



Pani  
Elżbieta Witek  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej Polskiej

Na podstawie art. 118 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej i na podstawie art. 32 ust. 2 regulaminu Sejmu niżej podpisani posłowie wnoszą projekt ustawy:

## **- o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw.**

Do reprezentowania wnioskodawców w pracach nad projektem ustawy upoważniamy pana posła Radosława Fogla.

(-) Waldemar Andzel; (-) Barbara Bartuś; (-) Joanna Borowiak; (-) Waldemar Buda; (-) Lidia Burzyńska; (-) Krzysztof Czarnecki; (-) Witold Czarnecki; (-) Przemysław Drabek; (-) Elżbieta Duda; (-) Jan Duda; (-) Barbara Dziuk; (-) Ewa Filipiak; (-) Radosław Fogiel; (-) Leszek Galemba; (-) Adam Gawęda; (-) Grzegorz Gaża; (-) Michał Jach; (-) Fryderyk Kapinos; (-) Wojciech Kossakowski; (-) Leonard Krasulski; (-) Jacek Kurzępa; (-) Krzysztof Lipiec; (-) Grzegorz Lorek; (-) Ewa Malik; (-) Beata Mateusiak-Pielucha; (-) Jan Mosiński; (-) Adam Ołdakowski; (-) Anna Paluch; (-) Elżbieta Płonka; (-) Violetta Porowska; (-) Marcin Porzucek; (-) Zdzisław Sipiera; (-) Sławomir Skwarek; (-) Andrzej Szlachta; (-) Krzysztof Szulowski; (-) Ewa Szymańska; (-) Janusz Śniadek; (-) Adam Śnieżek; (-) Jacek Świat; (-) Sylwester Tułajew; (-) Jan Warzecha; (-) Grzegorz Adam Woźniak; (-) Jarosław Zieliński; (-) Tomasz Zieliński; (-) Wojciech Zubowski.

## USTAWA

z dnia ..... 2021 r.

### **o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw**

**Art. 1.** W ustawie z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 i 1598), wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 12 uchyla się ust. 2;
- 2) uchyla się art. 15.

**Art. 2.** W ustawie z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 2020 oraz z 2020 r. poz. 1086 i 2275) art. 97 otrzymuje brzmienie:

„Art. 97. Dotychczasowe przepisy wykonawcze wydane na podstawie art. 10g, art. 11 ust. 6, art. 25 ust. 2, art. 31 ust. 4, art. 33 ust. 3, art. 91 ust. 7c i 8, art. 96 ust. 5, art. 98 ust. 4, art. 138f ust. 4, art. 160 ust. 2, art. 173 ust. 10, art. 176a ust. 7 i art. 198 pkt 2 ustawy uchylanej w art. 89, zachowują moc do dnia wejścia w życie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 34 ust. 2, art. 70, art. 80, art. 82 ust. 4, art. 103 ust. 4, art. 128 ust. 6, art. 244, art. 245 ust. 7, art. 272 ust. 2, art. 394 ust. 4, art. 477 ust. 10, art. 484 ust. 5, art. 504 ust. 2 i art. 576 ustawy, o której mowa w art. 1, nie dłużej jednak niż przez okres 12 miesięcy od dnia wejścia w życie niniejszej ustawy.”.

**Art. 3.** W ustawie z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.U. z 2021 r. poz. 1643) art. 8 ust. 1 otrzymuje brzmienie:

„1. Zamawiający niezwłocznie informuje Ministra Obrony Narodowej o zamiarze wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Informacja obejmuje co najmniej przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokument zawierający ocenę występowania podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.”.

**Art. 4.** Ustawa wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2022 r.

## UZASADNIENIE

### **I. Potrzeba i cel uchwalenia ustawy, rzeczywisty stan w dziedzinie, która ma być unormowana oraz różnice między dotychczasowym a projektowanym stanem prawnym**

Niniejszy projekt ustawy jest wynikiem doświadczeń resortu obrony narodowej w praktycznym stosowaniu art. 4 pkt 5b w zw. z art. 4c ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 z późn. zm.), zwanej dalej poprzednim PZP, oraz art. 12 w zw. z art. 15 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 z późn. zm.), zwanej dalej Prawem zamówień publicznych.

Konkluzje wynikające z kilkuletniego stosowania regulacji poświęconych zamówieniom na sprzęt wojskowy (rozumiany jako wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne) pozyskiwany ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa wskazują na zasadność modyfikacji przepisów w celu ich uproszczenia, urealnienia i dostosowania do wymogów wynikających z prawa unijnego. Dnia 20 lutego 2013 r. (implementacja dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE - „dyrektywa obronna”) została zapoczątkowana legislacyjna tendencja do nadmiernego formalizowania procesu pozyskiwania sprzętu wojskowego mającego wpływ na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa. Pomimo istnienia w prawie unijnym bezpośredniego wyłączenia ww. zamówień z przepisów normujących postępowania publiczne, do polskiego porządku prawnego wprowadzono mechanizmy niepotrzebnie biurokratyzujące proces podejmowania decyzji o zasadności wyłączenia. Zmiany te nie wynikały z prawa unijnego, nie były też tym prawem narzucone do implementacji w systemach prawnych państw członkowskich.

