w ich imieniu.

Ze względu na charakter zamówień, które regulowane są przepisami dyrektywy obronnej, szczególną wagę przykładana ona do kwestii **bezpieczeństwa informacji**. W dyrektywie brakuje definicji samego pojęcia bezpieczeństwa informacji. Można je jednak zdefiniować jako zbiór działań i środków prawnych, technicznych i organizacyjnych mających zapewnić ochronę informacji przed wszelkim

sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem²⁷.

Artykuł 6 dyrektywy nakłada na zamawiających obowiązek ochrony **poufnych informacji** przekazanych przez oferentów. Zgodnie z brzmieniem tego przepisu: nie naruszając niniejszej dyrektywy, w szczególności jej przepisów dotyczących obowiązku podania do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz informowania kandydatów i oferentów zgodnie z art. 30 ust. 3 oraz art. 35, a także zgodnie z prawem krajowym, któremu podlega zamawiający, w szczególności przepisów dotyczących dostępu do informacji, zamawiający, z zastrzeżeniem praw nabytych na podstawie umowy, nie ujawnia informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawców, którzy je przekazali; informacje takie obejmują, w szczególności, tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert.

Artykuł 7 dyrektywy wprowadza zasadę ochrony **informacji niejawnych**. Definicję pojęcia „informacje niejawne” zawiera art. 1 pkt 8 dyrektywy, zgodnie z którym są to wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które – w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim – wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem. Zgodnie z dyspozycją art. 7 instytucje/podmioty zamawiające mogą nałożyć na wykonawców wymagania mające na celu ochronę niejawnych informacji, które przekazują w trakcie procedury zbierania ofert i udzielania zamówień. Mogą również wymagać od tych wykonawców zagwarantowania zastosowania się do tych wymagań przez podwykonawców.

²⁷ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2009/81/WE 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* [w:] *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2016, uwagi do art. 22.

Szczególne zasady ochrony informacji niejawnych znajdują wyraz również w brzmieniu art. 22 dyrektywy, zgodnie z którym, jeśli zamówienie obejmuje, wymaga lub zawiera informacje niejawne, zamawiający określa w dokumentacji zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe) środki i wymogi konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa tych informacji na wymaganym poziomie. W tym celu może wymagać, by oferta zawierała m.in. następujące szczegółowe informacje:

- zobowiązanie oferenta i już zidentyfikowanych podwykonawców do odpowiedniego chronienia poufności wszystkich informacji niejawnych w ich posiadaniu, lub z którymi zapoznają się w trakcie trwania zamówienia i po upływie lub zakończeniu zamówienia, zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi, jak również uzyskania takiego zobowiązania od wszystkich podwykonawców, którym zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zlecenia;
- wystarczające informacje na temat już zidentyfikowanych podwykonawców, które umożliwią zamawiającemu stwierdzenie, czy każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do odpowiedniej ochrony poufności informacji niejawnych, do których mają dostęp lub, które wytworzą w związku z realizacją ich działań w zakresie podwykonawstwa, jak również dostarczenia takich informacji dotyczących wszystkich nowych podwykonawców przed udzieleniem im zamówienia.

Powyższy katalog nie ma charakteru zamkniętego. Zamawiający może zatem określić w dokumentacji zamówienia również inne niż wskazane wyżej środki i wymogi konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa. Należy jednak zwrócić uwagę, iż w tym zakresie zamawiający nie zachowuje pełnej swobody. Warunki, które określi, muszą być związane z realizacją zamówienia i spełniać warunek zgodności z prawodawstwem UE (art. 20 dyrektywy). Stąd zamawiający, przy wprowadzaniu tego typu ograniczeń, są zobowiązani do przestrzegania m.in. zasady proporcjonalności.

Zamawiający mogą wymagać również od wykonawców i ich podwykonawców legitymowania się certyfikatami bezpieczeństwa, przy czym dyrektywa stanowi, że

państwa członkowskie uznają certyfikaty bezpieczeństwa, które uważają za równoważne z certyfikatami wydanymi zgodnie z ich prawem krajowym, posiadają jednak możliwość przeprowadzania i uwzględniania dalszych samodzielnych analiz, jeżeli uznaje się je za konieczne.

Dyrektywa 2009/81/WE określa warunki mające na celu zapewnienie przy przetargach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa nie tylko bezpieczeństwa informacji, o czym była mowa wyżej, ale i **bezpieczeństwa dostaw**. Bezpieczeństwo dostaw może być rozumiane wężiej jako potrzeba dostarczenia określonego rodzaju sprzętu do państwa członkowskiego bądź też szerzej jako potrzeba zapewnienia bezpieczeństwa strategicznego państwa poprzez utrzymanie określonego sektora lub bazy przemysłowej²⁸. Jak wskazują motywy 8 i 9 dyrektywy 2009/81/WE, wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest podstawowym czynnikiem zarówno dla bezpieczeństwa, jak i suwerenności państw członkowskich oraz dla autonomii Unii. Dlatego też zakupy towarów i usług w sektorach obronności i bezpieczeństwa mają często charakter zakupów newralgicznych. Wynikają z tego szczególne wymogi nie tylko w zakresie bezpieczeństwa informacji, ale i bezpieczeństwa dostaw. Wymogi te dotyczą przede wszystkim zakupu broni, amunicji i materiałów wojennych oraz usług i robót budowlanych bezpośrednio z nimi związanych, przeznaczonych dla sił zbrojnych, ale także niektórych szczególnie newralgicznych zakupów w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego. W celu zapewnienia odpowiednich środków dla zapewnienia bezpieczeństwa dostaw, omawiana dyrektywa formułuje przepisy odmienne od ogólnych zasad udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie z art. 23 dyrektywy zamawiający określa w dokumentacji zamówienia swoje wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw. W tym celu może wymagać, by oferta zawierała m.in. następujące szczegółowe informacje (należy mieć przy tym na uwadze, że katalog jest tylko przekładowy, niezamknięty):

- certyfikację lub dokumentację wskazującą w sposób zadowalający zamawiającego, że oferent będzie w stanie spełnić wymogi w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem, w tym

²⁸ Por. Nota wyjaśniająca KE dotycząca bezpieczeństwa dostaw (w:) *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, red. J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarsz, Warszawa 2011.

wszelkie dokumenty towarzyszące uzyskane od odnośnego państwa członkowskiego lub odnośnych państw członkowskich;

- wskazanie wszelkich ograniczeń obowiązujących zamawiającego w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami, które wynikłyby z postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa;
- certyfikację i dokumentację wykazującą, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw oferenta umożliwią mu spełnienie wymogów zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w łańcuchu dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami;
- zobowiązanie oferenta do ustanowienia lub utrzymania zdolności wymaganej do sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, na warunkach do uzgodnienia;
- wszelką dokumentację dodatkową otrzymaną od władz państwowych oferenta dotyczącą zaspokojenia ewentualnego wzrostu potrzeb zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej;
- zobowiązanie oferenta do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia;
- zobowiązanie oferenta do informowania zamawiającego na czas o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec zamawiającego;
- zobowiązanie oferenta do zapewnienia zamawiającemu, na warunkach do uzgodnienia, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania, jeżeli nie jest on już w stanie zapewnić tych dostaw.

Nie można przy tym wymagać od oferenta, by uzyskał od państwa członkowskiego zobowiązanie ograniczające swobodę tego państwa członkowskiego w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub wspólnotowego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt w warunkach panujących w chwili podejmowania decyzji w sprawie takich zezwoleń.

W szczególny sposób zostały również skonstruowane **podstawy wykluczenia** oferenta z procedury przetargowej odbywającej się na podstawie dyrektywy 2009/81/WE. W katalogu określonym w art. 39 dyrektywy zawarto elementy nieznanne ogólnym przepisom dotyczącym zamówień publicznych, a mające na celu ochronę bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw przy tego typu zamówieniach. Wśród podstaw tych (o charakterze fakultatywnym) należy wymienić:

- skazanie prawomocnym wyrokiem zgodnie z krajowymi przepisami za przestępstwo związane z działalnością zawodową oferenta, np. naruszenie obowiązujących przepisów dotyczących wywozu wyposażenia obronnego lub wyposażenia związanego z bezpieczeństwem;
- poważne wykroczenie zawodowe, udowodnione dowolnymi środkami przez zamawiającego, np. pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia;
- uznanie, na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, że wykonawca nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego.

Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi opierać się na zagrożeniu bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zamawiający musi być przygotowany do udowodnienia, jeżeli zajdzie taka konieczność w procedurach odwoławczych, że istnieją obiektywne i wiarygodne elementy wskazujące na brak wiarygodności, powodujące zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa²⁹.

²⁹ Por. Nota wyjaśniająca KE dotycząca bezpieczeństwa informacji [w:] *Zamówienia w dziedzinach...*, red. J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarsz, Warszawa 2011.

Przepis art. 39 określa również obligatoryjne przesłanki wykluczenia oferenta z przetargu, które są zasadniczo zbieżne z tymi określonymi w dyrektywie klasycznej, jednak – co znamienne – dyrektywa obronna w odróżnieniu od dyrektywy klasycznej pozostawia państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od ich stosowania.

Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości lista podstaw wykluczenia kandydatów i oferentów zawarta w art. 39 ust. 1 i 2 dyrektywy obronnej jest wyczerpująca. Nie jest zatem możliwe wykluczenie kandydata lub oferenta na podstawie innych kryteriów³⁰. Natomiast państwa członkowskie mogą dowolnie określać procedurę traktowania podstaw wykluczenia. Mogą w szczególności określić warunki przywrócenia kandydatów i oferentów, którzy z powodu wcześniejszych wyroków skazujących są wykluczeni z udziału w zamówieniu publicznym (por. w szczególności art. 73 ust. 3 dyrektywy 2009/81/WE, dotyczący przeglądu stosowania art. 39 ust. 1 dyrektywy 2009/81/WE przez Komisję, wymieniający wyraźnie ewentualny przyszły wniosek legislacyjny w celu harmonizacji takich przepisów krajowych). Takie zasady „samooczyszczenia” muszą oczywiście być zgodne z podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej, szczególnie z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji³¹.

Na koniec należy wspomnieć o przepisach art. 42 pozwalających na nakładanie na oferenta obowiązków związanych z udowodnieniem, iż posiada on możliwości techniczne lub zawodowe do zapewnienia bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw realizowanego zamówienia, jak również, że możliwości takie posiadają jego podwykonawcy.

Analizując powyżej omówione regulacje dyrektywy obronnej, należy mieć na względzie, że wyjątki w niej określone powinno się interpretować zawężająco.

Po pierwsze, nie można nadużywać wyłączeń z dyrektywy na podstawie ogólnej regulacji art. 346 TFUE. Dyrektywa 2009/81/WE przewiduje różne zabezpieczenia dotyczące bezpieczeństwa informacji, co zgodnie z notą wyjaśniającą KE dotyczącą

³⁰ Por. wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07, *Michaniki AE przeciwko Ethniko Symvoulio Radiotileorasis i Ypourgos Epikrateias*, Zb. Orz. 2008, s. I-9999, pkt 43, EU:C:2008:731.

³¹ A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2009/81/WE...*, uwagi do art. 39..

bezpieczeństwa informacji powinno umożliwić zamawiającym ograniczenie zarówno wykluczeń, jak i wyłączeń na podstawie TFUE ze względów związanych z poufnością do wyjątkowych przypadków. Narzędzia, którymi na podstawie przepisów dyrektywy może posługiwać się zamawiający, dają mu szeroką możliwość kontroli dostępu i ochrony informacji niejawnych przez stawianie odpowiednich warunków oraz tworzą zestaw narzędzi i środków, aby mógł on skutecznie chronić wrażliwe informacje i jednocześnie udzielać zamówień na podstawie tej dyrektywy³².

5. Podstawowe zasady udzielania zamówień publicznych

Na zakończenie analizy regulacji dotyczących reżimu zamówień publicznych w kontekście ochrony informacji niejawnych, bezpieczeństwa publicznego lub interesu bezpieczeństwa państwa, należy podkreślić, że wszystkie omawiane wyżej regulacje muszą być interpretowane w zgodzie z podstawowymi zasadami udzielania zamówień publicznych, które z kolei stanowią uszczegółowienie ogólnych zasad UE określonych w TFUE.

Najważniejsze zasady udzielania zamówień publicznych zostały określone, jak już wspomniano wcześniej, w art. 18 dyrektywy klasycznej. Artykuł 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE konstytuuje ogólną zasadę **równego i niedyskryminującego traktowania wszystkich wykonawców** oraz **zasadę przejrzystości i proporcjonalności**. Wymienione zasady zostały określone jako obowiązki zamawiających i z uwagi na swoją treść wzajemnie się uzupełniają. W nawiązaniu do tych zasad ustawodawca unijny zastrzega, że zamówień nie organizuje się w sposób mający na celu wyłączenie zamówienia z zakresu zastosowania niniejszej dyrektywy lub **sztuczne zawężanie konkurencji**. Definicja sztucznego zawężania konkurencji stanowi odzwierciedlenie zasady równego traktowania – konkurencja jest sztucznie zawężona, gdy zamówienie zostaje zorganizowane z zamiarem nieuzasadnionego działania na korzyść lub niekorzyść niektórych wykonawców.

Istotna dla interpretacji zasady równości z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE jest wykładnia art. 18 TFUE, który stanowi, że: „w zakresie zastosowania Traktatów i bez

³² Por. Nota wyjaśniająca KE dotycząca bezpieczeństwa informacji [w:] *Zamówienia w dziedzinach...*, red. J. Czarnecka, A. Kowalski, M. Olejarski, Warszawa 2011.

uszczerbku dla postanowień szczególnych, które one przewidują, zakazana jest wszelka dyskryminacja ze względu na przynależność państwową”. Artykuł 18 TFUE ma też bezpośrednie zastosowanie do postępowań w przedmiocie udzielenia zamówienia publicznego niezależnie od wartości kontraktu.

Zgodnie z interpretacją tego przepisu dokonaną przez TSUE reguła zawarta w art. 18 TFUE jest jedną z podstawowych zasad prawa unijnego. Stanowi ona, że niedopuszczalne jest czynienie różnic między podmiotami prawnymi państw członkowskich, które znajdują się w tożsamyh sytuacjach, albo równoprawne ich traktowanie, gdy znajdują się one w sytuacjach różnych, chyba że ma to obiektywne uzasadnienie (por. wyrok TSUE z dnia 16 października 1980 r. w sprawie C-147/79, Hochstrass przeciwko Trybunałowi Sprawiedliwości³³). Należy pamiętać, że warunkiem powołania się na zasadę niedyskryminacji z art. 18 TFUE jest istnienie „elementu unijnego” (wyrok TSUE z dnia 7 lutego 1979 r. w sprawie C-115/78, J. Knoors przeciwko Staatssecretaris van Economische Zaken³⁴). Niedopuszczalna jest zarówno dyskryminacja bezpośrednia, jak i dyskryminacja pośrednia. Przy zakazie dyskryminacji zabronione jest tylko różnicowanie arbitralne, dopuszczalne jest natomiast różnicowanie ze względów merytorycznych. Niedopuszczalne jest takie konstruowanie krajowych przepisów prawnych lub takie ustalanie praktyki, które wymieniają obywatelstwo lub pochodzenie jako podstawę rozróżnienia.

Zasada powyższa znajduje odpowiednie zastosowanie również do przedsiębiorców. W ocenie Trybunału Sprawiedliwości art. 49 TFUE, wprowadzający zasadę swobody przedsiębiorczości, nakazuje jednakowe traktowanie wszystkich podmiotów niezależnie, z którego państwa członkowskiego pochodzą. Przedsiębiorcy z innych państw członkowskich nie mogą być pozbawieni prawa do składania ofert i uczestnictwa w przetargach organizowanych przez państwo lub podmioty prywatne, jako bezpośredni uczestnicy lub podwykonawcy, prawa do uzyskiwania koncesji i zezwoleń oraz prawa do nabywania majątku ruchomego i nieruchomego, korzystania z niego i dysponowania nim³⁵.

³³ EU:C:1980:238.

³⁴ EU:C:1979:31.

³⁵ M. Ahl, M. Szpunar, *Prawo europejskie*, Warszawa 2005, s. 211.

Zasada niedyskryminacji, określona przez dyrektywę 2014/24/UE jest naczelną regułą wszystkich postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, jako zasada związana ściśle z zapewnieniem uczciwej konkurencji. O ile zatem art. 18 TFUE będzie miał zastosowanie jedynie w sytuacji zaistnienia elementu unijnego, o tyle zasada równości z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE obowiązuje również w przypadku, gdy nie występuje element zagraniczny, a przetarg ma charakter „krajowy”³⁶. Zasada równego traktowania musi być realizowana we wszystkich aspektach i na wszystkich etapach postępowania w sprawie udzielenia zamówienia publicznego.

Obowiązek przestrzegania zasady równego traktowania jest zgodny z celami dyrektyw, które zmierzają do **wspierania rozwoju rzeczywistej konkurencji** w dziedzinach podlegających odpowiednio zakresom ich stosowania i które formułują kryteria udzielania zamówień mające gwarantować taką konkurencję (wyroki TSUE: z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99, Concordia Bus Finland Oy Ab przeciwko Helsingin kaupunki, HKL-Bussiliikenn³⁷ oraz z dnia 3 marca 2005 r. w sprawach połączonych C-21/03 i C-34/03, Fabricom SA przeciwko État belge³⁸).

Kolejną istotną zasadą dla omawianego zagadnienia jest **zasada przejrzystości prawa zamówień publicznych**, która oznacza, że procedura przetargowa zawiera jasne reguły i istnieją środki służące do weryfikacji prawidłowości ich stosowania. Wszyscy uczestnicy przetargu są świadomi zasad, które nim rządzą. Działania urzędników związane z realizacją celów zamówień są przedmiotem przepisów prawnych. Zasada ta może przejawiać się też w obowiązku publikacji rezultatów postępowania przetargowego, publicznym otwarciu ofert, w wymogu pisemnego uzasadniania podejmowanych decyzji czy też umożliwienia wykonawcom dostępu do dokumentacji przetargowej.

Zasada proporcjonalności jest również uznawana przez Trybunał za jedną z podstawowych zasad prawa UE, która wymaga, by środki wprowadzane w drodze przyjęcia aktów prawa unijnego były właściwe dla osiągnięcia zakładanych

³⁶ A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE* [w:] *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2016, uwagi do art. 18.

³⁷ EU:C:2002:495.

