KANCELARIA SENATU

BIURO LEGISLACYJNE

Warszawa, dnia 28 maja 2014 r.

Opinia do ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa

(druk nr 633)

I. Cel i przedmiot ustawy

Ustawa określa prawa i obowiązki stron oraz zasady zawierania umów w związku z realizacją zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, stanowiących środki, o których mowa w art. 346 ust. 1 lit. b Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, zwanego dalej „TFUE", konieczne do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, których wykonanie wymaga offsetu.

Ustawa zastępuje dotychczasową ustawę z dnia 10 września 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa.

W obecnym stanie prawnym ustawa dopuszcza offset w celu zapewnienia udziału zagranicznych dostawców w restrukturyzacji i rozwoju polskiej gospodarki. Ze względu na ograniczenia wynikające z prawa Unii Europejskiej nowa ustawa dopuszcza stosowanie offsetu jedynie w celu ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Wobec czego projekt definiuje zobowiązanie offsetowe, jako zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy, polegające w szczególności na przekazaniu technologii lub know-how, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji, zapewniające wymaganą przez Skarb Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w celu utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie przeniesienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

ul. Wiejska 6, 00-902 Warszawa, tel. 22 694-94-12, fax 22 694-91-06, e-mail: Michal.Gil@senat.gov.pl

Ustawa likwiduje próg 5 mln euro wartości umowy dostawy, który zobowiązywał do zawarcia umowy offsetowej ponad wskazaną wartość.

Zmianie ulega procedura zawarcia umowy offsetowej, która została doprecyzowana pod kątem wypełnienia praktyki stosowania art. 346 TFUE. Między innymi zawarcie umowy offsetowej wymaga uzasadnienia stosownie do art. 346 TFUE.

Ponadto ustawa wprowadza zmiany w zakresie organu właściwego w sprawach umów offsetowych (z ministra właściwego do spraw gospodarki na Ministra Obrony Narodowej).

Ustawa tworzy Komitet Offsetowy, jako organ opiniodawczo-doradczy działający przy Ministrze Obrony Narodowej w miejsce Komitetu do Spraw Umów Offsetowych, działającego dotychczas przy ministrze właściwym do spraw gospodarki. Dotychczasowa właściwość zostanie utrzymana tylko dla spraw wynikających z zawartych przez ministra właściwego do spraw gospodarki umów offsetowych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy.

Ustawa ma wejść w życie po upływie 14 dni od dnia ogłoszenia.

II. Przebieg prac legislacyjnych

Sejm uchwalił ustawę na 67. posiedzeniu w dniu 9 maja 2014 r. w oparciu o przedłożenie rządowe. Projekt stanowił przedmiot prac sejmowej Komisji Obrony Narodowej. Pierwotnie projekt ograniczał się do nowelizacji dotychczasowej ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. Komisja postanowiła, że zamiast nowelizować ustawę dotychczasową należy uchwalić nową ustawę. Ponadto wniosła szereg poprawek doprecyzowujących treść przepisów.

W trakcie drugiego czytania zgłoszono poprawkę zmieniającą podstawy sporządzenia założeń ofert offsetowej i projektu umowy offsetowej (art. 8 ust. 2). Sejm uchwalił ustawę w brzmieniu uwzględniającym poprawkę zgłoszoną w trakcie drugiego czytania.

III. Uwagi szczegółowe

1. W art. 6 w ust. 6 znajduje się przepis upoważniający Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, wzoru oświadczeń o braku okoliczności wyłączających

od czynności w postępowaniu o zawarcie umowy offsetowej. Wydając rozporządzenie Prezes Rady Ministrów ma wziąć pod uwagę wymagania, o których mowa w ust. 3, czyli obowiązek zawarcia w oświadczeniu danych identyfikujących osobę, jej małżonka oraz niektórych jej krewnych i powinowatych.

Zgodnie z art. 92 ust. 1 Konstytucji przepis upoważniający do wydania rozporządzenia powinien określać organ właściwy do wydania rozporządzenia i zakres spraw przekazanych do uregulowania oraz wytyczne dotyczące treści aktu. Obowiązek zawarcia wytycznych nie zostaje spełniony, jeżeli wytyczne mają charakter pozorny. Wytyczna ograniczająca się do nakazu uwzględnienia przepisu ustawy, jest wytyczną pozorną, gdyż mimo jej braku organ właściwy do wydania rozporządzenia musi uwzględniać przepisy ustawy. Dlatego należy wnieść poprawkę, która doda do omawianego przepisu wytyczną.