#### **1) Wyłączenie pozyskiwania sprzętu wojskowego z procedur zamówień publicznych – rys historyczny**

Wyłączenie stosowania przepisów poprzedniego PZP na potrzeby pozyskiwania sprzętu wojskowego (ówcześnie nazywanego uzbrojeniem) funkcjonowało od momentu uchwalenia tej ustawy (art. 4 pkt 3 lit. f).

Wskutek wejścia do Unii Europejskiej przedmiotowe wyłączenie musiało zostać dostosowane do treści art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (TWE). Od dnia 25 maja 2006 r. przepis art. 4 pkt 3 lit. f otrzymał brzmienie, zgodnie z którym ustawy tej nie stosowano do zamówień, których przedmiotem były dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 TWE.

Implementacja na grunt polskiego prawa „dyrektywy obronnej” (z dniem 20 lutego 2013 r.) wprowadziła kolejne zmiany legislacyjne w tym zakresie w poprzednim PZP.

Ustawą 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) implementowano do polskiego porządku prawnego normy „dyrektywy obronnej”. Jak wynika z uzasadnienia do tej ustawy, podstawowym powodem ustanowienia „dyrektywy obronnej” było m.in. wprowadzenie przepisów „zapobiegających nadużywaniu przez zamawiających korzystania z wyłączenia zawartego w przepisie art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (TFUE).” Przemilczano jednak, że nadużywanie dotyczyło błędnego kwalifikowania jako uzbrojenia innych sprzętów, niejednokrotnie zaledwie luźno powiązanych z uzbrojeniem i podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa. Dążenie do ograniczenia tej praktyki było zasadne z powodu nadmiernie szerokiego wykorzystywania ścieżki pozyskiwania sprzętu odbiegającego swoim charakterem od uzbrojenia, ale formalnie w oparciu o art. 346 TFUE. Jednak tak zaprezentowane uzasadnienie pojawienia się „dyrektywy obronnej” pomija sedno sprawy, jakim było pozostawienie państwom członkowskim możliwości stosowania art. 346 TFUE w przypadku pozyskiwania sprzętu wojskowego niezbędnego ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa. „Dyrektywa obronna” nie poczyniła w tym zakresie żadnych zasadniczych zmian, ponieważ uregulowała sposób prowadzenia zamówień w obszarze obronności i bezpieczeństwa, ale jedynie co do asortymentu, który nie wpisywał się w postanowienia art. 346 TFUE, a który to wcześniej traktowany był niejednokrotnie – niestusznie – jako uzbrojenie, amunicja lub materiały wojenne.

Podkreślić jednak należy, że w ramach ww. implementacji nie wprowadzono nieznanego wcześniej systemowi prawnemu wyłączenia zamówień spod przepisów poprzedniego PZP, a jedynie zredagowano – w istocie to samo wyłączenie – w inny sposób i w innej jednostce redakcyjnej. Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi, implementująca „dyrektywę obronną”, uchyliła art. 4 pkt 3 lit. f, a w to miejsce dodała art. 4 pkt 5b oraz art. 4c. Przepisy te obowiązywały do dnia 31 grudnia 2020 r., tj. do czasu uchylecia poprzedniej PZP.

## **2) Niezmiennność brzmienia art. 296 TWE oraz art. 346 TFUE**

Niezmiernie ważne jest zauważenie, że na gruncie prawa unijnego treść art. 296 TWE i art. 346 TFUE nie zmieniła się od dnia 25 maja 2006 r. (tj. od daty usankcjonowania skutków wynikających z tych przepisów w poprzednim PZP). Nastąpiło jedynie przeniesienie tej samej treści z jednostki redakcyjnej - art. 296 TWE do nowej jednostki redakcyjnej - art. 346 TFUE wskutek zmian traktatów. Na poziomie prawa unijnego zachowano zatem merytoryczną ciągłość regulacji, mimo zmiany traktatów.

Treść art. 346 TFUE:

„Artykuł 346. 1. 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.

2. Rada, stanowiąc jednogłośnie na wniosek Komisji, może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 roku listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 litera b).”.

Niestety ta sama zasada (niezmienności regulacji w celu zachowania jednolitości stosowania) nie towarzyszyła zmianom poprzedniego PZP (implementując „dyrektywę obronną” zmieniono numerację i merytoryczną treść jednostki redakcyjnej).

### **3) Uwzględnienie treści art. 296 TWE w poprzednim PZP, tj. do dnia 31 grudnia 2020 r.**

#### **a) stan prawny od dnia 25 maja 2006 r. do dnia 19 lutego 2013 r.**

Po dostosowaniu poprzedniego PZP do art. 296 TWE (tj. od dnia 25 maja 2006 r.) przepis art. 4 pkt 3 lit. f otrzymał brzmienie:

„Art. 4. Ustawy nie stosuje się do:

3) zamówień, których przedmiotem są:

f) dostawy i usługi, do których stosuje się art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską,”.