³⁸ EU:C:2005:127.

celów i nie wykraczały poza to, co jest niezbędne do ich zrealizowania (por. wyrok TSUE dnia 10 grudnia 2002 r. w sprawie C-491/01, *The Queen przeciwko Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd i Imperial Tobacco Ltd.*³⁹). Znajduje ona swój wyraz również w regulacjach dotyczących zamówień publicznych. Już w 2004 r. ustawodawca unijny, przyjmując uchyloną dyrektywę 2004/18/WE, w pkt 2 jej preambuły podkreślił, że zamówienia powinny być udzielane zgodnie z podstawowymi zasadami UE – w tym zgodnie z zasadą proporcjonalności.

Obowiązek działania w sposób proporcjonalny z art. 18 ust. 1 dyrektywy 2014/24/UE został skierowany do zamawiających, co oznacza, że powinni oni stosować dwustopniowy model oceny stosowanych środków pod kątem:

- czy przyjmowany środek jest właściwy dla osiągnięcia zakładanego celu;
- jeśli środek jest właściwy i nadaje się do realizacji zakładanego celu, to czy nie wykracza poza to, co jest niezbędne, a tym samym, czy nie jest on nadmierny, czy inne środki nie byłyby wystarczające do osiągnięcia planowanego efektu; czy założonego celu nie można osiągnąć za pomocą innych, mniej szkodliwych lub mniej ingerujących środków.

Ocena proporcjonalności powinna się zawsze odbywać w stosunku do konkretnego celu i środka, a nie w sposób ogólny czy abstrakcyjny. W zależności od podmiotu, do którego adresowana jest zasada proporcjonalności, analiza spełnienia jej przesłanek wymaga ustalenia realizowanego **celu** oraz podejmowanych środków, a dopiero później **oceny**, czy przedmiotowe środki są właściwe i nie wykraczają poza to, co jest niezbędne do osiągnięcia planowanego celu.

6. Zasada zawężającej interpretacji wyłączeń od stosowania reżimu zamówień publicznych

Wszelkie próby dokonania wyłączenia danego zlecenia spod reżimu unijnych przepisów regulujących zamówienia publiczne, należy interpretować w kontekście wyżej opisanych zasad.

³⁹ EU:C:2002:741.

Ochrona opisanych powyżej podstawowych zasad Unii Europejskiej wymaga, by udzielanie zamówień publicznych było zasadniczo poddane równej i konkurencyjnej procedurze. Cel ten znajduje wyraz w unijnych przepisach regulujących postępowanie w sprawie udzielania zamówień publicznych. Z tego punktu widzenia istotne jest też, by jak najszersza grupa zamówień w praktyce była realizowana z zastosowaniem tych przepisów. Stąd **wyłączenia spod reżimu zamówień publicznych są rzadkie**. Wprowadzono też zasadę, że zasady ustalone przez zamawiającego **nie mogą służyć do omijania przepisów dotyczących zamówień publicznych** (była o tym mowa wyżej). Trybunał Sprawiedliwości UE w utrwalonej linii orzeczniczej wskazuje ponadto, iż wszelkie wyłączenia spod przepisów regulującą procedurę zamówień publicznych **należy interpretować zawężająco**.

W wyroku z dnia 11 stycznia 2005 r. w sprawie C-26/03, Stadt Halle i RPL Recyclingpark Lochau GmbH przeciwko Arbeitsgemeinschaft Thermische Restabfall- und Energieverwertungsanlage TREA Leuna⁴⁰, Trybunał Sprawiedliwości orzekł, iż realizacja głównego celu uregulowań wspólnotowych w zakresie zamówień publicznych, jakim jest swobodny przepływ usług oraz otwarcie na niezakłóconą konkurencję we wszystkich państwach członkowskich, wymaga zobowiązania wszystkich instytucji zamawiających do stosowania właściwych uregulowań wspólnotowych, gdy spełnione są przewidziane w nich warunki. Każdy wyjątek od stosowania tego obowiązku podlega w rezultacie wykładni zawężającej. Analogiczne stanowisko wyrażono w wyroku TSUE z dnia 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01, Komisja przeciwko Niemcom⁴¹.

W orzeczeniu z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03, Parking Brixen GmbH przeciwko Gemeinde Brixen i Stadtwerke Brixen AG⁴², TSUE orzekł o konieczności stosowania wykładni zawężającej w odniesieniu do wyłączeń spod zasad udzielania zamówień publicznych. Orzeczenie to wprawdzie dotyczyło koncesji na usługi, ale jego konkluzja ma charakter ogólny. Trybunał zauważył, że przesłanki, które uzasadniają wyłączenia od zasady stosowania procedury zamówień publicznych – jako wyjątki od ogólnych reguł obowiązujących w tym zakresie z mocy

⁴⁰ EU:C:2005:5.

⁴¹ EU:C:2003:220.

⁴² EU:C:2005:605.

traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie TFUE), w szczególności zasady równości i niedyskryminacji, z których wynika obowiązek udzielania koncesji z zachowaniem konkurencyjności i bezstronności – podlegają wykładni zawężającej.

Należy ponadto podkreślić, że to na podmiocie, który zamierza z określonego wyłączenia skorzystać, spoczywa ciężar udowodnienia rzeczywistego występowania nadzwyczajnych okoliczności uzasadniających to odstępstwo (wyrok w sprawach połączonych C-20/01 i C-28/01, Komisja przeciwko Niemcom).

Każda dyrektywa, również te omawiane w niniejszym opracowaniu – jako instrument prawa wtórnego UE – muszą stosować się do prawa pierwotnego UE. Zatem ich zastosowanie również podlega wyjątkom określonym TFUE, w szczególności art. 36, 51, 52, 62 oraz 346 TFUE (dawne art. 30, 45, 46, 55 i 296 TWE). W kontekście obronności i bezpieczeństwa **art. 346 TFUE** jest najbardziej istotnym odstępstwem opartym na Traktacie. Oznacza to w szczególności, że zamówienia mogą być udzielane bez zastosowania dyrektyw regulujących zamówienia publiczne w przypadkach, gdy jest to **konieczne do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego**. Artykuł 346 TFUE, co wskazano już wcześniej, odnosi się do środków, które państwo członkowskie „uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa” lub do „informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne” z tymi interesami.

Zdefiniowanie swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa jest wyłącznym obowiązkiem państw członkowskich, co określono w motywie 16 dyrektywy obronnej, co potwierdził też TSUE chociażby w wyroku z dnia 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01, Fiocchi Munizioni SpA przeciwko Komisja Wspólnot Europejskich⁴³. Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, co stwierdzono w przywołanym wyroku, art. 346 TFUE nie pozwala państwom członkowskim na odstępstwo od postanowień Traktatu poprzez samo odwołanie się do takich interesów. Trybunał Sprawiedliwości stwierdził również wyraźnie, że odstępstwo na podstawie art. 346 TFUE jest ograniczone do wyjątkowych i jasno określonych przypadków, oraz że podjęte środki nie mogą wychodzić poza ograniczenia takich przypadków (wyrok z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97, Komisja przeciwko Hiszpanii⁴⁴ oraz

⁴³ EU:T:2003:248.

⁴⁴ EU:C:1999:417.

wyrok z dnia 15 grudnia 2009 r. w sprawie C-239/06, Komisja przeciwko Włochom⁴⁵). Jak każde inne odstępstwo od podstawowych swobód, musi być ono ściśle interpretowane.

Stosowanie art. 346 TFUE jako wyjątku od zasady swobodnego przepływu towarów i usług powinno być ograniczone do sytuacji, kiedy istnieje najwyższa potrzeba ochrony militarnej zdolności kraju członkowskiego. Zdefiniowanie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego należy co prawda do władz tego państwa, warto jednak zauważyć, że w świetle wspólnej polityki bezpieczeństwa i obronności konieczne jest wypracowanie wspólnego podejścia do terminu „narodowy interes bezpieczeństwa państwa”. Nie oznacza to jednak, że w praktyce środki podejmowane w celu ochrony bezpieczeństwa konkretnego państwa nie powinny być adekwatne do zagrożenia i nie mogą się różnić w zależności od specyficznej sytuacji danego państwa⁴⁶. Przy definiowaniu podstawowego interesu bezpieczeństwa państwo członkowskie musi brać pod uwagę spójność narodowych interesów państw członkowskich⁴⁷.

Zastosowanie wyłączenia traktatowego oznacza jednocześnie konieczność udowodnienia, że użyty środek (wyłączenie z reguł konkurencji) jest adekwatny, proporcjonalny i konieczny, co oznacza, że musi być odpowiedni do osiągnięcia celu, jakim jest ochrona bezpieczeństwa publicznego (czyli bezpieczeństwa społecznego lub narodowego) lub ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (zewnętrznego bezpieczeństwa militarnego), oraz że żaden mniej restrykcyjny środek z punktu widzenia swobód przepływu towarów, przedsiębiorczości i usług nie może być zastosowany, a także że nie wykracza poza to, co jest absolutnie niezbędne ze względu na ochronę bezpieczeństwa publicznego (wyrok TSUE z dnia 10 lipca 1984 r. w sprawie C-72/83, *Campus Oil Ltd. przeciwko Minister for Industry and Energy*⁴⁸).

⁴⁵ EU:C:2009:784.

⁴⁶ Por. D. Eisenhut, *The Special Security Exemption of Article 296 EC: Time for a New Notion of "Essential Security Interests"*, „European Law Review” 2008, vol. 33, nr 4, s. 577–585.

⁴⁷ Por. N. Grief, *EU Law and Security*, „European Law Review” 2007, vol. 32, nr 5.

⁴⁸ EU:C:1984:256.

W tym kontekście ważne jest istnienie w porządku prawnym regulacji dyrektywy 2009/81/WE prawnego instrumentu, który został stworzony specjalnie w celu zaspokojenia konkretnych potrzeb i wymogów zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Regulacje tej dyrektywy pozwalają na stosowanie szczególnych, nieznanymi ogólnym zasadom zamówień publicznych, procedur w celu ochrony bezpieczeństwa państw członkowskich. Może się jednak zdarzyć, że nawet tak określona procedura nie będzie mogła być zastosowana do konkretnego zamówienia ze względu np. na konieczność spełnienia szczególnych warunków w zakresie bezpieczeństwa dostaw lub w przypadku zamówień, 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 może dokonać wyłączenia zamówienia spod reżimu postępowań w sprawach zamówień publicznych, określonego w analizowanych dyrektywach unijnych, ale jednocześnie musi zapewnić, i w razie konieczności udowodnić, że 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. Wynika z tego, że procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie 2009/81/WE powinny być uznane za standardowe procedury dla udzielania zamówień w zakresie obronności i newralgicznych zamówień z dziedziny bezpieczeństwa, oraz że odwołanie się do art. 346 TFUE powinno być ograniczone do wyraźnie wyjątkowych przypadków⁴⁹.

⁴⁹ Por. Dyrektywa 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania, Dyrekcja Generalna ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, http://www.informatorprzetargowy.pl/upload/akty_prawne/Dyrektywy_unijne/Dyrektywa_obronna/pol_tumacz_not/Zakres_zastosowania.pdf (dostęp dnia 21 września 2017 r.).

III. Wyłączenia reżimu zamówień publicznych w wybranych państwach członkowskich

1. Wielka Brytania

W Wielkiej Brytanii omówione wyżej dyrektywy implementowano w ramach trzech osobnych aktów prawnych:

- dyrektywę klasyczną 2014/24/UE – w ramach The Public Contracts Regulations 2015, Statutory Instruments 2015 No 102⁵⁰, dalej: „PCR”;
- dyrektywę sektorową 2014/25/UE – w ramach The Utilities Contracts Regulations 2016, Statutory Instruments 2016 No. 274⁵¹, dalej: „UCR”;
- dyrektywę obronną 2009/81 – w ramach The Defence and Security Public Contracts Regulations 2011, Statutory Instruments 2011 No. 1848⁵², dalej: „DSCR”.

Przepisy te zostały przyjęte dla Anglii, Walii i Irlandii Północnej. Odrębne regulacje zostały przyjęte dla Szkocji⁵³.

Implementacja dyrektywy klasycznej

Na wstępie należy zaznaczyć, że zarówno w odniesieniu do dyrektywy klasycznej, jak i do pozostałych omawianych w niniejszym opracowaniu dyrektyw regulujących kwestię zamówień publicznych, Wielka Brytania wybrała metodę dosłownej ich implementacji, co oznacza, że – poza zmianami niezbędnymi z uwagi na dostosowanie przepisów do obowiązujących regulacji – transpozycja stanowi w zasadzie powielenie unijnych przepisów. W związku z powyższym w ramach

⁵⁰ Zob. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2015/102/pdfs/uksi_20150102_en.pdf (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵¹ Zob. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2016/274/pdfs/uksi_20160274_en.pdf (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵² Zob. http://www.legislation.gov.uk/uksi/2011/1848/pdfs/uksi_20111848_en.pdf (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵³ Szkockie przepisy dostępne na stronie: <http://www.gov.scot/Topics/Government/Procurement> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

analizy PCR omówione zostaną tylko przykładowe transponowane przepisy, te, które mają bezpośredni związek z kwestiami wyłączeń ze względu na zasady bezpieczeństwa w różnych jego aspektach.

Artykuł 10 PCR w zakresie wyłączeń dotyczących pomocy prawnej stanowi wierne odzwierciedlenie art. 10 dyrektywy klasycznej. Przenosi również wprost przepis dotyczący wyjątków w zakresie obrony cywilnej i ochrony ludności oraz zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczonych przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym.

Artykuł 15 PCR stanowi prawie dosłowne przeniesienie regulacji art. 15 dyrektywy klasycznej (z nieistotnymi zmianami redakcyjnymi i strukturalnymi). Wprowadza zasadę, że przepisy PCR stosuje się do zamówień publicznych udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz konkursów organizowanych w tych dziedzinach, z wyjątkami, które określono dokładnie tak jak w dyrektywie. Zamawiający ma uprawnienie do rozdzielenia przedmiotu zamówienia, gdy jest ono obiektywnie możliwe do rozdzielenia. Rozdzielenie to musi być „uzasadnione”. W przypadku gdy zamawiający podejmie decyzję o udzieleniu odrębnych zamówień na części, decyzję o tym, który z reżimów prawnych ma zastosowanie do każdego odrębnego zamówienia, podejmuje się na podstawie cech charakterystycznych odrębnej części. Przepis zawiera również, analogiczną do określonej w dyrektywie, regułę dotyczącą zamówień, które są obiektywnie niepodzielne.

Regulacja art. 17 PCR stanowiąca transpozycję art. 17 dyrektywy 2014/24/UE stanowi właściwie jej literalne powtórzenie.

Z mocy art. 57 PCR z kolei przeniesiono na brytyjski grunt europejskie regulacje dotyczące wykluczenia w procedurze przetargowej, zawarte w art. 57 dyrektywy 2014/24/UE. Przepis ten wprowadza kilka podstaw obowiązkowego wykluczenia oferentów, które były omówione wyżej, w części poświęconej analizie dyrektywy klasycznej. Artykuł 57 PCR transponuje je poprzez powołanie się na szereg ustaw krajowych, takich jak: the Criminal Law Act 1977, the Public Bodies Corrupt Practices Act 1889, the Bribery Act 2010, the Representation of the People Act 1983, the Theft Act 1968, the Criminal Justice (Terrorism and Conspiracy) Act 1998, the Counter

Terrorism Act 2008, the Serious Crime Act 2007, the Drug Trafficking Act 1994 itd. Przepis uwzględnia wszystkie przestępstwa objęte zakresem dyrektywy klasycznej.

Ustępy 2 i 4 art. 57 dyrektywy 2014/24/UE rozszerzyły wcześniej obowiązującą listę uznaniowych powodów wykluczenia z postępowania podmiotów gospodarczych. Przepisy te zostały omówione wcześniej. Brytyjski PCR w art. 57 ust. 1 i 2 uwzględnił ten wykaz, wprowadzając tylko w niektórych punktach modyfikacje językowe, niemające wpływu na istotę uregulowań.

Za właściwą transpozycję dyrektywy 2014/24/UE (a konkretnie jej art. 57 ust. 5) należy uznać też zapis art. 57 PCR, który przewiduje możliwość – w określonych sytuacjach – wykluczenia podmiotu gospodarczego z procedury przetargowej na każdym jej etapie. Przepisy PCR wprowadzają również, zbieżne z unijnymi, regulacje dotyczące procedury „samooczyszczania” podmiotu biorącego udział w procedurze przetargowej.

Implementacja dyrektywy sektorowej:

Dyrektywa 2014/25/UE, w zakresie rozwiązań dotyczących bezpieczeństwa, w zasadniczej mierze powieliła rozwiązania przewidziane w dyrektywie klasycznej. Ich transpozycja na brytyjski grunt prawny odbywała się metodą przepisania regulacji z dyrektywy 2014/25/UE do brytyjskiego rozporządzenia. Poza niezbędnymi zmianami redakcyjnymi, niemającymi wpływu na zakres przepisów, brytyjska UCR stanowi więc wierne odbicie implementowanej dyrektywy.

Implementacja dyrektywy obronnej:

Zakres zastosowania regulacji DSCR został określony w jej art. 6. Zgodnie z nim: niniejszą regulację stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;

- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a) i b) w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub
- e) newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Wyżej przytoczony przepis jest zgodny z regulacją ujętą w art. 2 dyrektywy obronnej.

Artykuł 9 brytyjskiego rozporządzenia określa progi, od których przedmiotowa regulacja znajduje zastosowanie. W artykule tym rozporządzenie bezpośrednio odsyła do progów wskazanych w dyrektywie 2009/81/WE.

DSCR wprowadza także zapisy odnoszące się do:

- ochrony informacji poufnych (art. 10 rozporządzenia transponujący na grunt prawa brytyjskiego art. 6 dyrektywy obronnej) oraz
- ochrony informacji niejawnych (art. 11 rozporządzenia transponujący na grunt prawa brytyjskiego art. 7 dyrektywy obronnej).

Obie powyższe regulacje są zgodne z odpowiadającymi im przepisami dyrektywy.

Wyłączenia ujęte w sekcji 3 dyrektywy obronnej zostały przeniesione na grunt prawa brytyjskiego na podstawie art. 7 DSCR. Są one zbieżne z regulacją wprowadzoną przez dyrektywę obronną.

Warunki realizacji zamówień publicznych zostały ujęte w brytyjskim rozporządzeniu zgodnie z art. 20 dyrektywy obronnej: zamawiający może określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty oraz zostały wskazane w dokumentach zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe). Warunki te mogą w szczególności dotyczyć podwykonawstwa lub zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych oraz bezpieczeństwa dostaw wymaganych przez instytucje/podmioty zamawiające zgodnie z art. 21, 22 i 23.