Propozycja poprawki:

w art. 6 w ust. 6 wyrazy „wymagania, o których mowa w ust. 3” zastępuje się wyrazami „zapewnienie czytelności oświadczeń oraz pouczenie o odpowiedzialności karnej za składanie fałszywych oświadczeń”;

2. W art. 7 w ust. 7 znajduje się przepis upoważniający Radę Ministrów, 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, do określenia, w drodze rozporządzenia, trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzenia uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Przepis uzależnia wydanie rozporządzenia od wniosku Ministra Obrony Narodowej i ministra właściwego do spraw wewnętrznych. Przy czym wydanie rozporządzenia będzie możliwe, jeżeli z takim wnioskiem wystąpią obaj ministrowie. Wydaje się, że jeżeli jeden z wymienionych ministrów dostrzegłby potrzebę uchwalenia aktu wykonawczego to zasadnym byłoby umożliwienie Radzie Ministrów wydania rozporządzenia bez konieczności oczekiwania na wniosek drugiego ministra. Aby to umożliwić należy wprowadzić następującą poprawkę:

w art. 7 w ust. 7 wyrazy „i ministra” zastępuje się wyrazami „lub ministra”;

3. Na podstawie art. 8 ust. 7 zdanie pierwsze zamawiający dokonuje wyboru oferty na dostawę, uwzględniając ocenę oferty offsetowej. Powyższa zasada jest modyfikowana przez art. 11 ust. 1 zdanie pierwsze, które stanowi, że w przypadku gdy co najmniej jedna oferta na dostawę nie podlega obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, zamawiający dokonuje oceny wszystkich ofert bez uwzględniania kryterium offsetowego.

Pierwszy z cytowanych przepisów ma zapewnić by zagraniczni dostawcy konkurowali m.in. ofertami offsetowymi. Udział przynajmniej jednego polskiego dostawcy spowoduje, że wzrosną szanse na zawarcie kontraktu tych zagranicznych dostawców, którzy przedstawili gorsze oferty offsetowe.

Aby temu zapobiec, należy wobec wszystkich dostawców (w tym polskich) stosować jednolite zasady wyboru oferty. Spośród kilku możliwych rozwiązań, proponuję takie, w którym polski dostawca otrzymuje taką samą ocenę za offset, jak dostawca zagraniczny, który uzyskał najwyższą ocenę za ofertę offsetową. Aby zawrzeć umowę dostawy polski dostawca musiałby przedstawić ofertę co najmniej lepszą od oferty tego dostawcy zagranicznego, który przedstawił najkorzystniejszą ofertę offsetową. Oczywiście to też nie gwarantowało by zwycięstwa w postępowaniu, gdyż wciąż należałoby uwzględniać jakość oferty na dostawę.

Takie rozwiązanie pozornie faworyzuje polskich dostawców, gdyż pozwala im wygrać rywalizację z zagranicznymi dostawcami, których oferta dostawy oceniana z pominięciem kryterium offsetu byłaby lepsza. Należy jednak pamiętać, że ten sam zarzut można postawić rozwiązaniu, w którym dostawca zagraniczny wygrywa tylko dzięki lepszej ofercie offsetowej, a przecież takie rozwiązanie nie budziło dotychczas wątpliwości i jest utrzymywane w niniejszej ustawie.

Propozycja poprawki:

w art. 11:

a) w ust. 1 zdanie pierwsze otrzymuje brzmienie:

„Oceniając ofertę na dostawę, która nie podlega obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, zamawiający przyznaje ocenę za ofertę offsetową równą ocenie najlepszej oferty offsetowej zagranicznego dostawcy.”,

b) skreśla się ust. 3;

4. W przypadku gdy co najmniej jedna oferta na dostawę nie podlega obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, zamawiający dokonuje oceny wszystkich ofert bez uwzględniania kryterium offsetowego. Jeżeli w wyniku takiej oceny najkorzystniejsza okaże się oferta niepodlegająca obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, zamawiający zawiera umowę dostawy z pominięciem procedury zawarcia umowy offsetowej. W przypadku gdy w wyniku dokonanej oceny najlepsza okaże się oferta podlegająca obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, dalsze postępowanie jest prowadzone zgodnie z procedurą zawarcia umowy offsetowej (art. 11 ust. 1).