#### **b) stan prawny od dnia 20 lutego 2013 r. do dnia 31 grudnia 2020 r.**

Implementując „dyrektywę obronną” wprowadzono do poprzedniego PZP regulację (art. 4 pkt 5b) w zasadzie literalnie powielającą treść art. 346 TFUE (który zastąpił art. 296 TWE). Po implementacji „dyrektywy obronnej” (tj. od dnia 20 lutego 2013 r.) w poprzednim PZP dodano art. 4 pkt 5b (dotychczasowy przepis art. 4 pkt 3 lit. f został uchylony) oraz całkowicie nową regulację - art. 4c w brzmieniu:

„Art. 4. Ustawy nie stosuje się do:

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;”.

„Art. 4c. Rada Ministrów określi, 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, tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego.”.

Co istotne, w „dyrektywie obronnej” nie pojawił się wymóg formalizowania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa w drodze rozporządzenia Rady Ministrów (ani innego równorzędnego dokumentu na poziomie rządowym).

W celu realizacji delegacji ustawowej, na podstawie art. 4c poprzedniego PZP wydane zostało rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 233). Rozporządzenie to wprowadzało ogólne ramy postępowania w procesie dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

#### **4) Uwzględnienie treści art. 346 TFUE w Prawie zamówień publicznych, tj. od dnia 1 stycznia 2021 r.**

Dnia 1 stycznia 2021 r. weszło w życie Prawo zamówień publicznych. Jak wynika z uzasadnienia, przygotowanie nowej ustawy stanowiło odpowiedź na wieloletnie oczekiwania zarówno podmiotów publicznych jak i wykonawców ubiegających się o zamówienia publiczne. Ponad 14-letni okres obowiązywania poprzedniego PZP, liczne zmiany na skutek transpozycji dyrektyw unijnych oraz inne zmiany mające na celu dostosowywanie prawa do potrzeb zmieniającej się sytuacji prawnej i gospodarczej, wygenerowały potrzebę przygotowania nowego kompleksowego i spójnego Prawa zamówień publicznych. Celem opracowania nowej ustawy było wprowadzenie nowych rozwiązań opartych na maksymalnej efektywności i przejrzystości udzielanych zamówień publicznych, uwzględniających jednocześnie rolę zamówień publicznych w kształtowaniu polityki państwa oraz potrzebę wsparcia rozwoju małych i średnich przedsiębiorstw, a także innowacyjnych, nowoczesnych produktów i usług. Konieczne stało się również zwiększenie przejrzystości i spójności regulacji w zakresie zamówień publicznych.

Co najważniejsze, przygotowanie nowej ustawy nie było bezpośrednim wynikiem transpozycji przepisów prawa unijnego do polskiego systemu prawnego, ponieważ te zostały już inkorporowane do ustawy w latach poprzednich. Nie zmieniła się w szczególności „dyrektywa obronna”, jednak zmianie uległy obydwa ww. przepisy poprzedniego PZP na podstawie których dokonywano wyłączenia przepisów ustawy do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TFUE.

##### **a) Art. 15 Prawa zamówień publicznych**

Dotychczasowa delegacja ustawowa (art. 4c poprzedniego PZP) nakazywała określić w drodze rozporządzenia tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TFUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego. Była to delegacja na tyle ogólna, że nie utrudniała prowadzenia postępowań, jedynie bardziej je formalizując.

Nowa delegacja ustawowa zawarta w art. 15 Prawa zamówień publicznych nakazuje uwzględnić w rozporządzeniu znacznie szerszy zakres okoliczności („tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia”).