Bezpieczeństwo informacji (art. 22 dyrektywy obronnej) zostało uregulowane w art. 38 DSCR i jest tożsame z regulacją ujętą w dyrektywie. Podobnie, regulacja odnosząca się do zagadnienia bezpieczeństwa dostaw, która została uregulowana w art. 39 DSCR, jest zgodna z przepisem art. 23 dyrektywy obronnej.

Artykuł 39 dyrektywy obronnej, określający podmiotową sytuację kandydata lub oferenta, został w pełni transponowany do brytyjskiego porządku prawnego w części 4 DSCR. W przywołanej części akt ten szczegółowo określa przesłanki wykluczenia danego kandydata (oferenta) z postępowania (art. 23), sytuację ekonomiczną i finansową wykonawcy (art. 24), możliwości techniczne lub zawodowe (art. 25)⁵⁴. Dyrektywa obronna pozostawiła państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od stosowania obligatoryjnych wykluczeń, jednak Wielka Brytania z niego nie skorzystała.

2. Niemcy

W ramach wprowadzenia należy przedstawić podstawowe źródła niemieckiego prawa zamówień. Podział tych aktów prawnych może przebiegać w oparciu o rozróżnienie prawa zamówień publicznych powyżej i poniżej unijnych progów wartości zamówienia. Ze względu na zakres opracowania należy skupić się na zamówieniach, których wartość przekracza unijne progi wartości (wskazane w części opracowania powyżej). Podstawowym aktem normatywnym regulującym udzielanie zamówień publicznych jest ustawa z dnia 26 sierpnia 1998 r. przeciwko ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dalej: „GWB”)⁵⁵. Zasady przewidziane w GWB podlegają konkretyzacji w rozporządzeniu z dnia 12 kwietnia 2016 r. o zamówieniach publicznych (Verordnung über die Vergabe öffentlicher Aufträge, VgV)⁵⁶. Zgodnie z § 1 ust. 2 pkt 2 tego rozporządzenia nie znajdzie ono zastosowania do zamówień publicznych w zakresie obronności

⁵⁴ Por. *Analiza sposobu implementacji dyrektywy obronnej w wybranych państwach Unii Europejskiej*, Urząd Zamówień Publicznych: <https://legislacja.rcl.gov.pl/docs//2/20055/20075/20076/dokument21076.pdf> (dostęp dnia 14 czerwca 2017 r.).

⁵⁵ Ustawa w brzmieniu z dnia 26 czerwca 2013 r. (BGBl. I S. 1750, 3245), zmieniona ustawą z dnia 1 czerwca 2017 r. (BGBl. I S. 1416), źródło: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵⁶ Zob. https://www.gesetze-im-internet.de/vgv_2016/ (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

i bezpieczeństwa. Do takich zamówień stosuje się rozporządzenie z dnia 12 lipca 2012 r. w zakresie obronności i bezpieczeństwa implementujące dyrektywę 2009/81/WE (Vergabeverordnung Verteidigung und Sicherheit, dalej: „VSVgV”)⁵⁷. Zakresem regulacji tego rozporządzenia objęte są zamówienia dotyczące zarówno dostaw, jak i usług w zakresie obronności oraz bezpieczeństwa, w przypadku zaś zamówień na roboty budowlane rozporządzenie zawiera tylko najważniejsze przepisy, a w pozostałym zakresie odsyła do ogólnej regulacji dotyczącej zamówień na roboty budowlane, części A znormalizowanych warunków zlecenia i wykonywania robót budowlanych (Vergabe- und Vertragsordnung für Bauleistungen Teile A, VOB/A)⁵⁸. Dla zamówień publicznych z sektorów transportowego, zaopatrzenia w wodę pitną i energię zastosowanie znajdzie tzw. rozporządzenie sektorowe z dnia 12 kwietnia 2016 r. (Verordnung über die Vergabe von öffentlichen Aufträgen im Bereich des Verkehrs, der Trinkwasserversorgung und der Energieversorgung, SektVo)⁵⁹.

Implementacja unijnych dyrektyw, tj. dyrektywy klasycznej (2014/24/UE), dyrektywy sektorowej (2014/25/UE) oraz obronnej (2009/81/WE), nastąpiła w części czwartej ustawy z dnia 26 sierpnia 1998 r. przeciwko ograniczeniom konkurencji (Gesetz gegen Wettbewerbsbeschränkungen, dalej: „GWB”)⁶⁰.

Implementacja dyrektywy klasycznej i sektorowej:

Niemiecki ustawodawca przyjął odmienną niż brytyjski prawodawca technikę legislacyjną w zakresie implementacji dyrektyw klasycznej i sektorowej, rezygnując z ujęcia ich w odrębnych aktach prawnych. Na płaszczyźnie ustawowej wdrożenie dyrektyw 2014/23/UE, 2014/24/UE oraz 2014/25/UE nastąpiło w ustawie przeciwko ograniczeniom konkurencji (GWB), a mianowicie w części czwartej tej ustawy, która to część została w dużym stopniu poddana nowelizacji oraz nowemu ustrukturyzowaniu⁶¹. Intencją niemieckiego ustawodawcy było stworzenie przejrzystej

⁵⁷ Zob. <http://www.gesetze-im-internet.de/vsvgv/> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵⁸ Zob. <http://www.fib-bund.de/Inhalt/Vergabe/VOB/> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁵⁹ Zob. https://www.gesetze-im-internet.de/sektvo_2016/ (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁶⁰ Ustawa w brzmieniu z dnia 26 czerwca 2013 r. (BGBl. I S. 1750, 3245), zmieniona ustawą z dnia 1 czerwca 2017 r. (BGBl. I S. 1416), źródło: <https://www.gesetze-im-internet.de/gwb/> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁶¹ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG), Drucksache 18/6281, 8 października 2015 r.,

i prostszej dla odbiorców regulacji prawnej obejmującej kompleksowo zagadnienia zamówień publicznych, przy jednoczesnym uniknięciu powtórzeń tych samych lub podobnych przepisów w obrębie innych ustaw.

W konsekwencji, przepisy dyrektyw dotyczące zamówień obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa oraz wyłączeń spod reżimu regulacji zamówień publicznych zostały uregulowane w GWB.

Nowa część czwarta GWB określa następujące aspekty związane z postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego:

- 1) ogólne zasady prawa zamówień publicznych;
- 2) zakres zastosowania poszczególnych typów zamówień;
- 3) podstawowe kryteria dotyczące kwalifikacji i udzielenia zamówienia;
- 4) warunki realizacji zamówienia, podstawy wykluczenia z postępowania zamówieniowego;
- 5) procedurę „samooczyszczenia”;
- 6) nowe zasady z dyrektyw dotyczące rozwiązania umów, zmiany zamówienia lub koncesji.

Kluczowe znaczenie ma przepis § 117 GWB, albowiem zawiera on szczególne wyjątki od zamówień obejmujących aspekty obronności i bezpieczeństwa. Dla zamówień publicznych i konkursów określonych w tym przepisie nie stosuje się części 4 ustawy GWB dotyczącej zamówień publicznych i koncesji. Przepis § 117 zawiera pięć punktów, które implementują do niemieckiego porządku prawnego zarówno art. 15 ust. 2 i 3 dyrektywy klasycznej, jak i art. 24 ust. 2 i 3, art. 27 dyrektywy sektorowej, mające zastosowanie do zamówień udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, lub konkursów organizowanych w tych dziedzinach, które jednak nie są objęte zakresem zastosowania dyrektywy obronnej, a w konsekwencji nie podlegają regulacji rozporządzenia VSVg⁶².

s. 2, źródło: <http://dipbt.bundestag.de/extrakt/ba/WP18/685/68578.html> (dostęp dnia 22 września 2017 r.).

⁶² M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar, Band 1: GWB 4. Teil*, Monachium 2017, § 117, Rn. 5.

Punkt 1 § 117 GWB jest implementacją wprost art. 15 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy klasycznej oraz art. 24 ust. 2 akapit pierwszy dyrektywy sektorowej, zezwalającą na wyłączenie reżimu zamówień publicznych z uwagi na ochronę podstawowych interesów Republiki Federalnej Niemiec w zakresie bezpieczeństwa. Pojęcie podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa („*wesentliche Sicherheitsinteressen*”) nie zostało zdefiniowane przez niemieckie czy unijne orzecznictwo, a zatem może podlegać ogólnym regułom wykładni przepisów prawnych. Przykładowo wdrożenie środków do walki z terroryzmem czy nabycie technologii informacyjnej lub urządzeń komunikacyjnych może dotyczyć takich interesów, lecz należy pamiętać, że interesy te muszą być obiektywnie zagrożone lub podlegać innemu uszczerbkowi⁶³.

Z kolei pkt 2 tego przepisu implementuje do niemieckiego prawa art. 15 ust. 2 akapit drugi dyrektywy klasycznej oraz art. 24 ust. 2 akapit drugi dyrektywy sektorowej, wskazując, że przepisy tej części GWB nie stosuje się do zamówień lub konkursów, o ile spełnione są wymagania art. 346 ust. 1 lit. a TFUE.

Kolejny punkt stanowi odpowiednik art. 15 ust. 3 dyrektywy klasycznej i art. 24 ust. 3 dyrektywy sektorowej. Zgodnie z przepisem dyrektywy 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, niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania, pod warunkiem że dane państwo członkowskie stwierdziło, że nie można zagwarantować odnośnych podstawowych interesów za pomocą mniej inwazyjnych środków.

W piśmiennictwie zauważa się, że implementacja dyrektywy w tym zakresie zmienia dotychczasową praktykę, albowiem ustawodawca w normie § 117 pkt 3 GWB wprost wskazał na obowiązek badania proporcjonalności. Zatem, nie jest dopuszczalne generalne wyłączenie reżimu zamówień publicznych z powołaniem się na fakt, że jest to zamówienie tajne (lub zamówienie o szczególnych środkach bezpieczeństwa), ale zawsze musi zostać przeprowadzony test proporcjonalności⁶⁴. Jednocześnie

⁶³ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 117, Rn. 8–9.

⁶⁴ A. Haak, F. Koch, *Geheimvergabe im Lichte der Vergaberechtsreform*, „*Neue Zeitschrift für Baurecht und Vergaberecht*” 2016, s. 204 i n.

zauważa się, że w praktyce pojęcie tajnych zamówień (*geheime Aufträge*) jest tożsame z zamówieniami obejmującymi informacje niejawne (*Verschlussachenauftrag*, kontrakt niejawny) w rozumieniu § 104 ust. 3 GWB, stanowiących zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, do których nie znajdzie zastosowanie § 117 GWB. W konsekwencji uznaje się, że znaczenie praktyczne § 117 pkt 3 GWB będzie niewielkie⁶⁵.

Celem tego przepisu jest uniknięcie luk prawnych poza zakresem regulacji dyrektywy obronnej⁶⁶. Mając na względzie brzmienie § 117 pkt 1–3 GWB, udzielający zamówienie musi każdorazowo ocenić, czy dla konkretnego zamówienia spełnione są kryteria ww. wyjątków. Z tych też względów ustawodawca w nowym brzmieniu § 117 GWB (odpowiadającemu dawnemu § 100 ust. 8 GWB) zrezygnował z konkretyzacji tych wypadków⁶⁷.

Punkt 4 lit. a, b i c stanowią implementację art. 17 ust. 1 lit. a, b i c dyrektywy klasycznej oraz art. 27 ust. 1 lit. a, b, c dyrektywy sektorowej, a pkt 5 to niezmienione praktycznie przepisy art. 17 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 27 ust. 2 dyrektywy sektorowej.

Należy zauważyć, że z uwagi na szczególne ustawowe wyjątki dla zamówień w sferze obronności i bezpieczeństwa w przepisie § 145 GWB, stanowiącym implementację wyjątków z dyrektywy 2009/81/WE oraz art. 346 TFUE (którego zakres zastosowania został wyjaśniony w § 107 ust. 2 GWB), zakres zastosowania § 117 GWB będzie stosunkowo niewielki⁶⁸.

W tym miejscu należy również poświęcić uwagę implementacji przepisów dyrektywy klasycznej dotyczących **podstaw wykluczenia danego wykonawcy** z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia (art. 57 dyrektywy). Implementacja podstaw wykluczenia z procesu uzyskania zamówienia została implementowana do § 123 i § 124 GWB. Przepis § 123 GWB zawiera obligatoryjne przesłanki

⁶⁵ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 117, Rn. 15; A. Haak, F. Koch, *Geheimvergabe im Lichte...*, s. 208.

⁶⁶ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 117, Rn. 8–9.

⁶⁷ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 95.

⁶⁸ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 117, Rn. 5.

wykluczenia z postępowania, natomiast § 124 GWB przesłanki fakultatywne. W przepisie § 123 GWB nastąpiła konkretyzacja czynów określonych w dyrektywie klasycznej w ten sposób, że ustawodawca niemiecki zawarł zamknięty katalog przestępstw na podstawie niemieckiego kodeksu karnego oraz ustaw szczególnych (ze szczególnym wskazaniem podstaw prawnych prawa krajowego). Wykonawca podlega wyłączeniu, jeżeli przeciwko osobie fizycznej, której można przypisać działanie w imieniu wykonawcy, wydano prawomocne orzeczenie lub nałożono na przedsiębiorstwo grzywnę zgodnie z § 30 ustawy o wykroczeniach (grzywna nałożona na osoby prawne lub grupy osób). Na podstawie § 123 ust. 3 GWB zachowanie prawomocnie skazanej osoby należy przypisać przedsiębiorstwu, jeśli osoba ta kierowała przedsiębiorstwem (pełniła funkcje w organie zarządzającym), co oznacza również sprawowanie funkcji kontrolnych lub nadzorczych. Powyższy przepis implementuje do niemieckiego porządku prawnego art. 57 ust. 1 zd. ostatnie dyrektywy klasycznej.

Do powyższego katalogu przestępstw zaliczane są m.in.: utworzenie grupy przestępczej, utworzenie grupy terrorystycznej, przestępcza lub terrorystyczna grupa działająca za granicą, finansowanie terroryzmu, pranie brudnych pieniędzy, zatajenie bezprawnie uzyskanej korzyści majątkowej, oszustwo, oszustwo subwencyjne, przekupstwo i łapówkarstwo w obrocie gospodarczym, handel ludźmi, przymusowa prostytutka czy wykorzystanie pozbawienia wolności. Na podstawie § 123 ust. 4 pkt 1 GWB – stanowiącego implementację art. 57 ust. 2 dyrektywy klasycznej – wykluczeniu podlegają także wykonawcy, którzy nie realizują swoich zobowiązań z tytułu zobowiązań podatkowych lub ubezpieczeń społecznych, lub gdy zamawiający jest w stanie wykazać te okoliczności w inny sposób.

Niemiecki ustawodawca zdecydował się na skorzystanie z odstępstwa przewidzianego w art. 57 ust. 3 dyrektywy klasycznej, zezwalającego na odstąpienia od wykluczenia wykonawcy z udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia. Odstępstwo to ma charakter wąski⁶⁹ i dotyczy wyłącznie sytuacji, gdy jest to uzasadnione koniecznymi powodami interesu publicznego, a w przypadku wykluczenia z uwagi na niespełnienie obowiązków podatkowych lub ubezpieczeń

⁶⁹ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 104.

społecznych (§ 123 ust. 4 pkt 1 GWB) także wtedy, gdy byłoby oczywiście nieproporcjonalne. W uzasadnieniu do nowelizacji GWB wskazano, że za nieproporcjonalne wykluczenie należałoby uznać sytuację, gdy przedsiębiorca nie uiścił tylko niewielkiej sumy tytułem zobowiązań podatkowych lub wynikających z ubezpieczeń społecznych lub, gdy o dokładnej wysokości zaległych kwot dowiedział się na tyle późno, że nie miał możliwości przed upływem terminu na zgłoszenie do przetargu uiścić tych kwot⁷⁰.

Paragraf 124 ust. 1 pkt 1–9 GWB, przewidujący fakultatywne podstawy wykluczenia wykonawcy, wiernie implementuje postanowienia art. 57 ust. 4 lit. a–i dyrektywy. Powyższe przepisy pozostają bez uszczerbku dla regulacji szczególnych przewidujących przyczyny wykluczenia przedsiębiorcy z postępowania o udzielenie zamówienia, m.in. w przypadku nałożenia grzywny za nieprzestrzeganie przepisów dotyczących minimalnego wynagrodzenia na podstawie ustawy o minimalnym wynagrodzeniu (*Mindestlohngesetz*).

Niemiecki prawodawca wprowadził instytucję tzw. samooczyszczenia przez wykonawcę (§ 125 GWB), odpowiadający postanowieniom art. 57 ust. 6 dyrektywy. Procedura ta jest nowym instrumentem prawnym, ustanowionym na mocy przepisów dyrektywy klasycznej, jednakże uprzednie orzecznictwo i doktryna niemiecka dopuszczały możliwość „samooczyszczenia” wykonawcy w procesie o uzyskanie zamówienia publicznego⁷¹.

Artykuł 73 dyrektywy dotyczący rozwiązywania umów został wprost – bez zmian merytorycznych – implementowany do § 133 GWB.

Zasadnicza transpozycja przepisów dyrektywy sektorowej nastąpiła w podsekcji 1 sekcji 3 części 4 GWB, tj. w przepisach § 136–143 GWB. Uzupełniające zastosowanie znajdzie rozporządzenie sektorowe (*Sektorenverordnung*, *SektVo*). Zgodnie z § 136 GWB przepisy te dotyczą zamówień publicznych i organizacji konkursów przez zamawiającego sektorowego w celu

⁷⁰ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 104.

⁷¹ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 107. Por. orzeczenia: OLG Düsseldorf, uchwała z dnia 9 kwietnia 2003 r. – Verg 43/02; OLG Frankfurt, uchwała z dnia 20 lipca 2004 r. – 11 Verg 6/04).

wykonania zadań właściwych dla tego sektora. Zamówienia te dotyczą dziedzin: zaopatrzenia w energię, wodę pitną, transport.