Jeżeli negocjacje oferty na dostawę niepodlegającej obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej nie doprowadzą do zawarcia umowy dostawy, dalsze postępowanie jest prowadzone z uwzględnieniem procedury zawarcia umowy offsetowej, z udziałem zagranicznego dostawcy, który przedstawił kolejną najkorzystniejszą ofertę (art. 11 ust. 2).

Literalna wykładania przepisów nakazuje, w przypadku gdy nie zawarto umowy dostawy z podmiotem zwolnionym z obowiązku zawarcia umowy offsetowej, prowadzenie dalszej procedury z udziałem najkorzystniejszej oferty dostawcy zagranicznego, nawet wtedy jeżeli korzystniejszą ofertę złożył inny podmiot zwolniony z obowiązku zawarcia umowy offsetowej. Aby temu zapobiec proponuję następującą poprawkę:

w art. 11:

a) w ust. 2 wyrazy „w trybie art. 8, z udziałem zagranicznego" zastępuje się wyrazami „z udziałem" oraz dodaje się zdanie drugie w brzmieniu:

„Przepis ust. 1 zdanie drugie i trzecie stosuje się odpowiednio.",

b) w ust. 3 po wyrazie „wznowiona" zastępuje się wyrazami „gdy dalsze postępowanie jest prowadzone z udziałem zagranicznego dostawcy";

5. Na podstawie art. 13 ust. 1 zagraniczny dostawca jest obowiązany złożyć Ministrowi Obrony Narodowej wniosek o zaliczenie zobowiązania offsetowego na poczet umowy offsetowej. Z brzmienia ust. 2 pkt 5 oraz ust. 3 wynika, że ustawodawca dopuszcza częściowe wykonanie zobowiązania. Należy uwzględnić to w treści art. 13 ust. 1. Ponadto w ust. 3 oświadczenia o wykonaniu zobowiązania offsetowego oraz o zakresie wykonanego

zobowiązania offsetowego są połączone koniunktywnie. Wydaje się, że charakter tych oświadczeń będzie powodował konieczność ich oddzielnego składania.

Propozycja poprawki:

w art. 13:

a) w ust. 1 po użytym dwukrotnie wyrazie „offsetowego" dodaje się wyrazy „lub jego części",

b) w ust. 3 wyraz „oraz" zastępuje się wyrazem „lub";

6. Przepis art. 22 stanowi, że prawem właściwym dla umowy offsetowej jest prawo polskie.

Na wstępie należy zauważyć, że przepis dotyczy tylko prawa materialnego. Nie dotyczy sądu właściwego oraz prawa procesowego.[1] Ponieważ uzasadnienie nie odnosi się do tej części ustawy, nie jest jasne, czy ograniczenie treści przepisu do prawa materialnego jest zamierzone przez ustawodawcę.

Uchwalone brzmienie art. 22 nie gwarantuje, że w praktyce umowa offsetowa będzie podległa polskiemu prawu materialnemu, gdyż zawarta w art. 22 norma jest elementem polskiego porządku prawnego, który może być brany pod uwagę dopiero wtedy gdy na podstawie prawa międzynarodowego lub na podstawie zgodnej woli stron prawo polskie zostanie uznane za prawo właściwe.[2] Przepis ten należy zakwalifikować jako przepis wymuszający swoje zastosowanie. Nie ma jednak pewności czy w konkretnym stanie faktycznym zostanie mu przyznana skuteczność.

Wydaje się, że standardem międzynarodowych aktów prawnych regulujących zobowiązania umowne jest przyznanie skuteczności wyborowi prawa właściwego, które zostało dokonane przez strony umowy. Dlatego aby w najwyższym stopniu zapewnić stosowanie prawa polskiego, należy odpowiednią klauzulę zawrzeć w samej umowie offsetowej. Jeżeli ustawodawca chce mieć wpływ na to czy wybór prawa właściwego znajdzie się w umowie offsetowej to należy wprowadzić następującą poprawkę:

---

1 Patrz: A. Szumański: Komentarz do art.18 ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. LEX.

2 Nie ma jednolitych norm kolizyjnych. Problematykę tą regulują m.in. Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (WE) nr 593/2008 z dnia 17 czerwca 2008 r. w sprawie prawa właściwego dla zobowiązań umownych (Rzym I) oraz międzynarodowe umowy dwustronne.