Konieczność uregulowania w akcie prawnym powszechnie obowiązującym tak szerokiego aspektu zamówień dokonywanych ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa (art. 346 TFUE) nie tylko nie wynika z prawa unijnego, ale przede wszystkim – rozmiąca się z ideą tych zamówień. Nie ulega najmniejszej wątpliwości, że zmieniająca się sytuacja globalnego bezpieczeństwa (zwłaszcza widoczna na wschodnich granicach Państwa Polskiego) praktycznie uniemożliwia ustalenie przesłanek dokonania tego rodzaju oceny w sposób sztywny. To samo dotyczy sposobu dokonywania tej oceny, jeżeli miałyby wykraczać poza dotychczasowe regulacje rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, w tym również sposób jego definiowania, nie jest kategorią niezmienną w dzisiejszych uwarunkowaniach geopolitycznych. Szczególnie dobrze to widać na przykładzie ostatnich zdarzeń na granicy wschodniej, a doświadczenia z konfliktu ukraińskiego (dynamicznie zmieniające się reguły prowadzenia konfliktu zbrojnego, zwłaszcza w aspekcie sprzętowym) jednoznacznie pokazują, że odgórne określanie zasad dokonywania zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa jest rozwiązaniem daleko niedoskonałym, które może w praktyce całkowicie zablokować ich dokonywanie w relacji do zaistniałej potrzeby operacyjnej. Nie można w tym zakresie zapominać, że jednym z kluczowych warunków utrzymania zdolności bojowej sprzętu wojskowego jest możliwość bieżącego zapewnienia jego serwisu i remontów, zwłaszcza w sytuacji kryzysowej (zwiększona awaryjność, uszkodzanie sprzętu w wyniku działań bojowych itp.) oraz pozyskiwania nowych egzemplarzy w miejsce zniszczonych. Aby ten proces przebiegał sprawnie w działaniach kryzysowych (wojennych) konieczne jest zbudowanie niezbędnego potencjału przemysłu obronnego odpowiednio wcześniej. Z tych względów zamówienia na sprzęt wojskowy niejednokrotnie wymagają połączenia z budową określonych zdolności przemysłowych na terenie RP, co jest wykluczone przy zastosowaniu regulacji Prawa zamówień publicznych. Nie da się tego też osiągnąć w momencie faktycznego pojawienia się sytuacji kryzysowej. Jednocześnie zmieniające się wymogi sprzętowe dyktowane rozwojem technologicznym oraz dostosowywanie potrzeb operacyjnych do przewidywanej strategii działania potencjalnych przeciwników wymuszają elastyczne podejście w zakresie sposobu dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Usztywnianie rozwiązań w drodze rozporządzenia wykonawczego do Prawa zamówień publicznych nie znajduje uzasadnienia w wymogach prawa unijnego, ponieważ na poziomie europejskim jest zrozumienie co do tego, że nie da się „odgórnie” ustalić, w sposób bezwzględnie obowiązujący, przesłanek kwalifikowania zamówień jako mających znaczenie dla podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, ani proceduralnych aspektów dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Ponadto, niezależnie od treści rozporządzenia, każdorazowo zamawiający musi uwzględniać rygorystyczną interpretację unijną, od wielu lat zawężającą możliwość skorzystania z wyłączenia opartego na art. 346 TFUE. Zatem bez względu na treść wydawanego rozporządzenia, obowiązkiem zamawiającego jest dokonanie – względem każdego zamówienia w którym rozpatrywane jest zastosowanie art. 346 TFUE – szczegółowej analizy zasadności wyłączenia zamówienia z przepisów ustawy, uwzględniając w tym procesie wykładnię dokonywaną na poziomie europejskim. Z tych względów rozporządzenie wykonawcze okazuje się dokumentem jedynie niepotrzebnie formalizującym proces, ponadto nadmiernie go usztywniając. Powoduje to niezrozumiałą sytuację, w której przesłanki dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa niejako rozmijają się z celem przedmiotowego wyłączenia na poziomie prawa unijnego (sztywność rozporządzenia koliduje z uznanym przez instytucje europejskie brakiem możliwości jednoznacznego zdefiniowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa oraz okoliczności mu towarzyszących). Uchylenie delegacji ustawowej do wydania tego rozporządzenia należy w tych realiach odczytywać jako narzędzie deregulacji, skoro brak jest w prawie unijnym podstaw do wydania takowego rozporządzenia, a samo rozporządzenie niepotrzebnie formalizuje i usztywnia proces dokonywania oceny, jednocześnie w żaden sposób merytorycznie nie przyczyniając się do rzetelności i prawidłowości dokonywanej oceny. Pozostaje też w sprzeczności z istotą procesu dokonywania oceny w tak newralgicznym aspekcie jakim jest podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, ponieważ brak jest możliwości „sztywnego” ustalenia jednolitych reguł definiowania tego interesu i potrzeb z niego wynikających.

Brak wydania rozporządzenia wykonawczego przybliży proces dokonywania zamówień publicznych istotnych ze względu na podstawy interes bezpieczeństwa państwa do wymogów prawa unijnego zarówno w aspekcie formalnym (brak przesłanek w prawie unijnym do wydania rozporządzenia na poziomie rządowym) oraz merytorycznym (na poziomie prawa unijnego zgodzono się, że niemożliwe jest – nawet w formie dyrektywy unijnej – ustalanie zasad, trybu, sposobu itp. dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa).

## **b) Art. 12 ust. 2 Prawa zamówień publicznych**

Przy okazji konstruowania Prawa zamówień publicznych postanowiono dodatkowo zmodyfikować zasady wyłączenia od stosowania przepisów tej ustawy na potrzeby zamówień dotyczących art. 346 TFUE, wprowadzając ustawowe uregulowania odnośnie stosowania zasady proporcjonalności. Art. 4 pkt 5b poprzedniego PZP nie wprowadzał zasady proporcjonalności na poziom ustawowych regulacji, co było założeniem słusznym. Zasada proporcjonalności wywodzona jest z prawa unijnego i jest nieodłącznym elementem wdrażania (na gruncie zamówień publicznych) konsekwencji dokonania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, co prowadzi do niezastosowania przepisów ustawy.



Zgodnie z ukształtowanym w orzecznictwie założeniem, każde odstępstwo od norm unijnych musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności, tj. niestosowanie przepisów może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu zamówienia nie może być równie skutecznie osiągnięte za pomocą środków mniej ograniczających prawo unijne. Już sama treść tej zasady (oparta na mocno zindywidualizowanych uwarunkowaniach) wskazuje, że wszelkie próby jej odgórnego ustalenia mogą doprowadzić do całkowitego unicestwienia celu, jaki prawodawca unijny zamierzał osiągnąć treścią art. 346 TFUE.