Istotne znaczenie ma przepis § 137 GWB, zawierający szczególne wyłączenia reżimu zamówień publicznych. Z uwagi na to, że częściowo zakres szczególnych wyłączeń spod reżimu zamówień publicznych jest tożsamy dla dyrektywy klasycznej i sektorowej, niemiecki ustawodawca odsyła w tej części do wcześniejszych przepisów dotyczących takich wyłączeń, a implementujących dyrektywę klasyczną, a mianowicie do § 116 ust. 1 pkt 1–6 GWB. W pozostałym zakresie przepis § 137 GWB wdraża szczególne wyłączenia z dyrektywy sektorowej, tj.:

- w § 137 ust. 1 pkt 7 zamówień na zakup wody w ramach zaopatrzenia w wodę pitną (transpozycja art. 23 lit. a);
- w § 137 ust. 1 pkt 8 dostaw energii i paliw do produkcji energii w ramach zaopatrzenia w energię (implementacja art. 23 lit. b);
- w § 137 ust. 1 pkt 9 zamówień udzielanych na potrzeby odsprzedaży lub dzierżawy osobom trzecim (transpozycja art. 18);
- w § 137 ust. 2 zamówień lub konkursów na dostawę, usługi lub roboty budowlane zamawiających sektorowych, o ile służą innej działalności niż ta działalność sektorowa lub w celu wykonania takiej działalności poza granicami UE (implementacja art. 19 ust. 1).

Paragraf 141 GWB stanowi implementację art. 44 dyrektywy sektorowej, która określa, że zamawiający może stosować procedurę otwartą, procedurę ograniczoną lub procedurę negocjacyjną z uprzednim zaproszeniem do ubiegania się o zamówienie.

Z kolei przepis § 142 GWB odsyła do zamówień publicznych udzielanych przez zamawiających sektorowych do przepisów ogólnych o zamówieniach publicznych udzielanych przez podmioty publiczne (przepisów stanowiących implementację dyrektywy klasycznej), z jednoczesnymi wyłączeniami uzasadnionymi odmiennymi niekiedy regulacjami dyrektywy sektorowej i dyrektywy klasycznej. Przykładowo regulacja obligatoryjnego wykluczenia wykonawcy na podstawie § 123 GWB dla

„prywatnych” zamawiających sektorowych ma charakter fakultatywny, a nie obligatoryjny (por. art. 80 dyrektywy sektorowej)⁷².

Implementacja dyrektywy obronnej:

Implementacja dyrektywy obronnej – podobnie jak powyżej opisane dyrektywy – została dokonana poprzez wprowadzenie odpowiednich przepisów do GWB. Wskutek nowelizacji ustawy z 2016 r., wymaganej zapewnieniem transpozycji dyrektyw klasycznej i sektorowej, nowemu ustrukturyzowaniu oraz pewnemu znowelizowaniu poddano wcześniejsze przepisy GWB implementujące dyrektywę 2009/81/WE.

Przepis § 104 GWB zawiera legalną definicję zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa. Przepis ten stanowi transpozycję dyrektywy obronnej, a precyzyjniej art. 2 lit. a–d dyrektywy oraz definicji sprzętu wojskowego i informacji niejawnych (por. art. 1 pkt 6 i 8 dyrektywy obronnej). Należy zwrócić uwagę, że niemiecki prawodawca nie przejął unijnego pojęcia „dostawy sprzętu newralgicznego (*Lieferung der sensibler Ausrüstung*) z art. 1 pkt 7 dyrektywy⁷³. Zamiast tego ustawodawca tworzy definicję zamówienia niejawnego (umowa dla celów bezpieczeństwa) (*Verschlussachenauftrag*). Zamówienie takie – zgodnie z definicją ustawową – jest zamówieniem w szczególnej dziedzinie innej niż militarne bezpieczeństwo, które ma podobne cechy i podlega takiej samej ochronie jak zamówienie na dostawę sprzętu militarnego w rozumieniu ust. 1 pkt 1 tego przepisu (§ 104) lub usług lub robót budowlanych na cele militarne w rozumieniu ust. 1 pkt 4 tego przepisu oraz gdy dla wykonania takiego zamówienia zastosowanie znajdzie § 4 niemieckiej ustawy o przesłankach i procedurach oceny bezpieczeństwa⁷⁴ (*Sicherheitsüberprüfungsgesetz*)⁷⁵ rządu federalnego lub właściwe

⁷² Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 125.

⁷³ Ch. Scherer-Leydecker, *Verteidigungs- und sicherheitsrelevante Aufträge – Eine neue Auftragskategorie im Vergaberecht*, „Neueingänge einschließlich Zeitschriftenaufsätze” 2012, s. 537.

⁷⁴ Przepis ten zawiera definicję informacji niejawnych, zgodnie z którą są to – w interesie publicznym – podlegające utajnieniu fakty, obiekty (rzeczy) lub przeświadczenia, niezależnie od swojej formy. Ustawa przewiduje podział na informacje: a) ściśle tajne, b) tajne, c) poufne, d) jedynie do celów służbowych (czyli gdy uzyskanie wiedzy o nich przez osoby niepowołane będzie niekorzystne dla interesów RFN lub innego państwa).

⁷⁵ Zob. https://www.gesetze-im-internet.de/s_g/ (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

przepisy na poziomie krajów związkowych albo gdy zamówienie wymaga lub zawiera informacje niejawne.

Definicję z art. 2 dyrektywy obronnej niemiecki ustawodawca implementował bez wprowadzania do niej zmian w treści⁷⁶. Przepis § 104 ust. 1–3 GWB stanowi nowe brzmienie dawnego przepisu § 99 ust. 7–9 GWB i został zmieniony nowelizacją z 2016 r., implementującą do niemieckiego porządku prawnego przepisy dyrektywy klasycznej (2014/24/UE) oraz dyrektywy sektorowej (2014/25/UE). Intencją niemieckiego ustawodawcy było jeszcze wyraźniejsze podkreślenie odrębności regulacji implementującej art. 2 dyrektywy obronnej od przepisów dyrektywy klasycznej (art. 15–17) i dyrektywy sektorowej (art. 25–27), które również dotyczą aspektów obronności i bezpieczeństwa⁷⁷. Podobnie jak w przypadku dyrektywy obronnej, § 104 GWB dotyczy wyłącznie zamówień publicznych, które nie podlegają regulacji art. 346 TFUE⁷⁸.

Przepisy dotyczące udzielania zamówień publicznych w zakresie obronności i bezpieczeństwa zostały ujęte w podsekcji 2 sekcji 3 części 4 ustawy GWB: **Udzielanie zamówień publicznych i koncesji w szczególnych branżach. Szczególne wyłączenia w zakresie zamówień, określone w art. 13 dyrektywy 2009/81/WE, zostały implementowane do § 145 GWB.**

Paragraf 145 ust. 1 GWB stanowi implementację przepisu art. 13 lit. b dyrektywy obronnej dotyczącego zamówień dla celów działalności wywiadowczej. Pojęcie działalności wywiadowczej nie zostało określone na gruncie ustawodawstwa unijnego, co prowadzi do wniosku, że to państwom członkowskim pozostawiono możliwość zdefiniowania tego pojęcia. W Niemczech odnosi się ono do takich agencji wywiadowczych jak Bundesnachrichtendienst (BND)⁷⁹, Militärische Abschirmdienst (MAD)⁸⁰, Bundesamt für Verfassungsschutz (BfV)⁸¹, jak również krajowe⁸² służby wywiadowcze i krajowe organy ochrony Konstytucji⁸³.

⁷⁶ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 104, Rn. 5.

⁷⁷ Uzasadnienie do nowelizacji GWB, *Entwurf eines Gesetzes zur Modernisierung des Vergaberechts (Vergaberechtsmodernisierungsgesetz – VergRModG)*, s. 74–75.

⁷⁸ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 104, Rn. 8.

⁷⁹ (pl.) Federalna Służba Wywiadowcza.

⁸⁰ (pl.) Kontrwywiad Wojskowy.

Treść § 145 ust. 2 GWB odpowiada przepisowi art. 13 lit. c dyrektywy obronnej, dotyczącego zamówień udzielonych w ramach programu współpracy co najmniej dwóch państw członkowskich nad opracowaniem nowego produktu. Transpozycja tego przepisu – poza zmianami redakcyjnymi – odpowiada treści dyrektywy. Współpraca ta może odbywać się przy udziale państw trzecich, np. w ramach NATO, o ile tylko w programie uczestniczą co najmniej dwa państwa członkowskie⁸⁴.

Kolejny przepis, ust. 3 § 145 GWB, odzwierciedla postanowienia art. 13 lit. d dyrektywy obronnej i dotyczy zamówień udzielanych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił, takich jak wojsko, policja federalna lub policja poszczególnych landów poza terytorium Unii.

Kolejny przepis (§ 145 ust. 4 GWB) stanowi implementację art. 13 lit. f dyrektywy obronnej dotyczącego zamówień udzielanych przez rząd federalny, rząd kraju związkowego lub władze lokalne na dostawy sprzętu militarnego lub dostawy sprzętu, w ramach której udzielone zostanie zamówienie dotyczące informacji niejawnych⁸⁵ (zgodnie z definicjami § 104 ust. 2 i 3 GWB), na roboty budowlane i usługi bezpośrednio związane z takim sprzętem, roboty budowlane i usługi przeznaczone szczególnie na cele militarne lub w ramach zamówień dotyczących danych niejawnych (§ 104 ust. 3 GWB).

Z kolei § 145 ust. 7 GWB odpowiada art. 12 dyrektywy obronnej.

Do powyższych wyjątków zastosowania nie znajdzie zasadnicza część 4 ustawy GWB dotycząca udzielania zamówień publicznych.

Zgodnie § 146 GWB dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa publiczny zamawiający lub zamawiający sektorowy jest uprawniony wybrać typ procedury, na podstawie której udzielone zostanie zamówienie, tj. procedurę ograniczoną (*das nicht offene Verfahren*)⁸⁶ lub postępowanie o udzielenie

⁸¹ (pl.) Federalny Urząd Ochrony Konstytucji.

⁸² W znaczeniu służb poszczególnych landów.

⁸³ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 145, Rn. 5.

⁸⁴ M. Burgi, M. Dreher (red.), *Beck'scher Vergaberechtskommentar*, § 145, Rn. 7.

⁸⁵ Por. definicję sprzętu newralgicznego w dyrektywie obronnej – art. 1 pkt 7.

⁸⁶ Zgodnie z definicją z § 119 ust. 2 GWB.

zamówienia skierowane do wybranych podmiotów w oparciu o obiektywne, transparentne i niedyskryminujące przesłanki (*Teilnahmewettbewerb*)⁸⁷. Paragraf 147 GWB określa zakres zastosowania przepisów ogólnych dotyczących postępowania o udzielenie zamówienia oraz realizacji zamówienia (§ 119 i n.), z tym że jest przesłanką fakultatywną wykluczenia podmiotu uczestniczącego w przetargu na podstawie § 124 GWB, jeżeli podmiot ten nie jest w stanie wykazać koniecznego kryterium zaufania w celu wyeliminowania ryzyka dla bezpieczeństwa narodowego.

Na tym tle interesującym przepisem pozostaje § 134 ust. 3 zd. 2 GWB, który stanowi implementację art. 35 ust. 3 dyrektywy obronnej (i został przeniesiony z rozporządzenia VSVgV do GWB). Przepis ten zezwala zamawiającym na nieudzielenie pewnych informacji w odniesieniu do udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawnych, lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności interesami związanymi z obronnością i bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić uprawnionym, gospodarczym interesom przedsiębiorstw lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

3. Hiszpania

W przypadku Królestwa Hiszpanii implementacja unijnych przepisów dotyczących zamówień publicznych (ogólnych, sektorowych oraz obronnych) nastąpiła w trzech aktach prawnych.

Aktem prawnym o podstawowym znaczeniu dla zamówień publicznych w Królestwie Hiszpanii jest ustawa nr 30/2007 o zamówieniach w sektorze publicznym z dnia 30 października 2007 r. (*Ley 30/2007, de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público*). Tekst jednolity tej ustawy został ustalony dekretem legislacyjnym nr 3/2011 z dnia 14 listopada 2011 r. (*Real Decreto Legislativo 3/2011, de 14 de noviembre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Contratos del Sector Público*⁸⁸, ustawa 30/2007). Wyżej wskazany akt prawny stanowi dyspozycję starej dyrektywy klasycznej, tj. dyrektywy 2004/18/WE.

⁸⁷ Zgodnie z definicją z § 119 ust. 4 GWB.

⁸⁸ Zob. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2011-17887> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

Z kolei kwestie zamówień publicznych w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych reguluje ustawa nr 31/2007 o zamówieniach w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu oraz usług pocztowych z dnia 30 października 2007 r. (*Ley 31/2007, de 30 de octubre, sobre procedimientos de contratación en los sectores del agua, la energía, los transportes y los servicios postales*⁸⁹, ustawa 31/2007). Wyżej wskazany akt prawny stanowi dyspozycję starej dyrektywy sektorowej, tj. dyrektywy 2004/17/WE.

Z powyższego wynika, że w chwili obecnej hiszpański system prawny nie zawiera ustaw, które implementowałyby obowiązujące dyrektywy: klasyczną oraz sektorową. Z informacji zawartych na stronie internetowej Ministerstwa Skarbu Państwa i Funkcji Publicznej (*Ministerio de Hacienda y Función Pública*)⁹⁰ wynika, że w dniu 15 kwietnia 2015 r. sporządzony został projekt nowej ustawy o zamówieniach w sektorze gospodarki wodnej, energetyki, transportu oraz usług pocztowych (*borrador de anteproyecto de Ley Sobre Procedimientos De Contratación En Los Sectores Del Agua, La Energía, Los Transportes Y Los Servicios Postales- 17 de abril de 2015*)⁹¹, który w swoich założeniach ma stanowić transpozycję dyrektywy 2014/25/UE, ale do dnia dzisiejszego proces legislacyjny nad tym projektem nie został przeprowadzony. Tym samym, analiza ustawodawstwa Królestwa Hiszpanii w ww. zakresie nie może zostać przeprowadzona.

Wskazać przy tym należy, że dyrektywa obronna została implementowana do hiszpańskiego systemu prawnego ustawą o zamówieniach w sektorze publicznym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z dnia 1 sierpnia 2011 r. (*Ley 24/2011, de 1 de agosto, de contratos del sector público en los ámbitos de la defensa y de la seguridad*⁹², ustawa 24/2011).

⁸⁹ Zob. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-18875> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹⁰ Zob. <http://www.minhafp.gob.es> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹¹

Zob. <http://www.minhafp.gob.es/Documentacion/Publico/NormativaDoctrina/Proyectos/BORRADOR%20ANTEPROYECTO%20LEY%20DE%20SECTORES%20DE%202017%20DE%20ABRIL%20DE%202015.pdf> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹² Zob. <https://www.boe.es/buscar/doc.php?id=BOE-A-2011-13239> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

Należy zauważyć, że w Królestwie Hiszpanii transpozycja dyrektywy sektorowej w analizowanym zakresie nastąpiła drogą dosłownej implementacji, poza drobnymi technicznymi zmianami niewpływającymi na znaczenie przepisów.

Implementacja dyrektywy obronnej

Zgodnie z art. 2 ust. 1 ustawy 24/2011 ma ona zastosowanie do kontraktów zawieranych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, bez względu na ich szacowaną wartość, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a i b w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi,

co stanowi powtórzenie dyspozycji art. 2 dyrektywy obronnej, oraz dodatkowo:

- e) dostawa broni i amunicji przeznaczonych do użytku przez siły, instytucje i organy odpowiedzialne za bezpieczeństwo, a co za tym idzie roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z ww. wyposażeniem w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania.

Tym samym należy wskazać, że katalog spraw, do których ma zastosowanie ustawa 24/2011, jest szerszy niż katalog przedmiotowy zawarty w dyrektywie obronnej.

Zgodnie z art. 4 ust. 1 ustawy 24/2011, w sprawach nieuregulowanych przez przedmiotową ustawę zastosowanie znajduje ustawa 30/2007 lub 31/2007 (o ile wymaga tego przedmiot zamówienia). Jednocześnie art. 4 ust. 2–4 ustawy 24/2011 zawierają pełną implementację art. 3 dyrektywy obronnej, z zastrzeżeniem, że nie

odwołuje się do dyrektyw unijnych (2004/17/WE oraz 2004/18/WE) tylko do ustaw obowiązujących w Królestwie Hiszpanii (30/2007 oraz 31/2007).

Wyłączenia stosowania przewidziane w sekcji 3 dyrektywy obronnej zostały przeniesione do hiszpańskiego porządku prawnego i uregulowane w art. 7 ustawy 24/2011.

Artykuł 7 ust. 1 lit. a ustawy 2014/2011 odpowiada art. 12 dyrektywy obronnej, tj. zawiera tożsamy katalog wyłączeń.

Artykuł 7 ust. 1 lit. b–k ustawy 24/2011 stanowi odwzorowanie art. 13 lit. a–j dyrektywy obronnej, z zastrzeżeniem, że ustawa 24/2011 uwzględnia również zamówienia związane z aktywnością kontrwywiadowczą oraz – w zakresie ujawnienia informacji uznawanych za sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa – odwołuje się do art. 346 TFUE.

W art. 7 ust. 2 ustawy 24/2011 transponowano w tożsamym brzmieniu art. 11 dyrektywy obronnej statuujący zakaz korzystania z wyłączeń, o których mowa w ust. 1 tego artykułu, w celu omijania postanowień ustawy 24/2011.

Ustawa 24/2011, w ślad za dyrektywą obronną (art. 16–18) wprowadza rozróżnienie na zamówienia sklasyfikowane w załącznikach 1 i 2, do udzielania których stosuje się odmienne zasady (art. 8 ustawy 24/2011).

Warunki realizacji zamówień publicznych zostały ujęte w art. 20 ustawy 24/2011: zamawiający może określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia w zakresie wynikającym z art. 102 ustawy 30/2007 i mogą one w szczególności dotyczyć podwykonawstwa lub zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych oraz bezpieczeństwa dostaw wymaganych przez instytucje/podmioty zamawiające zgodnie z art. 21 i 22 analizowanego aktu prawnego.

Bezpieczeństwo informacji (art. 22 dyrektywy obronnej) zostało uregulowane w art. 21 i jest tożsame z regulacją ujętą w przedmiotowej dyrektywie. Podobnie, regulacja odnosząca się do zagadnienia bezpieczeństwa dostaw, która została uregulowana w art. 22 ustawy 24/2011, jest niemalże powtórzeniem art. 23 dyrektywy obronnej.