w art. 15 dodaje się pkt 7 w brzmieniu:

„ 7) wskazanie prawa polskiego, jako właściwego dla umowy.”;

Jeżeli ustawodawca chciałby rozstrzygnąć o właściwości polskiego sądu i polskiej procedury to należy wprowadzić następującą poprawkę:

- w art. 15 dodaje się pkt 7 w brzmieniu:

„ 7) wskazanie prawa polskiego, jako właściwego dla umowy oraz poddanie wynikających z umowy spraw jurysdykcji sądów polskich.”;

7. W art. 23 określono zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie umowy offsetowej. W ust. 2 i 3 znajdują się zasady odpowiedzialności na podstawie kar umownych. W ust. 4 mowa jest o odszkodowaniu za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania offsetowego, które ma być określane każdorazowo w umowie offsetowej.

Zgodnie z treścią art. 483 § 1 KC można zastrzec w umowie, że naprawienie szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania niepieniężnego nastąpi przez zapłatę określonej sumy. Jest to kara umowna. Wobec tego odszkodowanie, o którym mowa w ust. 4 jest karą umowną.

Powstaje więc pytanie, czy wolą ustawodawcy, było zawarcie w ust. 4 obowiązku określenia w umowie offsetowej kar umownych, czy chodziło o jakieś inne, dodatkowe świadczenie.

Gdyby ust. 4 miał dotyczyć kar umownych, to przepis nakazujący ich zamieszczenie w umowie znajduje się już w art. 15 pkt 6, co uzasadniałoby skreślenie w art. 23 ust. 4. Jeżeli ustawodawca chciał w ust. 4 zawrzeć opis innego świadczenia, konieczna będzie inna redakcja tego przepisu.

Propozycja poprawki:

w art. 23 skreśla się ust. 4;

8. Na podstawie art. 34 ust. 3 do postępowań o zawarcie umowy offsetowej wszczętych i niezakończonych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe. Ustawa dotychczasowa oraz ustawa nowa nie wskazują, z jakim zdarzeniem należy wiązać wszczęcie i zakończenie postępowania i wymaga doprecyzowania w tym zakresie.

Ponadto wydaje się, że przepis powinien dotyczyć również etapu wykonania umowy offsetowej.

Propozycja poprawki:

w art. 34 ust. 3 otrzymuje brzmienie:

„3. Do postępowań o zawarcie i wykonanie umowy offsetowej, w których zamawiający poinformował ministra właściwego do spraw gospodarki o postępowaniu o udzielenie zamówienia na dostawę skutkującego lub mogącego skutkować obowiązkiem zawarcia przez zagranicznego dostawcę umowy offsetowej oraz o szacunkowej wartości dostawy i w których nie zatwierdzono stwierdzenia wykonania umowy offsetowej przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy stosuje się przepisy dotychczasowe.”;

9. W art. 36 zawarto przepis przejściowy, który utrzymuje właściwość ministra właściwego do spraw gospodarki do umów offsetowych zawartych przed dniem wejścia w życie ustawy.

Ponieważ dotychczasowe przepisy będą stosowane także wobec zmian umów offsetowych oraz postępowania związanego z zawarciem umowy offsetowej, wydaje się celowym rozszerzenie właściwości ministra również na te sfery.

Propozycja poprawki:

w art. 36 w ust. 1 wyrazy „, w zakresie umów offsetowych zawartych przed dniem wejścia w życie niniejszej ustawy” zastępuje się wyrazami „w zakresie, o którym mowa w art. 34”;

10. Poprawki redakcyjne:

1) w art. 8 w ust. 11 wyraz „datą” zastępuje się wyrazem „dniem”;

2) w art. 12 w ust. 2 we wprowadzeniu do wyliczenia oraz w art. 15 we wprowadzeniu do wyliczenia wyrazy „powinna zawierać” zastępuje się wyrazem „zawiera”;

3) w art. 17 w ust. 5 w pkt 5 oray w art. 18 w ust. 2 w pkt 3 wyrazy „oznaczenie firmy” zastępuje się wyrazem „firmę”;

4) w art. 26 w ust. 3 „, o ile uzna to za wskazane,”.

Michał Gil

Starszy legislator