Nie istnieje wymóg ustawowego uregulowania przedmiotowej kwestii, a samą zasadność takiego rozwiązania legislacyjnego należy poddać krytyce w oparciu o te same przyczyny, które podważają racjonalność ustawowego „doregulowywania” kwestii, które nie zostały w prawie unijnym bezpośrednio wskazane (zarówno ze względów formalnych, jak i merytorycznych), czyli wydawania ww. rozporządzenia wykonawczego. Również w tym kontekście istota zastosowania mechanizmu proporcjonalności nie może być odgórnie ustalana na potrzeby zamówień dotyczących art. 346 TFUE, co czyni formalizowanie tej kwestii w drodze postanowień ustawowych niezasadnym. Podobnie jak w przypadku ww. rozporządzenia wykonawczego, elementem każdego zamówienia, w którym dokonano pozytywnej oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa jest bezwzględna konieczność przeprowadzenia badania kwestii proporcjonalności przy przygotowywaniu zamówienia.

W szczególności nieracjonalność przyjętych rozwiązań widać na przykładzie zastosowanego ustawowego automatyzmu wynikającego z art. 12 ust. 2 zd. 3 Prawa zamówień publicznych – wystarczy skorzystać z mechanizmu ustawowej proporcjonalności ujętego w art. 12 ust. 2 zd. 1, aby pozbawić zamawiającego prawa wyłączenia przepisów dotyczących „stosowania przepisów działów IX i XI”. Problem w tym, że dział IX dotyczy środków ochrony prawnej (odwołania do Krajowej Izby Odwoławczej, skargi do sądu), a dział XI – kontroli udzielania zamówień (kontrola Prezesa Urzędu Zamówień publicznych). Z jednej strony słusznie zauważa się, że oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa nie może dokonać samodzielnie zamawiający (brak posiadania danych dotyczących wpływu zamówienia na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa – nie chodzi o interes zamawiającego, tylko interes państwowy) i wskazuje się poziom ministra jako organu właściwego do dokonania oceny, z drugiej – poprzez przepis art. 12 ust. 2 zd. 3 – kontrolę postępowania (w znaczeniu działu IX i XI) automatycznie powierzono podmiotom, które nie są wyspecjalizowane w aspektach bezpieczeństwa państwa (brak wiedzy – niejednokrotnie operacyjnej i przez to niejawnej, doświadczenia itp.) do zweryfikowania przyjętych założeń dotyczących występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mających przecież bezpośredni wpływ na zastosowanie zasady proporcjonalności.

### **c) Rola wewnętrznych regulacji resortowych w praktycznym stosowaniu art. 346 TFUE**

Wprowadzenie w życie ww. rozwiązań legislacyjnych w Prawie zamówień publicznych nie zastąpi dotychczas funkcjonujących regulacji resortowych poświęconych dokonywaniu zamówień, których dotyczy art. 346 TFUE. Proces dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa wykracza poza

samodzielne możliwości przygotowywania zamówienia przez zamawiającego. Podmiotem dokonującym oceny powinien być minister, a nie zamawiający. Bez względu na funkcjonowanie rozporządzenia wykonawczego, zarówno poprzednio (do dnia 31 grudnia 2020 r. kiedy przestało obowiązywać poprzednie PZP), jak i obecnie (od dnia 1 stycznia 2021 r.), będą musiały być wydane resortowe regulacje dotyczące trybu postępowania w zakresie dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, ponieważ problematyka ta wykracza poza możliwości i kompetencje zamawiającego (konieczność uwzględnienia danych i uwarunkowań znacznie wykraczających poza zakres właściwości zamawiającego).

Przykładowo, w Ministerstwie Obrony Narodowej, najbardziej zainteresowanym pozyskiwaniem sprzętu wojskowego w realiach wynikających z art. 346 TFUE, wydana została decyzja Nr 92/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. poz. 101 z późn. zm.). Doświadczenie pokazuje, że jest to pożądanym poziomem regulacji poświęconej ocenie występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (zapewnia niezbędną elastyczność, a jednocześnie zgodność z wymogami unijnymi tego procesu w ujęciu merytorycznym). Wydanie rozporządzenia wykonawczego nie zastąpi regulacji resortowych, a jedynie utrudni ich redakcję i negatywnie wpłynie na sam proces dokonywania oceny (nadmierny i nieuzasadniony wymogami unijnymi formalizm). Akt kierownictwa wewnętrznego w pełni zastępuje rozporządzenie wykonawcze, czyniąc je zbędnym. Z drugiej strony wydanie rozporządzenia nie uczyni takowej decyzji zbędną, natomiast treść decyzji będzie musiała uwzględniać nie tylko unijne wymogi, ale również – ustalone rozporządzeniem treści (decyzja ministra nie może kolidować z prawem powszechnie obowiązującym).