4. Włochy

Implementacja omawianych dyrektyw we Włoszech nastąpiła w dwóch aktach prawnych. Pierwsza chronologicznie dyrektywa 2009/81/WE (dyrektywa obronna) została implementowana do włoskiego porządku prawnego na mocy dekretu legislacyjnego z dnia 15 listopada 2011 r. nr 208 w sprawie zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i dostawy w sektorach obronności i bezpieczeństwa wdrażających dyrektywę 2009/81/WE (*Decreto legislativo Dlgs 208/2011 Disciplina dei contratti pubblici relativi ai lavori, servizi e forniture nei settori della difesa e sicurezza, in attuazione della direttiva 2009/81/CE*; dalej jako „Dekret”)⁹³. Następnie w związku z rozporządzeniem Komisji (UE) nr 1251/2011 z dnia 30 listopada 2011 r. zmieniającym Dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE Parlamentu i Rady, Prezydent Republiki Włoch w dniu 13 marca 2013 r. wydał dekret w sprawie działalności Ministra Obrony w odniesieniu do zatrudnienia, usług i dostaw wojskowych (*Decreto DPR 49/2013 del Presidente della Repubblica 13 marzo 2013, n. 49 Regolamento per la disciplina delle attività del Ministero della difesa in materia di lavori, servizi e forniture militari, a norma dell'articolo 4, comma 1, del decreto legislativo 15 novembre 2011, n. 208, recante attuazione della direttiva 2009/81/CE*)⁹⁴.

Z kolei transpozycja dyrektyw 2014/24/UE (dyrektywa klasyczna) i 2014/25/UE (dyrektywa sektorowa) została dokonana w Kodeksie zamówień publicznych⁹⁵ (*Decreto legislativo 18 aprile 2016 n. 50 Codice degli appalti pubblici – Dlgs*

⁹³ Opubl. GU n. 292 z 16.12.2011 r., http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2011-12-16&atto.codiceRedazionale=011G0249&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D208%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2011%26giornoProvvedimento%3D¤tPage=1 (dostęp dnia 4 października 2017 r.).

⁹⁴ Opubl. GU n. 110 z 13.05.2013 r., http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2013-05-13&atto.codiceRedazionale=13G00092&queryString=%3FmeseProvvedimento%3D%26formType%3Dricerca_semplice%26numeroArticolo%3D%26numeroProvvedimento%3D49%26testo%3D%26annoProvvedimento%3D2013%26giornoProvvedimento%3D¤tPage=1 (dostęp dnia 4 października 2017 r.).

⁹⁵ Odrębna implementacja została przeprowadzona dla regionów o szczególnym statusie oraz Prowincji autonomicznych Trento i Bolzano (art. 2 ust. 3 Kodeksu).

50/2016⁹⁶ coordinato con il Dlgs 56/2017⁹⁷; dalej jako „Kodeks”). Przyczyniła się ona do gruntownej reformy włoskich zamówień publicznych. Proces implementacyjny rozpoczął się ustawą z dnia 28 stycznia 2016 r. nr 11 upoważniającą rząd do wdrożenia dyrektyw 2014/23/WE, 2014/24/WE i 2014/25/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 lutego 2014 r. w sprawie umów koncesyjnych, zamówień publicznych i procedur zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, jak również do zmiany obecnych przepisów w zakresie zamówień publicznych na roboty budowlane, usługi i materiały eksploatacyjne (*Legge 28 gennaio 2016, n. 11 Deleghe al Governo per l'attuazione delle direttive 2014/23/UE, 2014/24/UE e 2014/25/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 febbraio 2014, sull'aggiudicazione dei contratti di concessione, sugli appalti pubblici e sulle procedure d'appalto degli enti erogatori nei settori dell'acqua, dell'energia, dei trasporti e dei servizi postali, nonche' per il riordino della disciplina vigente in materia di contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture*)⁹⁸. Ustawa ta przewidywała ogóle zasady, sposób i warunki wdrożenia, jak również kierunki uporządkowania dotychczasowych przepisów w przedmiocie zamówień publicznych⁹⁹. Na skutek prac legislacyjnych uchylono dotychczasowy Kodeks kontraktów publicznych z dnia 12 kwietnia 2006 r. (*Decreto legislativo 12 aprile 2006 n. 163 Codice dei contratti pubblici relativi a lavori, servizi e forniture in attuazione del direttive 2004/17/CE e 2004/18/CE – Dlgs 163/2006*)¹⁰⁰ i w dniu 18 kwietnia 2016 r. wydano nową kompleksową regulację – Kodeks, który niedawno zmieniono dekretem legislacyjnym z dnia 19 kwietnia 2017 r. nr 56 (56/2017)¹⁰¹.

⁹⁶ Opubl. GU n. 91 z 19.04.2016 r., <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2016-04-18;50> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹⁷ Opubl. GU n. 103 z 5.05.2017 r., <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2017-05-05&atto.codiceRedazionale=17G00078¤tPage=1> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹⁸ Opubl. GU n. 23 z 29.01.2016 r., <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2016-01-29&atto.codiceRedazionale=16G00013¤tPage=1> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

⁹⁹ http://www.camera.it/leg17/522?tema=delega_per_il_recepimento_delle_nuove_direttive_europee_su_gli_appalti_publici_e_le_concessioni#m (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

¹⁰⁰ Opubl. GU n. 100 z 2.05.2006 r., <http://www.normattiva.it/atto/caricaDettaglioAtto?atto.dataPubblicazioneGazzetta=2006-05-02&atto.codiceRedazionale=006G0184¤tPage=1> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

¹⁰¹ Opubl. GU n. 103 z 5.05.2017 r., <http://www.normattiva.it/uri-res/N2Ls?urn:nir:stato:decreto.legislativo:2017-04-19;56> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

Należy zauważyć, że we Włoszech, tak jak w Wielkiej Brytanii, transpozycja ww. dyrektyw nastąpiła drogą dosłownej implementacji, poza drobnymi technicznymi zmianami niewpływającymi na znaczenie przepisów.

Implementacja dyrektyw klasycznej i sektorowej:

Transpozycja przepisów dyrektywy klasycznej i sektorowej w obszarze bezpieczeństwa nastąpiła drogą dosłownej implementacji do Kodeksu.

Zakres zastosowania Kodeksu został uregulowany w jego art. 1. Zgodnie z ustępem 6 tego artykułu (znowelizowanego przez dekret legislacyjny nr 56 z dnia 19 kwietnia 2017 r.) Kodeks ma zastosowanie do kontraktów publicznych zawieranych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, z wyjątkiem następujących kontraktów:

- a) objętych zakresem zastosowania dekretu legislacyjnego z dnia 15 listopada 2011 r. nr 208 [implementującego dyrektywę obronną 2009/81/WE – przyp. M.K.];
- b) do których dekret legislacyjny z dnia 15 listopada 2011 r. nr 208 nie ma zastosowania, zgodnie z art. 6 tego dekretu.

Powyższa regulacja jest w zasadzie powieleniem art. 15 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 24 ust. 1 dyrektywy sektorowej.

Wyłączenia dyrektywy klasycznej zostały uregulowane w art. 17–159 i n. Kodeksu.

Artykuł 17 Kodeksu stanowi dosłowną transpozycję art. 10 dyrektywy klasycznej oraz art. 21 dyrektywy sektorowej, które traktują o włączeniach szczególnych dotyczących zamówień na usługi. Obie dyrektywy powielają zakres wyłączeń ich stosowania przy zamówieniach na usługi m.in. w zakresie najmu, materiałów audiowizualnych, usług arbitrażowych i pojednawczych, usług prawnych, finansowych, umów o pracę, usług w dziedzinie obronności cywilnej, ochrony ludności, usług transportu pasażerskiego i usług dotyczących kampanii politycznych.

Jeśli chodzi zaś o implementację wyłączeń w zakresie zamówień publicznych udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz konkursów przeprowadzanych w tych dziedzinach, to zostało to uczynione w kilku miejscach

Kodeksu. Przede wszystkim chodzi tu o transpozycję art. 15 dyrektywy klasycznej i art. 24 dyrektywy sektorowej.

Jak już zostało wyżej wspomniane, ust. 1 art. 15 dyrektywy klasycznej oraz ust. 1 art. 24 dyrektywy sektorowej zostały uregulowane w art. 1 ust. 6 Kodeksu. Z kolei wyłączenie stosowania dyrektyw ze względu na ochronę podstawowych interesów państwa, przewidziane w art. 15 ust. 2 dyrektywy klasycznej (oraz art. 24 ust. 2 dyrektywy sektorowej), zostało w sposób dosłowny transponowane do art. 159 ust. 1 Kodeksu.

Włochy skorzystały również z możliwości przewidzianej w art. 15 ust. 3 dyrektywy klasycznej (odpowiednio art. 24 ust. 3 dyrektywy sektorowej), tj. wyłączenia stosowania dyrektywy w sytuacji, gdy zamówienie i realizacja umowy w sprawie zamówienia publicznego lub konkursu zostały określone jako tajne lub muszą im towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa. Zapisy w tej materii zostały przewidziane w art. 162 Kodeksu, który reguluje postępowania w przypadkach kontraktów z klauzulą tajności.

Przepis ten ustanawia ogólne ramy dla umów o roboty budowlane, usługi i dostawy, które wymagają szczególnych środków bezpieczeństwa. Klasyfikacja tajności następuje na podstawie art. 42 ustawy 124/2007 (reforma służb wywiadowczych). W przypadku takich umów decyzje wraz z uzasadnieniem podejmuje się w każdym przypadku oddzielnie, lecz każdorazowo musi to nastąpić przed rozpoczęciem procedury zamówienia publicznego (art. 162 ust. 2 Kodeksu). Przepis wskazuje, że zamówienia są realizowane przez wykonawców, którzy spełniają wymagania Kodeksu oraz posiadają poświadczenie bezpieczeństwa (zgodnie z art. 42 ust. 1-bis ustawy 124/2007). Ponadto procedura wskazuje, że przed zawarciem takiej umowy powinien być przeprowadzony nieformalny konkurs, do którego zostanie zaproszonych co najmniej pięć podmiotów gospodarczych, jeśli oczywiście w związku z przedmiotem zamówienia jest tyle podmiotów na rynku oraz pod warunkiem, że negocjacje z więcej niż jednym podmiotem nie będą stały na przeszkodzie ochronie informacji i bezpieczeństwa. Innowacyjnym rozwiązaniem przewidzianym w art. 162 Kodeksu jest poddanie tego typu umów wstępnej kontroli

Trybunału Obrachunkowego, który wydaje opinię na temat legalności i prawidłowości umów, a także ma prawo późniejszej ich kontroli¹⁰².

Wyłączenia stosowania dyrektywy klasycznej i sektorowej w zakresie zamówień mieszanych obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa (art. 16 dyrektywy klasycznej oraz art. 25 i 26 dyrektywy sektorowej) zostały w całości przeniesione do art. 160 Kodeksu. Przepisy te różnią się jedynie od strony redakcyjnej (ust. 2 art. 16 dyrektywy został w Kodeksie rozpisany na cztery ustępy – ust. 2–5 art. 160 Kodeksu).

Z kolei wdrożenie art. 17 dyrektywy klasycznej (odpowiednio art. 27 dyrektywy sektorowej), tj. wyłączenia zastosowania dyrektyw w przypadku zamówień publicznych i konkursów obejmujących aspekty obronności lub bezpieczeństwa, udzielane lub organizowane na mocy przepisów międzynarodowych, zostało odzwierciedlone w art. 161 Kodeksu.

Pozostałe wyłączenia zastosowania dyrektyw również znalazły swoje odpowiedniki w Kodeksie i tak:

- art. 18 dyrektywy sektorowej obejmujący wyłączenie zamówień na potrzeby odsprzedaży lub dzierżawy osobom trzecim – implementowano w art. 13 Kodeksu;
- art. 19 dyrektywy sektorowej w zakresie zamówień udzielanych i konkursów organizowanych w innym celu niż wykonywanie jednego z rodzajów działalności objętych dyrektywą lub w celu wykonywania takiej działalności w państwie trzecim – jego wierny odpowiednik znajduje się w art. 14 Kodeksu;
- art. 9 dyrektywy klasycznej oraz art. 20 dyrektywy sektorowej w przedmiocie zamówień udzielanych i konkursów organizowanych zgodnie z przepisami międzynarodowymi – implementowano w art. 16 Kodeksu;
- art. 11 dyrektywy klasycznej oraz art. 22 dyrektywy sektorowej w przedmiocie wyłączeń w zakresie zamówień na usługi udzielane na podstawie prawa wyłącznego – implementowano w art. 9 Kodeksu;

¹⁰² Zob. https://www.codiceappalti.it/DLGS_50_2016/Art__162__Contratti_secretati/8555 (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

- art. 23 dyrektywy sektorowej obejmujący wyłączenia stosowania dyrektywy przy zamówieniach udzielanych przez niektóre podmioty zamawiające na zakup wody oraz dostawę energii lub paliw do produkcji energii – implementowano w art. 11 Kodeksu.

Implementacja dyrektywy obronnej:

Zgodnie z art. 2 ust. 1 Dekretu ma on zastosowanie do kontraktów zawieranych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, w tym niezwiązanych z działalnością wojskową, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym jego części, komponentów lub podzespołów;
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- d) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. b, w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- e) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub
- f) newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Uzupełnieniem art. 2 Dekretu jest art. 10, który wskazuje progi kwotowe, od których Dekret ma zastosowanie. O ile art. 2 Dekretu jest wiernym odzwierciedleniem art. 2 dyrektywy obronnej, tak art. 10 przewiduje odmienne progi niż wskazane w dyrektywie. Otóż dla zamówień:

- na dostawy i usługi próg zastosowania Dekretu obniżono w stosunku do dyrektywy obronnej z 418 000 EUR do 387 000 EUR;
- na roboty budowlane próg został obniżony z 5 225 000 EUR do 4 845 000 EUR.

Z kolei wyłączenia stosowania przewidziane w sekcji 3 dyrektywy obronnej zostały przeniesione do włoskiego porządku prawnego i uregulowane w art. 6 Dekretu.

Artykuł 6 ust. 1 Dekretu w całości odpowiada art. 12 dyrektywy obronnej, tj. zawiera tożsamy katalog wyłączeń.

Artykuł 6 ust. 2 lit. b–m Dekretu jest dokładnym odwzorowaniem przepisu art. 13 lit. a–j dyrektywy obronnej.

Włoski prawodawca przewidział jednak dodatkowo wyłączenie niewystępujące w dyrektywie obronnej, tj. wyłączenie w zakresie kontraktów w sektorze obronnym, odnoszących się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi przewidzianymi w wykazie przyjętym przez Radę Wspólnoty Europejskiej decyzją Rady 255/58, które są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, dla których Państwo Strona przyjmie środki niezbędne do ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa (art. 6 ust. 2 lit. a Dekretu). Wyłączenie znajduje jednak swoje oparcie w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE.

Ponadto w ust. 3 art. 6 Dekretu transponowano w tożsamym brzmieniu art. 11 dyrektywy obronnej statuujący zakaz korzystania z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień, o których mowa w ust. 1 i 2 Dekretu, w celu omijania postanowień Dekretu.

Dekret zawiera ponadto regulacje w zakresie bezpieczeństwa informacji, co stanowi z kolei implementację kolejnych przepisów dyrektywy obronnej.

Transpozycja art. 22 dyrektywy obronnej dopuszczająca nakładanie przez instytucje/podmioty zamawiające wymagań mających na celu ochronę informacji niejawnych, została dokonana w art. 13 Dekretu. Włoski przepis za dyrektywą określa, iż:

- w przypadku, gdy zamówienie jest związane z koniecznością ujawnienia informacji niejawnych, podmioty gospodarcze oraz ich podwykonawcy powinny dostarczyć dokumenty potwierdzające poświadczenie bezpieczeństwa, zgodnie z obowiązującymi przepisami dotyczącymi bezpieczeństwa informacji niejawnych (art. 13 ust. 1 Dekretu);
- w celu ochrony informacji zamawiający określa w dokumentacji środki i wymogi konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa informacji, które mogą odnosić się m.in. do zobowiązania oferenta i podwykonawców do

odpowiedniej ochrony i zachowania w poufności wszystkich informacji niejawnych, jakie znajdują się w ich posiadaniu lub które są im znane, przez cały czas trwania umowy i po rozwiązaniu lub wygaśnięciu umowy; zobowiązania do uzyskania takich zobowiązań od podwykonawców, a także przedstawienia informacji na temat zidentyfikowanych podwykonawców, które to informacje umożliwią instytucji/ zamawiającemu ustalenie, że każdy z nich spełnia warunki niezbędne do odpowiedniego zabezpieczenia poufności informacji niejawnych (art. 13 ust. 2 Dekretu).

Z kolei art. 35 ust. 3 dyrektywy obronnej znajduje swoje odzwierciedlenie w art. 23 Dekretu, który reguluje procedurę informowania o zawartych kontraktach i zakończonych postępowaniach w sprawach zamówień publicznych. Zgodnie z ustępem 4 tego artykułu: niektóre informacje dotyczące zamówienia lub zawarcia umowy ramowej można pominąć, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Art. 39 dyrektywy obronnej, określający możliwość wykluczenia kandydata lub oferenta z postępowania, został w pełni transponowany do art. 11 Dekretu.

IV. Pojęcia „informacje niejawne”, „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny” i „bezpieczeństwo państwa”

Na wstępie należy poczynić uwagi ogólne dotyczące pojęć, którymi posługuje się unijne prawodawstwo. Pojęcia stosowane w prawie unijnym należy z reguły interpretować autonomicznie i jednolicie. Oznacza to, że organy stosujące prawo nie mogą zawęzać wykładni takich wyrażen prawniczych jedynie w nawiązaniu do pojęć funkcjonujących w prawie krajowym. Zasada ta wynika z obowiązku efektywnego i jednolitego stosowania prawa unijnego we wszystkich państwach członkowskich. Jeśli jednak z brzmienia przepisów prawa unijnego wynika nawiązanie do prawa krajowego, to dane pojęcia należy interpretować w świetle prawa wewnętrznego danych państw członkowskich¹⁰³.

1. Informacje niejawne

Pojęciem „informacje niejawne” posługuje się dyrektywa obronna. 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 (motyw 20 dyrektywy obronnej).

Zgodnie z art. 1 pkt 8 dyrektywy 2009/81/WE informacje niejawne wymagają ochrony w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim. Zatem niejawność i ochrona muszą wynikać z zastosowania ustawy,

¹⁰³ Zob. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/25/UE...*, Wprowadzenie.

rozporządzenia lub przepisów administracyjnych. Przy braku takich podstaw regulacyjnych zamawiający nie może decydować z własnej inicjatywy o uznaniu pewnych informacji za niejawne lub chronione. Ponadto niejawność lub ochrona musi być przypisana w imię interesów bezpieczeństwa narodowego (wojskowych lub niewojskowych). Obejmuje to również informacje niejawne UE (bez względu na to, czy zostały zakwalifikowane jako takie przez instytucje UE czy instytucje krajowe). Jednakże wyłącza to informacje, które są niejawne lub chronione z innych względów, takich jak ochrona prywatności, ochrona danych lub interesów ekonomicznych¹⁰⁴.

Kompetencja w zakresie przypisywania informacjom statusu niejawnych została powierzona państwom członkowskim. W motywie 9 dyrektywy obronnej zawarto jednak stwierdzenie, że brak ogólnounijnego reżimu w zakresie bezpieczeństwa informacji utrudnia otwarcie rynków obronności i bezpieczeństwa między państwami i uznano, że sytuacja wymaga szybkiej poprawy¹⁰⁵. Mimo tej konkluzji do tej pory nie dokonano na poziomie unijnym żadnych prawnych zmian w tym zakresie.

W Polsce podstawowym aktem określającym zasady ograniczenia wolności informacji i zakreślającym ramy uregulowań prawnych w tym zakresie jest Konstytucja RP¹⁰⁶. W art. 54 Konstytucja wprowadza zasadę wolności informacyjnej, którą definiuje szeroko, zapewniając każdemu wolność wyrażania swoich poglądów oraz pozyskiwania i rozpowszechniania informacji, a także wprowadza zakaz stosowania cenzury prewencyjnej czy też koncesjonowania prasy. Niezależnym od wolności informacyjnej konstytucyjnie chronionym prawem jest określone w art. 61 Konstytucji RP prawo polityczne dostępu do informacji publicznych przysługujące obywatelom, któremu odpowiada obowiązek ich udostępniania po stronie władz publicznych i innych wskazanych ustawowo podmiotów.

Zarówno wyrażona w art. 54 ust. 1 Konstytucji RP wolność wyrażania poglądów, jak i wynikające z art. 61 Konstytucji RP prawo dostępu do informacji publicznej nie mają charakteru absolutnego i mogą podlegać ograniczeniom. Konieczność ograniczenia dostępności informacji jest wynikiem kolizji dóbr prawnie chronionych. Przestanki

¹⁰⁴ Zob. A. Sołtysińska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/81/WE...*, uwagi do art. 1.

¹⁰⁵ Por. T. Briggs, *The New Defence Procurement Directive*, „Public Procurement Law Review” 2009, vol. 18, nr 4.

¹⁰⁶ Dz.U. z 1997 r. poz. 483 ze zm.

dopuszczalności ustanawiania ograniczeń wolności i praw jednostki określa art. 31 ust. 3 Konstytucji RP, zaś art. 61 ust. 3 określa przesłanki ograniczenia prawa dostępu do informacji publicznej. Ograniczenia prawa do otrzymywania i przekazywania informacji przewidują również odnoszące się do wolności informacyjnej akty prawa międzynarodowego (art. 10 ust. 2 Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności¹⁰⁷, art. 19 ust. 3 Międzynarodowego Paktu Praw Obywatelskich i Politycznych¹⁰⁸, określająca zasady dostępu do dokumentów urzędowych Konwencja Rady Europy z Tromsø¹⁰⁹), a także prawo Unii Europejskiej (art. 15 ust. 3 TFUE, rozporządzenie (WE) nr 1049/2001 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 30 maja 2001 r. w sprawie publicznego dostępu do dokumentów Parlamentu Europejskiego, Rady i Komisji¹¹⁰)¹¹¹.

Na podstawie Prawa zamówień publicznych dokonano implementacji do polskiego porządku prawnego dyrektywy obronnej z uwzględnieniem jej regulacji odnoszących się do „informacji niejawnych”. Pojęcie to ma istotne znaczenie z uwagi na to, że wyznacza zakres zastosowania szczególnych regulacji wynikających z implementacji dyrektywy obronnej („newralgiczne roboty budowlane”, „newralgiczny sprzęt”, „newralgiczne usługi” – elementem definicji wszystkich tych pojęć jest wykorzystywanie przy zamówieniach tego typu informacji niejawnych), ale również z uwagi na wyłączenia od stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych. Zakres rozumienia pojęcia „informacje niejawne”, którym posługuje się dyrektywa, uzależniony jest od zakresu włączeń określonych w art. 4 p.z.p., w tym określonych w pkt 5. W związku z nowelizacją przepisów o zamówieniach w dziedzinie obronności doszło także do zmian w zakresie całkowitych wyłączeń odnoszących się do zamówień tego rodzaju. Ochrona „informacji niejawnych” ma też wpływ na możliwość określania szczególnych zasad i warunków w ramach procedury udzielania zamówienia publicznego.

¹⁰⁷ Dz.U. z 1993 r. poz. 284 ze zm.

¹⁰⁸ Dz.U. z 1977 r. poz. 167.

¹⁰⁹ Zob. <http://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/205> (dostęp dnia 23 września 2017 r.).

¹¹⁰ Dz.Urz. WE L 145, s. 43.

¹¹¹ Zob. G. Szpor (red. nauk.), *Jawność i jej ograniczenia*, t. 6, *Struktura tajemnic*, red. A. Gryszczyńska, Warszawa 2014, Wprowadzenie.

Prawo zamówień publicznych nie normuje kwestii ochrony informacji niejawnych. **Pojęcie „informacje niejawne” zostało określone w art. 5 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych**¹¹² (dalej: „u.o.i.n.”). Zgodnie z art. 1 ust. 2 u.o.i.n. przepisy ustawy mają zastosowanie m.in. do:

- 1) organów władzy publicznej;
- 2) jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych;
- 3) jednostek organizacyjnych podległych organom władzy publicznej lub nadzorowanych przez te organy.

Zasady nadawania klauzul informacjom niejawnym określa art. 5 u.o.i.n. Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „**ściśle tajne**”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje wyjątkowo poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

- zagrazi niepodległości, suwerenności lub integralności terytorialnej RP;
- zagrazi bezpieczeństwu wewnętrznemu lub porządkowi konstytucyjnemu RP;
- zagrazi soюзom lub pozycji międzynarodowej RP;
- osłabi gotowość obronną RP;
- doprowadzi lub może doprowadzić do identyfikacji funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników służb odpowiedzialnych za realizację zadań wywiadu lub kontrwywiadu, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, jeżeli zagrazi to bezpieczeństwu wykonywanych czynności lub może doprowadzić do identyfikacji osób udzielających im pomocy w tym zakresie;
- zagrazi lub może zagrazić życiu lub zdrowiu funkcjonariuszy, żołnierzy lub pracowników, którzy wykonują czynności operacyjno-rozpoznawcze, lub osób udzielających im pomocy w tym zakresie;

¹¹² Dz.U. z 2016 r. poz. 1167 ze zm.

- zagrazi lub może zagrazić życiu lub zdrowiu świadków koronnych lub osób dla nich najbliższych albo świadków, o których mowa w art. 184 ustawy z dnia 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego¹¹³, lub osób dla nich najbliższych.

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „**tajne**”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje poważną szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

- uniemożliwi realizację zadań związanych z ochroną suwerenności lub porządku konstytucyjnego RP;
- pogorszy stosunki RP z innymi państwami lub organizacjami międzynarodowymi;
- zakłóci przygotowania obronne państwa lub funkcjonowanie Sił Zbrojnych RP;
- utrudni wykonywanie czynności operacyjno-rozpoznawczych prowadzonych w celu zapewnienia bezpieczeństwa państwa lub ścigania sprawców zbrodni przez służby lub instytucje do tego uprawnione;
- w istotny sposób zakłóci funkcjonowanie organów ścigania i wymiaru sprawiedliwości;
- przyniesie stratę znacznych rozmiarów w interesach ekonomicznych RP.

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „**poufne**”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

- utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej RP;
- utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych RP;
- zakłóci porządek publiczny lub zagrazi bezpieczeństwu obywateli;
- utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów RP;

¹¹³ Dz.U. z 2016 r. poz. 1749 ze zm.

- utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości;
- zagrazi stabilności systemu finansowego RP;
- wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej.

Informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „**zastrzeżone**”, jeżeli nie nadano im wyższej klauzuli tajności, a ich nieuprawnione ujawnienie może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie obrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli, wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych RP.

Informacje niejawne przekazane przez organizacje międzynarodowe lub inne państwa na podstawie umów międzynarodowych oznacza się polskim odpowiednikiem posiadanej klauzuli tajności.

2. Bezpieczeństwo państwa, bezpieczeństwo publiczne, porządek publiczny

Do pojęć: „bezpieczeństwo państwa”, „bezpieczeństwo publiczne”, „porządek publiczny” odwołują się dyrektywy: klasyczna, sektorowa i obronna. W przepisach TFUE z kolei posłużono się pojęciami: „bezpieczeństwa publicznego” i ochrony „podstawowych interesów państwa w zakresie bezpieczeństwa” jako podstaw do wyłączenia ogólnych reguł udzielania zamówień publicznych.

Przywołane wyżej pojęcia nie zostały w unijnych przepisach zdefiniowane.

Należy jednak zauważyć, że dokonanie rozróżnienia w podstawowym dokumencie UE, jakim jest TFUE, osobnych pojęć z zakresu bezpieczeństwa: „bezpieczeństwo publiczne” i „podstawowy interes państwa” oznacza po pierwsze, że unijny prawodawca inaczej rozumie te pojęcia, a po drugie – że ich rozumienie powinno być wskazówką również dla interpretowania pojęć z zakresu bezpieczeństwa na poziomie dyrektywy.

Przepis art. 346 TFUE odnosi się do bezpieczeństwa narodowego, bezpieczeństwa państwa lub zewnętrznego bezpieczeństwa wojskowego. Artykuł 346 ust. 1 lit. b TFUE obejmuje dostawy, usługi i roboty do celów wyłącznie wojskowych, a więc odnosi się wyłącznie do zakresu bezpieczeństwa wojskowego. Natomiast art. 346 ust. 1 lit. a należy rozumieć szerzej. Przepis ten dotyczy zamówień związanych z korzystaniem z informacji niejawnych, z tym że w tym wypadku zakres regulacji nie ogranicza się do sektora obrony, ma bowiem za ogólny cel ochronę informacji, których państwa członkowskie nie mogą nikomu ujawnić bez zaszkodzenia podstawowym interesom swojego bezpieczeństwa. Może to również dotyczyć zamówień publicznych na wrażliwy sprzęt, zarówno w sektorze obrony, jak i bezpieczeństwa¹¹⁴.

Zdefiniowanie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego należy do władz każdego z państw członkowskich, jednakże należy zauważyć, że w świetle wspólnej polityki bezpieczeństwa i obronności konieczne jest wypracowanie wspólnego podejścia do terminu „narodowy interes bezpieczeństwa państwa”. Nie oznacza to jednak, że w praktyce środki podejmowane w celu ochrony bezpieczeństwa konkretnego państwa nie powinny być adekwatne do zagrożenia i nie mogą się różnić w zależności od specyficznej sytuacji danego państwa¹¹⁵. Przy definiowaniu podstawowego interesu bezpieczeństwa państwo członkowskie musi jednak brać pod uwagę spójność narodowych interesów państw członkowskich¹¹⁶.

Pojęcie „**bezpieczeństwa publicznego**” z kolei, w rozumieniu art. 36, 51, 52 i 62 TFUE, do których odwołują się analizowane w niniejszym opracowaniu przepisy dyrektyw z zakresu zamówień publicznych, należałoby rozumieć jako całokształt norm bezwzględnie obowiązujących uchwalonych przez suwerenne władze, przyjętych w interesie politycznej i społecznej integracji społeczeństwa.

Próby dookreślenia tego pojęcia można dokonać również przez odwołanie się do dokumentu strategicznego Unii – „Strategia bezpieczeństwa wewnętrznego Unii

¹¹⁴ Zob. Komunikat wyjaśniający Komisji (COM(2006) 779 wersja ostateczna) w sprawie zastosowania artykułu 296 (obecnie 346) Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, s. 4.

¹¹⁵ Por. D. Eisenhut, *The Special...*, s. 577–585.

¹¹⁶ Por. N. Grief, *EU Law*

Europejskiej” przyjętego w marcu 2010 r. przez Radę ds. Wymiaru Sprawiedliwości i Spraw Wewnętrznych i zatwierdzonego przez Radę Europejską. Dokument ten odnosi się do pojęcia „bezpieczeństwa wewnętrznego” Unii Europejskiej jako całości, ale – w jej ramach – również do bezpieczeństwa wewnętrznego poszczególnych krajów członkowskich. Wydaje się, że pojęcie to jest bliskie znaczeniowo pojęciu „bezpieczeństwa publicznego” (a w jego ramach – „porządku publicznego”). Warto więc przeanalizować elementy, które składają się na rozumienie bezpieczeństwa w tym zakresie.

W przywołanym dokumencie pojęcie bezpieczeństwa wewnętrznego wiązane jest z zapewnianiem porządku konstytucyjnego, a więc stabilnością polityczną państw, walką z przestępczością zagrażającą życiu, zdrowiu i mieniu ich obywateli oraz z reagowaniem na różnego rodzaju katastrofy. Przyjęto w nim, że przez bezpieczeństwo wewnętrzne należy rozumieć szerokie i kompleksowe pojęcie, łączące wiele sektorów, mające stanowić odpowiedź na poważne zagrożenia, takie jak: klęski żywiołowe i antropogeniczne, pożary lasów, trzęsienia ziemi, powodzie i wichury, które mają bezpośredni wpływ na życie, bezpieczeństwo i komfort obywateli. Wśród zagrożeń wymieniono:

- terroryzm w każdej postaci,
- przestępczość zorganizowaną objawiającą się w różnorodnych formach, bez względu na granice państwowe,
- cyberprzestępczość stanowiącą globalne, techniczne, transgraniczne i anonimowe zagrożenie systemów informatycznych,
- przestępczość transgraniczną mającą zasadniczy wpływ na życie codzienne Europejczyków,
- przemoc samą w sobie, zwiększającą szkody już wywoływane przestępczością i krzywdzącą społeczeństwo,
- klęski żywiołowe i czynniki antropogeniczne, takie jak: pożary lasów, trzęsienia ziemi, powodzie, wichury, susze, awarie energetyczne i awarie systemów informatyczno-komunikacyjnych na dużą skalę.

W „Strategii bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej” za podstawowe instytucje strzegące bezpieczeństwa wewnętrznego uznano organy ochrony porządku wewnętrznego i zarządzania granicami, wspierane przez organy wymiaru sprawiedliwości i służby ochrony ludności¹¹⁷.

Właściwe zrozumienie analizowanych pojęć byłoby niemożliwe bez odniesienia się do przepisów krajowych. Należy jednak podkreślić w tym miejscu, że i one nie zawierają wprost definicji pojęć „bezpieczeństwo państwa”, „bezpieczeństwo publiczne” czy „porządek publiczny”.

Kategoria „bezpieczeństwa” pojawia się w Konstytucji RP z 1997 r., jednak wchodzi ona w zakres nienazwanych zasad konstytucyjnych. Oznacza to przede wszystkim brak definicji bezpieczeństwa w przepisach Konstytucji RP. Dokonując przeglądu jej postanowień zawierających termin „bezpieczeństwo”, należy zauważyć, że dwukrotnie pojawia się on wśród zasad ustroju państwa. Podstawowym unormowaniem jest art. 5 Konstytucji RP przesądzający, że Rzeczpospolita Polska strzeże niepodległości i nienaruszalności swojego terytorium oraz zapewnia między innymi prawa oraz wolności człowieka i obywatela, a także bezpieczeństwo obywateli. W pewien sposób przepis ten skorelowany jest z art. 26 ust. 1 Konstytucji RP, zgodnie z którym: Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic¹¹⁸. Termin „bezpieczeństwo” pojawia się jeszcze kilkakrotnie w przepisach Konstytucji RP. Nie występuje on samodzielnie. Powiązany jest z dookreśleniem rodzaju bezpieczeństwa. Możemy w tym przypadku mówić o bezpieczeństwie postrzeganym podmiotowo: obywateli; państwa; konsumentów, użytkowników i najemców, oraz przedmiotowo: wewnętrznym; zewnętrznym¹¹⁹.

¹¹⁷ Por. Strategia bezpieczeństwa wewnętrznego Unii Europejskiej – dążąc do europejskiego modelu bezpieczeństwa, marzec 2010, stan na 16 czerwca 2017 r., <http://www.consilium.europa.eu/pl/documents-publications/publications/2010/internal-security-strategy-european-union-towards-european-security-model/> (dostęp dnia 4 października 2017 r.); P. Majer, *W poszukiwaniu uniwersalnej definicji bezpieczeństwa wewnętrznego*, „Przegląd Bezpieczeństwa Wewnętrznego” 2012, nr 7, s. 14.

¹¹⁸ A. Bień-Kacała, *Bezpieczeństwo w Konstytucji RP z 1997 r. – wstępna diagnoza*. „Przegląd Prawa Konstytucyjnego” 2015, nr 2(24), s. 12–13.

¹¹⁹ A. Bień-Kacała, *Bezpieczeństwo...*, s. 14.

Jak wspomniano, w Konstytucji RP wyróżniono bezpieczeństwo zewnętrzne i wewnętrzne. Wskazać należy, że rozdzielenie definicyjne tych rodzajów bezpieczeństwa może być utrudnione z uwagi na tożsame rodzaje zagrożeń tych kategorii. Bezpieczeństwo zewnętrzne łączy się z suwerennością, niepodległością i integralnością terytorialną (nienaruszalnością granic) państwa¹²⁰. Dotyczy ono głównie zagrożeń militarnych w otoczeniu organizacji państwowej. Bezpieczeństwo wewnętrzne natomiast odnosi się do kategorii porządku prawnego, życia i zdrowia obywateli, majątku narodowego w kontekście klęsk żywiołowych, katastrof naturalnych oraz awarii technicznych. Ta sfera dotyczy przede wszystkim możliwości sprawnego funkcjonowania organów publicznych. W tym kontekście „bezpieczeństwo wewnętrzne” można by utożsamić z „bezpieczeństwem publicznym” (w tym „porządkiem publicznym”). Zagrożenia zewnętrzne i wewnętrzne mogą być skutkiem ataków terrorystycznych, co wskazuje na trudności delimitacyjne między wskazanymi rodzajami bezpieczeństwa.

Poszukując wyjaśnień pojęć: „bezpieczeństwo państwa”, „bezpieczeństwo publiczne” i „porządek publiczny”, na polskim gruncie należałoby się odwołać również do **podstawowych dokumentów strategicznych w zakresie bezpieczeństwa**, takich jak: „Strategia bezpieczeństwa narodowego RP” z 2014 r., „Strategia rozwoju systemu bezpieczeństwa narodowego RP 2022” oraz w tzw. „Biała Księga Bezpieczeństwa Narodowego RP”. W przytoczonych opracowaniach usystematyzowano zakres pojęciowy dotyczący bezpieczeństwa państwa. Wyodrębniono trzy główne grupy zadań bezpieczeństwa:

- obronność (bezpieczeństwo militarne, obrona narodowa);
- ochrona (bezpieczeństwo cywilne, niemilitarne, ochrona ludności, ochrona zasobów państwa, ochrona infrastruktury państwa, ochrona struktur państwa)
 - inaczej określana jako bezpieczeństwo i porządek publiczny;
- bezpieczeństwo ekonomiczno-kulturowe¹²¹.