Zasada proporcjonalności również zapewniana była na poziomie resortowym (czego ponownie najlepszym przykładem było Ministerstwo Obrony Narodowej), dzięki wydaniu decyzji Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. poz. 265 z późn. zm.). Decyzja ta przenosiła na poziom regulacji resortowych podstawowe założenia zamówień publicznych (w tym w aspekcie unijnym), zapewniając funkcjonowanie mechanizmu proporcjonalności, przy jednoczesnym umożliwieniu sprawnego pozyskiwania sprzętu wojskowego, do którego nie miało zastosowanie poprzednie PZP. Podobna decyzja również będzie obecnie musiała być wydana, bez względu na to czy zasada proporcjonalności wynikać będzie z Prawa zamówień publicznych w obecnym kształcie (art. 12 ust. 2 oraz rozporządzenie wykonawcze), czy też nie.

#### **d) Ocena zasadności i konieczności proponowanych zmian legislacyjnych**

W powyższych okolicznościach uchylane przepisy jawią się jako swoista „nadregulacja” wynikająca z niewłaściwego interpretowania przepisów prawa unijnego, polegającego na dążeniu do „sztywnego” uregulowania w prawie krajowym kwestii, które nie zostały na poziomie prawa unijnego ustalone, a do czego również nie zobowiązano państw członkowskich w prawie unijnym. Dostrzegać i respektować należy wnioski wynikające z wykładni art. 346 TFUE na gruncie zamówień publicznych, ale te zobowiązany jest uwzględniać zamawiający niezależnie od

uchylanych przepisów Prawa zamówień publicznych. Niezasadne jest dalsze usztywnianie i ograniczanie możliwości stosowania art. 346 TFUE w zamówieniach publicznych za pomocą regulacji prawa krajowego powszechnie obowiązującego.

Zauważyć też należy, że tylko w odniesieniu do „podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa” przewidziano dodatkowe regulacje w formie rozporządzenia wykonawczego. Ani w poprzednim PZP, ani w Prawie zamówień publicznych nie zdecydowano się wprowadzić dodatkowego proceduralnego elementu w postaci rozporządzenia wykonawczego odnośnie do zamówień, wyłączanych z przepisów ustawy ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa. O ile można dokonywać rozróżnienia pomiędzy „istotnym”, a „podstawowym” interesem bezpieczeństwa państwa, to przyznać należy, że zarówno w jednym, jak i drugim przypadku dokonanie oceny interesu wykracza poza możliwości i kompetencje zamawiającego. Praktycznie żaden zamawiający nie będzie dysponował wiedzą w zakresie interesu „istotnego”, tak samo jak „podstawowego”, ponieważ dotyczą one newralgicznych aspektów funkcjonowania Państwa Polskiego, a nie jedynie jednostki organizacyjnej zamawiającego. Dziwi w tym zakresie wprowadzenie do poprzedniego PZP formy rozporządzenia wykonawczego odnośnie procedury dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, a całkowite pominięcie jej przy procedurze dokonywania oceny występowania istotnego interesu bezpieczeństwa państwa. Niekonsekwencja ta została utrzymana w Prawie zamówień publicznych, ponownie bez większego uzasadnienia merytorycznego. Taka sytuacja (kilkuletnie funkcjonowanie zamówień ważnych ze względu na istotny interes bezpieczeństwa państwa) bez dodatkowego formalizowania w drodze rozporządzenia wykonawczego jednoznacznie potwierdza brak zasadności dalszego utrzymania rozporządzenia wykonawczego na potrzeby zamówień ważnych ze względu na podstawowy interes bezpieczeństwa państwa. Wydaje się, że „podstawowy” interes bezpieczeństwa państwa powinien szczególnie mocno przemawiać za odformalizowaniem procesu jego oceny na rzecz merytorycznej analizy sytuacji, bezpośrednio w świetle wniosków wynikających z prawa unijnego w zakresie możliwości stosowania art. 346 TFUE.

## **II. Projektowane rozwiązania**

Projekt nowelizacji oparty jest na pierwotnych założeniach wynikających z prawa unijnego, jednocześnie przejmując z dotychczasowych regulacji pozytywne rozwiązania. Z tych względów zasadne jest pozostawienie w obrotach prawnym treści art. 12 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, która w zakresie pkt 2 stanowi – co do zasady – powielenie poprzedniego PZP (art. 4 pkt 5b). Wyraźniej też sygnalizuje, że wyłączenie procedury zamówienia z przepisów Prawa zamówień publicznych może mieć miejsce „w zakresie, w jakim ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa nie może zostać zagwarantowana w inny sposób, w szczególności z zastosowaniem przepisów działu VI” (zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa). Dział VI jest efektem transpozycji „dyrektywy obronnej” i słusznie wskazuje się na zasadność jego stosowania na zasadzie swoistego „pierwszeństwa”. Dopiero analiza zamówienia pozwoli dojść do wniosku, że nie może ono zostać skutecznie, z zastosowaniem działu VI, przeprowadzone, co uzasadnia wszczęcie procesu dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

## 1) Uchylenie art. 12 ust. 2 Prawa zamówień publicznych

Uchylony musi zostać natomiast przepis art. 12 ust. 2 Prawa zamówień publicznych, który od dnia 1 stycznia 2021 r. budzi poważne wątpliwości interpretacyjne co do jego obligatoryjności w zastosowaniu do każdego zamówienia, w stosunku do którego dokonana została pozytywna ocena występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa. Niestety obecna redakcja przepisu wskazuje na bezwzględny obowiązek każdorazowego jego stosowania (zgodnie z wykładnią celowościową), co pozostaje w sprzeczności z ideą proporcjonalności, która powinna być rozpatrywana indywidualnie w stosunku do każdego zamówienia i w zakresie niezbędnym ze względu na jego specyfikę. Takich wątpliwości nie można pozostawiać na gruncie zamówień, dotyczących podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa.