¹²⁰ P. Sarnecki [w:] *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 2, red. L. Garlicki, Warszawa 2001, komentarz do art. 146 Konstytucji, s. 12–13.

¹²¹ J. Szmalenberg, *Czy zamówienia obronne są martwe? (cz. 1)*, „Przetargi Publiczne” z dnia 2 lutego 2016 r..

Wydaje się, że pojęcie „bezpieczeństwo państwa” jest najszerszym z pojęć z zakresu bezpieczeństwa i obejmuje swym zasięgiem wszystkie analizowane wyżej aspekty. „Bezpieczeństwo państwa” łączy w sobie aspekt zewnętrzny i wewnętrzny. Tworzy ono odrębną wartość konstytucyjną¹²². Utożsamiane jest ze stanem możliwości rozwoju narodu związanym z poczuciem braku zagrożenia wewnętrznego i zewnętrznego oraz możliwością obrony przed takim zagrożeniem¹²³.

Należy zauważyć, że w ramach implementacji dyrektyw unijnych w zakresie zamówień publicznych nie zdefiniowano w Prawie zamówień publicznych pojęć z zakresu bezpieczeństwa, w tym pojęcia „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa”, który stanowi podstawę wyłączeń spod przepisów ustawy.

¹²² W. Wołpiuk, *Bezpieczeństwo państwa a prawo do wolności i bezpieczeństwa osobistego* [w:] *Bezpieczeństwo państwa a ochrona praw i wolności jednostki we współczesnym świecie*, red. J. Jaskiernia, Kielce 2012, s. 47.

¹²³ A. Bień-Kacała, *Bezpieczeństwo...*, s. 18; *Bezpieczeństwo wewnętrzne RP w ujęciu systemowym i zadań administracji publicznej*, red. B. Wiśniewski, S. Zalewski, Bielsko-Biała 2006, s. 25.

V. Implementacja dyrektyw klasycznej, sektorowej i obronnej do polskiego porządku prawnego

Na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹²⁴ implementowano do polskiego porządku prawnego dyrektywę 2014/24/UE oraz dyrektywę 2014/25. Odpowiednio dostosowane zostały też rozwiązania w zakresie zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z uwzględnieniem koniecznych zmian wynikających z nowych rozwiązań przyjętych w wyniku implementacji dyrektywy klasycznej i dyrektywy sektorowej.

Obecnie obowiązujące regulacje Prawa zamówień publicznych zawierają więc transpozycję przepisów wszystkich omawianych w niniejszym opracowaniu unijnych dyrektyw. **W Polsce przyjęto rozwiązanie polegające na skumulowaniu przepisów implementujących dyrektywę klasyczną, sektorową i obronną w ramach jednego aktu prawnego.** Prawo zamówień publicznych w sposób kompleksowy reguluje proces udzielania zamówień publicznych, uwzględniając specyfikę różnych reżimów udzielania zamówień publicznych, takich jak reżim udzielania zamówień klasycznych, reżim udzielania zamówień sektorowych, a także reżim udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Kwestie dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zostały uregulowane w odrębnym rozdziale.

Z uwagi na obszerność regulacji, w ramach porównywania polskich przepisów z unijnymi skupiono się na wyłączeniach spod reżimu zamówień publicznych z uwagi na aspekty obronności i bezpieczeństwa.

W Prawie zamówień publicznych kwestię wyłączeń uregulowano przede wszystkim w art. 4. Przepis ten zostanie przytoczony w tym zakresie, który ma znaczenie z uwagi na temat niniejszego opracowania, a następnie przeprowadzone zostanie porównanie polskich przepisów z odpowiednimi regulacjami europejskimi. Zgodnie z art. 4:

¹²⁴ Dz.U. poz. 1020.

„Ustawy nie stosuje się do:

1) zamówień lub konkursów, których zamawiający jest obowiązany udzielić lub które ma obowiązek przeprowadzić na podstawie innej, niż określona ustawą, procedury:

- a) organizacji międzynarodowej,
- b) wynikającej z porozumienia tworzącego zobowiązanie prawnomiędzynarodowe, jak umowa międzynarodowa zawarta między Rzeczpospolitą Polską a jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, w celu pozyskania dostaw, usług lub robót budowlanych na potrzeby zrealizowania lub prowadzenia wspólnego przedsięwzięcia;

1a) zamówień lub konkursów w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do tych zamówień lub konkursów inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;

1b) zamówień lub konkursów w ponad 50% finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;
[...]

3) zamówień, których przedmiotem są: [...]

ea) usługi prawne:

- zastępstwa procesowego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia 5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. U. z 2016 r., poz. 1874), w postępowaniu arbitrażowym lub pojednawczym, lub przed sądami, trybunałami lub innymi organami publicznymi państwa członkowskiego Unii Europejskiej, państw trzecich lub przed międzynarodowymi sądami, trybunałami, instancjami arbitrażowymi lub pojednawczymi,
- doradztwa prawnego wykonywanego przez adwokata, radcę prawnego lub prawnika zagranicznego w rozumieniu ustawy z dnia

5 lipca 2002 r. o świadczeniu przez prawników zagranicznych pomocy prawnej w Rzeczypospolitej Polskiej, w zakresie przygotowania postępowań, o których mowa w tiret pierwsze, lub gdy zachodzi wysokie prawdopodobieństwo, że sprawa, której dotyczy to doradztwo, stanie się przedmiotem tych postępowań,

– notarialnego poświadczania i uwierzytelniania dokumentów,

– świadczone przez pełnomocników lub inne usługi prawne, których wykonawcy są wyznaczani przez sąd lub trybunał danego państwa członkowskiego Unii Europejskiej, lub wyznaczani z mocy prawa w celu wykonania konkretnych zadań pod nadzorem takich trybunałów lub sądów,

– związane z wykonywaniem władzy publicznej, [...]

jb) usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczone przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte kodami CPV 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 oraz 85143000-3 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów, [...]

5) zamówień lub konkursów:

a) którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych lub

b) jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa, lub

c) jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego, lub

d) którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa

– w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa określonych w lit. a–d nie może zostać zagwarantowana w inny sposób niż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy; [...]

5b) 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;

5c) zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji:

- a) dokumentów publicznych i ich personalizacji,
- b) druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa,
- c) znaków akcyzy; [...]"

Przepisy art. 4 pkt 1a i 1b p.z.p. stanowią prawidłową implementację dyrektyw w zakresie wyłączeń ze względu na procedury **organizacji międzynarodowych czy międzynarodowych instytucji finansujących**.

Artykuł 4 pkt 3 lit. ea p.z.p. wprowadza wyłączenie w odniesieniu do **usług prawnych** w zakresie, jaki został określony przez dyrektywę klasyczną i sektorową, z odwołaniem do odpowiednich polskich regulacji prawnych.

Wyłączenia ze względu na art. 346 TFUE. Istotne znaczenie, z uwagi na temat niniejszego opracowania, ma regulacja art. 4 pkt 5 lit. b p.z.p. Na podstawie nowelizacji z dnia 12 października 2012 r.¹²⁵ skreślono art. 4 pkt 3 lit. f p.z.p. Kwestię wyłączenia ze stosowania Prawa zamówień publicznych, których przedmiot został określony w art. 346 TFUE, reguluje obecnie, dodany nowelizacją z dnia 12 października 2012 r., art. 4 pkt 5b. Dokonane zmiany wiążą się z wprowadzeniem nowej kategorii zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, które obecnie są objęte stosowaniem Prawa zamówień publicznych. Uchylony art. 4 pkt 3 lit. f p.z.p. wyłączał ze stosowania przepisów ustawy wszystkie zamówienia na dostawy i usługi, do których stosowano art. 346 TFUE, natomiast wprowadzony art. 4 pkt 5b p.z.p. wprowadza pewne ograniczenia w wyłączeniu stosowania przepisów ustawy. Zgodnie bowiem z treścią wprowadzonego przepisu: Prawa zamówień publicznych nie stosuje się do zamówień, dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TFUE. Warunkiem wyłączenia przepisów Prawa zamówień publicznych w stosunku do tych zamówień jest istnienie

¹²⁵ Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271).

podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, jak również brak zagrożenia wystąpienia negatywnych skutków na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, jeżeli zamawiający nie zastosuje przepisów ustawy.

Nowa regulacja odzwierciedla brzmienie art. 346 ust. 1 lit. b TFUE w brzmieniu: „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. Wydawałoby się, że brakuje w obecnie istniejącej regulacji odwołania do drugiej części komentowanego art. 346 TFUE, do ust. 1 lit. a tego artykułu, który stanowi, że: „żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa”. Ta część jest o tyle istotna, że odnosi się nie tylko do zamówień wojskowych, ale i do zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego.

Należy jednak zauważyć, że Prawo zamówień publicznych wprowadza przesłankę, pozwalającą na wyłączenie tego typu zamówień spod zakresu swojego obowiązywania. Za taką podstawę wyłączenia stosowania Prawa zamówień publicznych związaną pośrednio z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa, należałoby uznać przesłankę należąca do katalogu podstaw ogólnych wyłączenia określoną w art. 4 pkt 5 p.z.p., zgodnie z którą przepisy Prawa zamówień publicznych nie będą miały zastosowania do zamówień, którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych, lub jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa lub ochrona bezpieczeństwa publicznego. Wprowadzenie tego przepisu wynika z regulacji art. 2 dyrektywy obronnej (w związku z jej motywami 16 i 20), który przewiduje możliwość wyłączenia zamówień spod jej stosowania, jeśli jest to uzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego lub konieczne do obrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Może tak być w przypadku zamówień zarówno w dziedzinie obronności, jak i bezpieczeństwa, które wymagają takich wyjątkowo surowych wymogów bezpieczeństwa dostaw, lub które mają charakter tak tajny, lub mają tak

ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich, nie gwarantują ich odpowiedniej ochrony. Wyjątek ten odnosi się również do sytuacji, gdyby stosowanie przepisów Prawa zamówień publicznych obligowało państwo polskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznałoby ono za sprzeczne z istotnymi interesami jego bezpieczeństwa.

Powyższe zmiany w Prawie zamówień publicznych wprowadzono, gdy implementowano w Polsce dyrektywę obronną. Jej wejście w życie ograniczyło możliwość stosowania wyłączeń z odwołaniem się do art. 346 TFUE. Zaczęła bowiem obowiązywać zasada, że w pierwszej kolejności zamówienia z zakresu obronności i bezpieczeństwa (w tym te, z których udzieleniem wiąże się korzystanie z informacji niejawnych) powinny podlegać regulacjom przepisów implementujących dyrektywę obronną, a jedynie w szczególnych wypadkach – art. 346 TFUE. Analizę tej zasady przeprowadzono wcześniej w niniejszym opracowaniu.

Należy jeszcze w tym kontekście zwrócić uwagę na brzmienie art. 4b ust. 1 pkt 2 p.z.p., który z kolei stanowi implementację art. 13 lit. a dyrektywy obronnej i który wprowadza zasadę, że ustawy nie stosuje się do zamówień, w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa.

Analiza całego spectrum wyłączeń obowiązujących w Prawie zamówień publicznych pozwala na przyjęcie wniosku, że na ich podstawie zamawiający może dokonać wyłączenia dostawy bądź usługi spod reguł prawa zamówień publicznych w zakresie, w jakim jest to określone w art. 346 TFUE.

Prawo zamówień publicznych zawiera jednoznaczne odesłanie do przepisu art. 346 TFUE w zakresie jego ust. 1 lit. b. W tym zakresie zawarto również upoważnienie dla Rady Ministrów (w art. 4c p.z.p.) do określenia, w drodze rozporządzenia, na wniosek Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych, w porozumieniu z ministrem właściwym do spraw zagranicznych oraz ministrem właściwym do spraw gospodarki, trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek

zapewnienia prawidłowego stosowania art. 346 TFUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego. Obecnie obowiązuje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa¹²⁶.

Inaczej jest w odniesieniu do art. 346 ust. 1 lit. a TFUE. Do tej regulacji Prawo zamówień publicznych nie odsyła wprost. Zawiera wprawdzie przepis art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy, które pozwala na wyłączenie przepisów ustawy w sytuacji, gdyby zamawiający zobowiązany był do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa. W tym przypadku jednak ustawa nie zdefiniowała zakresu pojęciowego „podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa”. Również wyżej przywołane rozporządzenie Rady Ministrów nie znajdzie do niego zastosowania, ponieważ odnosi się do „podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa” w kontekście zamówień na sprzęt wojskowy, a art. 4b ust. 1 pkt 2 p.z.p. odnosi się do szerzej rozumianej kategorii zamówień publicznych w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Usługi w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom. Obecne brzmienie przepisów Prawa zamówień publicznych literalnie implementuje regulacje art. 10 lit. h dyrektywy klasycznej odnoszące się do usług w dziedzinie obrony cywilnej, ochrony ludności i zapobiegania niebezpieczeństwom, świadczonych przez organizacje lub stowarzyszenia o charakterze niekomercyjnym i objęte kodami CPV: 75250000-3, 75251000-0, 75251100-1, 75251110-4, 75251120-7, 75252000-7, 75222000-8, 98113100-9 oraz 85143000-3 określonymi we Wspólnym Słowniku Zamówień, z wyjątkiem usług transportu sanitarnego pacjentów.

Wyłączenie odnoszące się do zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji. Prawo zamówień publicznych zawiera wyłączenie odnoszące się do zamówień dotyczących wytwarzania i dystrybucji:

- dokumentów publicznych i ich personalizacji,

¹²⁶ Dz.U. poz. 233.

- druków o strategicznym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa,
- znaków akcyzy.

Wyżej wymienione przedmiotowe zwolnienie od obowiązku stosowania przepisów dotyczy zamówień w zakresie wytwarzania (produkcji) i dystrybucji (sprzedaży) dokumentów wskazanych w art. 4 pkt 5c lit. a–c p.z.p. Przepis odnosi się do niesprecyzowanego prawnie pojęcia „dokumentów publicznych”. Niewątpliwie przez to pojęcie należy rozumieć dokumenty mające znaczenie dla interesu bezpieczeństwa państwa lub ochrony bezpieczeństwa publicznego¹²⁷.

Przepis art. 4b ust. 1 p.z.p. ustanawia wyłączenia w zakresie zamówień, o których mowa w art. 131a ust. 1 p.z.p.

Artykuł 131a ust. 1 p.z.p. stanowi, że: „przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1–4, 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”.

Przedmiotem ww. regulacji są zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jest to szczególna, odrębna kategoria zamówień, wyróżniona ze względu na przedmiot zamówienia. Zakres przedmiotowy określony w analizowanym przepisie jest zgodny z regulacjami dyrektywy obronnej. Kluczowe dla określenia zakresu przedmiotowego stosowania przepisów art. 131a ust. 1 p.z.p. są definicje zawarte w art. 2 p.z.p.:

¹²⁷ P. Granecki [w:] *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2016, komentarz do art. 4 p.z.p.

- sprzęt wojskowy – wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne (art. 2 pkt 8a),
- newralgiczny sprzęt – sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera (art. 2 pkt 5b);
- newralgiczne usługi – usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają (art. 2 pkt 5c);
- newralgiczne roboty budowlane – roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają (art. 2 pkt 5a).

Wyjątki w zakresie zamówień określonych w art. 131a ust. 1 p.z.p. wprowadza **art. 4b ust. 1** p.z.p. Przepis ten stanowi implementację art. 12 i 13 dyrektywy obronnej. Zgodnie z jego brzmieniem wyłączeniem spod przepisów ustawy objęte będą następujące zamówienia:

- 1) podlegające:
 - a) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, zawartej z jednym lub wieloma państwami niebędącymi członkami Unii Europejskiej, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym,
 - b) szczególnej procedurze na podstawie umowy międzynarodowej, której stroną jest Rzeczpospolita Polska, lub porozumienia zawieranego na szczeblu ministerialnym, związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorców, niezależnie od ich siedziby lub miejsca zamieszkania,
 - c) szczególnej procedurze organizacji międzynarodowej, jeżeli zamówienia muszą być udzielane przez Rzeczpospolitą Polską zgodnie z tą procedurą;

- 2) w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa;
- 3) udzielane do celów działalności wywiadowczej;
- 4) udzielane w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez Rzeczpospolitą Polską i co najmniej jedno państwo członkowskie Unii Europejskiej nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części cyklu życia tego produktu;
- 5) udzielane w państwie niebędącym członkiem Unii Europejskiej, w tym zakupów cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił zbrojnych, oraz sił, do których podstawowych zadań należy ochrona bezpieczeństwa, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają ich udzielenia wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań;
- 6) udzielane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa związane z:
 - a) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
 - b) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem, lub
 - c) robotami budowlanymi i usługami do szczególnych celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami;
- 7) których przedmiotem są usługi finansowe, z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych.

Ustawy nie stosuje się do zamówień lub konkursów w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa:

- 1) w całości finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli zamawiający stosuje do nich

inną, niż określona ustawą, procedurę organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej;

- 2) w ponad 50% finansowanych przez organizację międzynarodową lub międzynarodową instytucję finansującą, jeżeli uzgodniono z nimi zastosowanie do tych zamówień lub konkursów innej, niż określona ustawą, procedury organizacji międzynarodowej lub międzynarodowej instytucji finansującej.

Przepis ust. 2 omawianego art. 4b p.z.p. wprowadza, w ślad za unijnymi dyrektywami, zasadę, iż zamawiający nie może korzystać z zasad, procedur, programów, układów lub zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, o których mowa w art. 4 pkt 5 i 5b oraz w art. 4b ust. 1, w celu uniknięcia stosowania przepisów ustawy.

Należy uznać, że przepis art. 4b ust. 1 p.z.p. stanowi prawidłową implementację dyrektywy obronnej i nie wykracza poza zakres wyjątków w niej określonych.

Punkt 6 analizowanego przepisu wyłącza spod obowiązywania ustawy zamówienia na: dostawy sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu; roboty budowlane i usługi bezpośrednio związane z takim sprzętem; roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi, ale tylko te udzielane przez rząd Rzeczypospolitej Polskiej rządowi innego państwa. Wyjątek taki, dokładnie w tym samym brzmieniu, został określony w art. 13 lit. f dyrektywy obronnej.