Ponadto prawodawca nie zauważył, że przedmiotową regulacją (w bezpośrednim połączeniu z literalnym brzmieniem art. 15 Prawa zamówień publicznych w tym zakresie) spowodował kolizję z ustawowymi uprawnieniami zamawiającego. Zgodnie z art. 37 ust. 1 Prawa zamówień publicznych, zamawiający przygotowuje i przeprowadza postępowanie o udzielenie zamówienia. Za przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia odpowiada kierownik zamawiającego (art. 52 ust. 1 Prawa zamówień publicznych). Z tych przepisów jednoznacznie wynika, że tylko i wyłącznie zamawiający jest podmiotem uprawnionym do podjęcia decyzji o słuszności zastosowania zasady proporcjonalności oraz jej zakresu – indywidualnie wobec każdego zamówienia. Żaden inny podmiot nie jest uprawniony do podejmowania tej decyzji, ponieważ niezbędne jest – na etapie analizowania zamówienia – ustalenie czy zamówienie – jako zamówienie mające związek z podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa – może być wykonane zgodnie z przepisami Prawa zamówień publicznych. O ile zamawiający nie jest w stanie samodzielnie zdefiniować podstawowego (istotnego zresztą również) interesu bezpieczeństwa państwa, o tyle posiada wiedzę i doświadczenie niezbędne do dokonania oceny, czy tego rodzaju zamówienie może być dokonane z wyłączeniem całkowitym lub częściowym przepisów ustawy. Tylko fachowa znajomość reguł rządzących zamówieniami publicznymi może pomóc w podjęciu tej decyzji. Całkowicie niezasadne jest zatem założenie, że w rozporządzeniu wykonawczym można narzucić zamawiającemu (jednocześnie wobec wszystkich zamówień jakie mogą być realizowane w zakresie podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa) „sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy”, który miał być w rozporządzeniu wykonawczym jednocześnie i w sposób powszechnie obowiązujący ustalony (zgodnie z treścią delegacji ustawowej zawartej w art. 15 Prawa zamówień publicznych). Jedynie zamawiający, mając świadomość przedmiotu zamówienia i towarzyszących mu okoliczności (bezpieczeństwo dostaw itp.) posiada niezbędną wiedzę i doświadczenie do podjęcia decyzji, czy zastosowanie przepisów Prawa zamówień publicznych nie uniemożliwi realizacji zamówienia zgodnie z zakładanym celem (zarówno na etapie prowadzenia postępowania o zamówienie, jak i wykonania umowy). Regulacja art. 12 ust. 2 jest zatem nie tylko zbędna w rozumieniu braku konieczności jej ujęcia w polskim prawie i nadmiernie formalizująca proces (nadregulacja), ale przede wszystkim – koliduje z uprawnieniami zamawiającego, który związany byłby sposobem działania w tym zakresie przez podmiot nie posiadający wiedzy i doświadczenia z praktycznego stosowania przepisów Prawa zamówień publicznych.

## **2) Uchylenie art. 15 Prawa zamówień publicznych**

W świetle powyższych okoliczności rezygnuje się całkowicie z ujmowania w Prawie zamówień publicznych delegacji ustawowej do wydania rozporządzenia Rady Ministrów określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia.

Jak to zostały wyżej wskazane, brak jest konieczności do wydania przedmiotowego rozporządzenia, z prawa Unii Europejskiej nie wynika obowiązek jego wydania, a zakres który miałby być unormowany przedmiotowym rozporządzeniem jest zbędny (brak potrzeby formalizowania procedury w drodze aktu prawa powszechnie obowiązującego), a w zakresie obejmującym „sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy” również sprzeczny z ustawowymi uprawnieniami zamawiającego (merytorycznie uzasadnionymi, bazującymi na wiedzy i praktycznym stosowaniu procedur zamówień publicznych).

Praktyka pokazała też, że – mimo wydania rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa – konieczne było uregulowanie materii ujętej w rozporządzeniu wykonawczym w aktach kierownictwa wewnętrznego. Nie ma zatem żadnej zasadności dublowania regulacji, skoro obydwie opierają się na wnioskach wynikających z art. 346 TFUE.

## **3) Zmiana art. 97 przepisów wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych**

Modyfikacja przepisu art. 97 ustawy Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych jest konsekwencją usunięcia z przepisów Prawa zamówień publicznych delegacji do wydania rozporządzenia wykonawczego do art. 15 Prawa zamówień publicznych.