VI. Analiza możliwości stosowania wyłączenia reżimu zamówień publicznych w związku z funkcjonowaniem wymiaru sprawiedliwości

W odniesieniu do podmiotów działających w ramach wymiaru sprawiedliwości w Polsce, do których zastosowanie znajdują przepisy Prawa zamówień publicznych, możemy wyróżnić cztery podstawowe kategorie wyłączeń, z których w określonych okolicznościach podmioty te mogą korzystać.

Wyłączenia w zakresie usług arbitrażowych i pojednawczych oraz usług prawnych

Wyłączenie jest dopuszczalne na podstawie art. 4 pkt 3 lit. a i lit. ea p.z.p., stanowiącego implementację przepisów art. 10 lit. c i d dyrektywy klasycznej; art. 21 lit. b i c dyrektywy sektorowej i art. 13 lit. g dyrektywy obronnej.

Wyłączenia w zakresie zamówień udzielanych i konkursów organizowanych zgodnie z przepisami międzynarodowymi

Wyłączenie jest dopuszczalne na podstawie art. 4 pkt 1–1b p.z.p., stanowiącego implementację przepisów art. 9 dyrektywy klasycznej i art. 20 dyrektywy sektorowej, a w zakresie zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa – na podstawie art. 4b ust. 1 p.z.p., stanowiących implementację art. 12 dyrektywy obronnej.

Wyłączenia w zakresie zamówień publicznych na nabycie lub dzierżawę gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich

Wyłączenie jest dopuszczalne na podstawie art. 4 pkt 3 lit. i p.z.p., stanowiącego implementację przepisów art. 10 lit. a dyrektywy klasycznej, art. 21 lit. a dyrektywy sektorowej i art. 13 lit. e dyrektywy obronnej.

Wyłączenie w zakresie zamówień związanych z bezpieczeństwem

Jak szczegółowo opisano wcześniej, prawo Unii Europejskiej, a w ślad za nim także implementowane przepisy Prawa zamówień publicznych, wprowadzają szczególne zasady udzielania zamówień publicznych w zakresie zamówień związanych

z obronnością i bezpieczeństwem. Zasadom tym poddane mogą być nie tylko zamówienia o charakterze wojskowym, lecz także w niektórych przypadkach – niewojskowym.

W ramach działalności instytucji wymiaru sprawiedliwości możemy mieć do czynienia z zamówieniami związanymi z szeroko pojętym bezpieczeństwem (bezpieczeństwem państwa, bezpieczeństwem publicznym, porządkiem publicznym), które mieścić się będą w ramach niektórych z kategorii wyszczególnionych w art. 131a ust. 1 p.z.p. Wśród takich można wymienić:

- dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z takim sprzętem i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu;
- newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Newralgiczne dostawy, roboty budowlane lub usługi, o czym była mowa wyżej, aby zostać za takie uznane, muszą zawierać informacje niejawne albo łączyć się z ich korzystaniem. Jeśli podmioty działające w ramach wymiaru sprawiedliwości będą miały potrzebę udzielenia zamówienia na tego typu dostawy, roboty czy usługi, procedura ich udzielania będzie poddana regułom rozdziału 4a Prawa zamówień publicznych, zatytułowanego „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”.

Już w samej dyrektywie obronnej znajdujemy wyraźne wskazanie, do jakiego rodzaju zamówień przepisy uchwalone na jej podstawie mają zastosowanie. Motyw 11 dyrektywy wskazuje, że: w konkretnej dziedzinie sektora bezpieczeństwa niewojskowego, dyrektywa ta (co powinno mieć zastosowanie również do przepisów ją implementujących) powinna dotyczyć zamówień, które posiadają cechy podobne do zamówień w sektorze obrony i mają charakter równie newralgiczny. Może tak być szczególnie w dziedzinach, gdzie te same misje prowadzone są przez siły wojskowe i niewojskowe lub tam, gdzie celem zamówienia jest ochrona bezpieczeństwa Unii lub państw członkowskich przed poważnymi zagrożeniami ze strony podmiotów

pozamilitarnych lub pozarządowych na ich własnym terytorium lub poza nim. Może to obejmować przykładowo ochronę granic, działania policji oraz misje kryzysowe.

Zgodnie z notą wyjaśniającą Komisji zamówienie „do celów bezpieczeństwa” oznacza, że sprzęt, roboty budowlane i usługi muszą być zamawiane do użycia w celu (wojskowym lub niewojskowym) związanym z bezpieczeństwem (niewojskowym). W przeciwieństwie do definicji sprzętu wojskowego z art. 1 pkt 6 dyrektywy 2009/81 ta definicja nie wymaga, by sprzęt był specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do celów wojskowych, nie wymaga też, by był zaprojektowany lub zaadaptowany do innych potrzeb bezpieczeństwa¹²⁸. Komisja wskazuje, że: w tym obszarze definicja zakresu jest najbardziej ogólna niż w przypadku obronności, ponieważ samo pojęcie „bezpieczeństwa” jest ogólne. W dzisiejszym środowisku strategicznym bezpieczeństwo obejmuje szeroki zakres bardzo różnych obszarów, działań i podmiotów. Ponadto w pewnych obszarach linia podziału między obronnością i bezpieczeństwem jest niewyraźna, co mnoży podobieństwa między wojskowymi i niewojskowymi potrzebami i zakupami¹²⁹.

Należy również zwrócić uwagę, że dyrektywa, a zatem i przepisy ją implementujące, odnoszą się do różnego rodzaju instytucji zamawiających w różnych obszarach (policja, służby celne, ochrona cywilna itd.), które mogą należeć do poziomu krajowego, regionalnego, a nawet lokalnego¹³⁰.

Z powyższego wynika, że **niektóre zamówienia udzielane przez podmioty działające w ramach wymiaru sprawiedliwości, jeśli mieszczą się w kategorii „newralgicznych”, mogą być wyłączone spod ogólnych regulacji zamówień publicznych i poddane szczególnym rygorom przepisów przyjętych w wyniku transpozycji dyrektywy obronnej, a zawartych w rozdziale 4a Prawa zamówień publicznych.** Wyłączenie to ma na celu zapewnienie ochrony informacji niejawnych, ze względu na ich wykorzystywanie przez zamawiających oraz wykonawców na każdym etapie postępowania o udzielanie tych zamówień.

¹²⁸ Nota wyjaśniająca KE dotycząca zakresu zastosowania dyrektywy obronnej [w:] *Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa*, Urząd Zamówień Publicznych, Warszawa 2011, s. 118.

¹²⁹ Nota wyjaśniająca KE dotycząca zakresu..., s. 117.

¹³⁰ A. Sołtyśńska, H. Talago-Sławoj, *Komentarz do dyrektywy 2014/81/WE...*, uwagi do art. 2.

W celu podniesienia bezpieczeństwa udzielania tego rodzaju zamówień podmioty ich dokonujące będą mogły m.in. skorzystać z instrumentów w postaci:

- możliwości określenia szczególnych warunków realizacji zamówienia;
- możliwości wykluczenia z udziału w postępowaniu wykonawcy, któremu udowodniono naruszenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w innym postępowaniu lub też podmiotu, który nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia bezpieczeństwa państwa;
- wprowadzenie zasady „preferencji europejskich”, tj. umożliwienie brania udziału w postępowaniu wyłącznie wykonawcom, którzy mają siedzibę w jednym z krajów członkowskich UE lub na terytorium Europejskiego Obszaru Gospodarczego oraz wykonawcom mającym siedzibę na terytorium kraju, z którym UE lub Rzeczpospolita Polska zawarła odpowiednią umowę międzynarodową;
- możliwości dzielenia zamówień na części, z tym że musi to być podział „obiektywnie” uzasadniony.

Zakresem regulacji Prawa zamówień publicznych objęte są także zamówienia mieszane, w których skład wchodzi, oprócz części przedmiotowo zgodnej z art. 131a, także część zamówienia niepodlegająca przedmiotowo przepisom rozdziału 4a Prawa zamówień publicznych. W takim przypadku całość zamówienia klasyfikowana jest jako podlegająca szczególnym procedurom tego rozdziału (art. 5g p.z.p.). Warunkiem takiej kwalifikacji jest podjęcie decyzji o udzieleniu jednego zamówienia nie ze względu na chęć omińnięcia procedury. Tak bowiem jak niedozwolony jest podział zamówienia na części w celu omińnięcia obowiązku stosowania zasad ogólnych, tak również będzie nieusprawiedliwione sztuczne łączenie zamówień (art. 5b p.z.p.).

Unijne dyrektywy (klasyczna i obronna), a następnie – transponując je – polska ustawa – Prawo zamówień publicznych, wprowadziły również regulacje na wypadek, gdyby wskazane wyżej procedury miały być niewystarczające dla zapewniania

państwu członkowskiemu bezpieczeństwa w związku z udzielaniem zamówień publicznych w szczególnie wrażliwych sektorach.

Podmioty działające w ramach wymiaru sprawiedliwości w Polsce, zamierzające udzielić zamówień szczególnie znaczących z uwagi na bezpieczeństwo wewnętrzne i zewnętrzne kraju, będą mogły w określonych sytuacjach skorzystać z możliwości całkowitego wyłączenia niektórych z nich z reżimu Prawa zamówień publicznych. Wyłączenia te jednak mają charakter wyjątkowy. Podstawę do tego rodzaju wyłączeń stanowią przepisy art. 4 pkt 5 i art. 4b ust. 1 pkt 2 p.z.p.

Artykuł 4 pkt 5 p.z.p. stanowi, że przepisów ustawy nie stosuje się do zamówień:

- którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych;
- jeżeli wymaga tego istotny interes bezpieczeństwa państwa;
- jeżeli wymaga tego ochrona bezpieczeństwa publicznego;
- którym muszą towarzyszyć, na podstawie odrębnych przepisów, szczególne środki bezpieczeństwa

Wyłączenie to jest dopuszczalne w zakresie, w jakim ochrona istotnych interesów dotyczących bezpieczeństwa państwa określonych wyżej nie może zostać zagwarantowana w inny sposób niż udzielenie zamówienia bez zastosowania ustawy. Na zamawiającym spoczywać będzie ciężar udowodnienia zaistnienia okoliczności objętych przedmiotowym wyłączeniem.

Podstawę wyłączeń zamówień z zakresu bezpieczeństwa stanowi też art. 4b ust. 1 pkt 2 p.z.p. w brzmieniu: ustawy nie stosuje się do zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa, w przypadku których stosowanie przepisów ustawy zobowiązywałoby zamawiającego do przekazania informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa.

Tak jak wskazano w części niniejszego opracowania poświęconej omówieniu implementacji unijnych dyrektyw, zapis powyższy stanowi transpozycję art. 13 lit. a

dyrektywy obronnej, który jest analogiczny do tego, którym posługuje się art. 346 ust. 1 lit. a TFUE.

Unijne prawo w zakresie rozumienia pojęcia „podstawowe interesy bezpieczeństwa państwa” odsyła zasadniczo do przepisów krajowych. Tymczasem polski ustawodawca nie zdefiniował tego pojęcia. Jak wskazano w części niniejszego opracowania poświęconej analizie implementacji dyrektyw, art. 4c p.z.p. zawiera jedynie delegację dla Rady Ministrów do określenia w drodze rozporządzenia trybu postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Rozporządzenie wydane na podstawie powyższego upoważnienia odnosi się jednak zasadniczo do kwestii sprzętu wojskowego. W zakresie zamówień niewojskowych brak podobnej regulacji.

Należy podkreślić, że omawiane wyłączenia mają charakter szczególny i nie mogą być nadużywane. Jak wskazano we wcześniejszej części opracowania, samo przyjęcie dyrektywy obronnej stanowiło już ograniczenie wolnej konkurencji, na straży której stoją przepisy TFUE. Regulacje krajowe wprowadzone w wyniku implementacji dyrektywy obronnej powinny więc zasadniczo stanowić podstawę prowadzenia postępowań w sprawie zamówień publicznych z zakresu obronności i bezpieczeństwa, które mają newralgiczny charakter. W wyjątkowych sytuacjach, na podstawie wskazanych wyżej przepisów Prawa zamówień publicznych, istnieje możliwość ich wyłączenia i zastosowania przepisów art. 346 TFUE. Może to mieć miejsce w odniesieniu do zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, które mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich nawet tych przepisów, które stanowią implementację dyrektywy obronnej, byłoby niewłaściwe (motyw 27 dyrektywy obronnej).

W zakresie zamówień niewojskowych wyjątki określone wyżej mogą dotyczyć np. 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 np. 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 (motyw 27 dyrektywy obronnej). Wydaje się, że w tym zakresie mogą się mieścić również szczególnie newralgiczne zamówienia realizowane na potrzeby wymiaru sprawiedliwości (związane np. ze zwalczaniem terroryzmu czy innymi działaniami realizowanymi przez instytucje wymiaru sprawiedliwości o newralgicznym charakterze).

Jak jednak zwrócono uwagę w części V niniejszego opracowania, wszelkie zwolnienia od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw nadanych Traktatem należy interpretować w rygorystyczny sposób. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej stoi na jednoznacznym stanowisku, że art. 346 TFUE dotyczy wyjątkowych i jasno określonych przypadków i ze względu na swój ograniczony charakter zawsze podlega zawężającej interpretacji.

Tytułem przykładu, jak wąsko TSUE rozumie zakres wyjątków od zasady udzielania zamówień w sektorze publicznym bez zastosowania unijnych reguł prawa zamówień publicznych, można przywołać orzeczenie z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 Komisja przeciw Włochom¹³¹, w którym to TSUE uznał za niezgodne z prawem udzielenie bez zastosowania tej procedury zamówienia na helikoptery dla policji i straży pożarnej. Zakwestionowane przez Komisję zamówienie dotyczyło dostawy helikopterów dla włoskiego wojska oraz właśnie policji i straży. W tym pierwszym zakresie TSUE nie zakwestionował prawidłowości wyłączenia. Natomiast uznał, że nie było podstaw do skorzystania z tego samego rodzaju wyłączenia w odniesieniu do zamówienia w jego części „cywilnej”. Przykład ten obrazuje, jaką ostrożnością należy wykazywać się przy próbach wyłączenia zamówień spod reguł Prawa zamówień publicznych, szczególnie poza zamówieniami z sektora wojskowego.

Wszelkie zwolnienia z powołaniem się na przepisy TFUE dotyczą istoty Unii Europejskiej i ze względu na swój charakter stanowią poważną kwestię w sensie prawnym i politycznym. Traktat zawiera więc restrykcyjne warunki zastosowania tego zwolnienia, równoważące interesy państw członkowskich w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z fundamentalnymi zasadami Unii. Warunki te mają na celu

¹³¹ EU:C:2008:203.

niedopuszczenie do ewentualnych nadużyć zwolnienia oraz zapewnienie, aby pozostało ono wyjątkiem ograniczającym się do przypadków, w których państwa członkowskie nie mają innego wyboru niż chronić interesy swojego bezpieczeństwa na szczeblu krajowym¹³².

¹³² Komunikat wyjaśniający Komisji (COM(2006) 779 wersja ostateczna), s. 5.

VII. Podsumowanie

Przepisy unijne w zakresie zamówień publicznych zostały przyjęte w celu urzeczywistnienia zasady konkurencji na europejskim rynku oraz zapewnienia przejrzystości i racjonalności wydatkowania środków publicznych. Z tego względu istotne jest, by jak najszersza grupa zamówień w praktyce była realizowana z zastosowaniem tych przepisów. W związku z powyższym unijne dyrektywy, które omówiono w niniejszym opracowaniu, jedynie wyjątkowo przewidują wyłączenia spod reżimu zamówień publicznych.

Wzgląd na bezpieczeństwo państw członkowskich, a w szczególności – na podstawowe interesy ich bezpieczeństwa, pozwala na odstępnie, w wyjątkowych i uzasadnionych wypadkach, od stosowania przepisów unijnego prawa zamówień publicznych. Obowiązuje przy tym zasada, że regulacje te nie mogą być wykorzystywane do unikania poddania zamówień reżimowi unijnych przepisów regulujących procedury udzielania zamówień publicznych. Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w utrwalonej linii orzeczniczej wskazuje ponadto, że wyłączenia te należy interpretować zawężająco.

Kraje członkowskie UE mają obowiązek implementować omawiane przepisy do swoich systemów prawnych. Nie wszystkie, jak wskazano w niniejszym opracowaniu, wywiązały się w pełni z tego obowiązku. Kraje członkowskie przyjęły też różne metody implementacji – w ramach jednego aktu prawnego albo kilku różnych, wprowadzając przepisy dyrektyw w ich literalnym brzmieniu, lub też bardziej przystosowując je do swojego systemu prawnego. Niezależnie jednak od tego, jaką metodę transpozycji wybrano w danym kraju, nie tyle brzmienie, ile znaczenie przepisów unijnych powinno być zachowane. Szczegóły implementacji w wybranych państwach przedstawiono w niniejszym opracowaniu.

Polska przyjęła przepisy implementujące dyrektywy regulujące zamówienia publiczne w ramach jednej ustawy – Prawa zamówień publicznych. Należy uznać, że omawiana implementacja jest kompleksowa. Zawiera zarówno przepisy, które mają zastosowanie do każdego rodzaju zamówień, jak również przepisy szczególne dla zamówień sektorowych i zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa. Te ostatnie zostały wyszczególnione w ramach osobnego Rozdziału.

W ustawie – Prawo zamówień publicznych przyjęto rozwiązania, które odpowiadają wyłączeniom uregulowanym w prawie europejskim. Istniejąca w tym zakresie regulacja wydaje się być na tyle pełna, że może stanowić podstawę do stosowania wyłączeń w praktyce. Nie jest jednak wolna od wad. Wątpliwości budzi szczególnie brak zdefiniowania pojęcia „podstawowy interes bezpieczeństwa państwa” w ustawie i zakres delegacji do wydania aktu wykonawczego w odniesieniu do rozumienia tego pojęcia. Zagadnienie to zostało omówione szczegółowo w części opracowania poświęconej implementacji unijnych dyrektyw do polskiego porządku prawnego.

Należy zauważyć, że w określonych wypadkach również podmioty działające w ramach wymiaru sprawiedliwości mogą korzystać z omówionych w niniejszym opracowaniu wyłączeń, z tym że – z uwagi na charakter tych podmiotów i udzielanych przez nich zamówień – raczej będą to wyłączenia spod ogólnych regulacji zamówień publicznych na rzecz szczególnych rygorów przepisów dotyczących zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa niż całkowite wyłączenia spod reżimu ustawy – Prawo zamówień publicznych.