## **4) Zmiana art. 8 ust. 1 ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa**

Modyfikacja przepisu art. 8 ust. 1 ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa jest konsekwencją usunięcia z przepisów Prawa zamówień publicznych delegacji do wydania rozporządzenia wykonawczego do art. 15 Prawa zamówień publicznych, do której znajduje się obecnie odwołanie w zmienianej jednostce redakcyjnej ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa.

### **III. Przewidywane skutki społeczne, gospodarcze, finansowe i prawne**

Projektowana regulacja nie będzie miała wpływu na skutki prawne. Może jednak odnieść pozytywny efekt na skutki społeczne, gospodarcze i finansowe. Jako rozwiązanie z natury deregulacyjnej, projekt spowoduje przyspieszenie i usprawnienie procedur pozyskiwania sprzętu wojskowego z wykorzystaniem potencjału polskiego przemysłu obronnego. Przyczynić się to powinno do utrzymania i rozwoju zdolności przemysłowych niezbędnych Państwu Polskiemu na potrzeby reagowania kryzysowego (w tym stanu wojny), a jednocześnie doprowadzi do polepszenia sytuacji rodzimych przedsiębiorców oraz pracowników sektora zbrojeniowego.

Termin wejścia w życie projektowanej ustawy (1 stycznia 2022 r.) powiązany jest bezpośrednio ze skutkami wynikającymi z art. 97 ustawy z dnia 11 września 2019 r. Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych, na mocy którego rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa definitywnie przestanie obowiązywać z dniem 31 grudnia 2021 r. Tym samym z dniem 31 grudnia 2021 r. definitywnie zostanie zakończony okres przejściowy na potrzeby procesu dokonywania oceny zamówień kwalifikowanych jako podstawowy interes bezpieczeństwa państwa. Wejście w życie projektowanej regulacji z dniem 1 stycznia 2022 r. zapewni niezbędną płynność realizowanych zadań, wskutek zlikwidowania ograniczeń formalnych, które nie są niezbędne dla rzetelnego dokonywania oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa na potrzeby zamówień dotyczących sprzętu wojskowego. Zmiana filozofii dokonywania przedmiotowej oceny jaka miała się dokonać poprzez zakończenie ww. okresu przejściowego spowodowała ten skutek, że dotychczasowe procesy dokonywania oceny musiały zostać zakończone do dnia 31 grudnia 2021 r. Z tych względów szybkie wejście w życie projektowanej ustawy zapewni niezbędną ciągłość działalności w zakresie pozyskiwania sprzętu wojskowego, umożliwiając dokonywanie oceny zadań od dnia 1 stycznia 2022 r. bez zbędnych ograniczeń formalnych narzuconych uchylanymi regulacjami, a więc na dotychczasowych zasadach opartych na bezpośrednim stosowaniu prawa unijnego, tj. art. 346 TFUE (z uwzględnieniem orzecznictwa i interpretacji tego przepisu dokonywanej przez instytucje unijne).

### **IV. Źródła finansowania**

Projektowana regulacja nie będzie miała wpływu na zmianę dochodów i wydatków sektora finansów publicznych, w tym budżet państwa i budżety jednostek samorządu terytorialnego, ponieważ projektowane rozwiązania dotyczą jedynie rozwiązań proceduralnych o charakterze deregulacyjnym.

### **V. Oświadczenie o zgodności projektu ustawy z prawem Unii Europejskiej i braku obowiązku przedstawienia projektu instytucjom Unii Europejskiej**

Projekt ustawy jest zgodny z prawem Unii Europejskiej.

Przedmiotowy projekt stanowi korektę przepisów wywodzonych z prawa Unii Europejskiej wyrażonego w brzmieniu w art. 346 TFUE. Nie wchodzi swoją materią w zakres „dyrektywy obronnej” (motyw 16 preambuły oraz art. 2 dyrektywy) oraz dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z dnia 26 lutego 2014 r. w

sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE (art. 1 ust. 3), jako dyrektyw nie ingerujących w środki, które mogą być podejmowane do ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, o którym mowa w art. 346 TFUE.

Projekt nie koliduje też z zasadami prowadzenia postępowań, w których jedynie częściowo zastosowanie będzie znajdował art. 346 TFUE, ponieważ stricte dotyczy jedynie procesu dokonywania oceny występowania podstawowego interesu publicznego. Pozostałe prace analityczne dotyczące zasadności wyłączenia lub częściowego zastosowania Prawa zamówień publicznych (w tym w zamówieniach mieszanych) będzie prowadził zamawiający stosownie do obowiązujących w tym zakresie wymogów.

#### **VI. Oświadczenie o notyfikacji zgodnie z przepisami dotyczącymi funkcjonowania krajowego systemu notyfikacji norm i aktów prawnych**

Projekt ustawy nie wymaga przedstawienia właściwym organom i instytucjom Unii Europejskiej w tym Europejskiemu Bankowi Centralnemu, w celu uzyskania opinii, dokonania powiadomienia, konsultacji lub uzgodnienia.

#### **VII. Konsultacje społeczne**

Nad projektem ustawy nie prowadzono konsultacji społecznych.

#### **VIII. Zgodność z Konstytucją RP**

Projekt stanowi urzeczywistnienie ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa wynikającego z art. 346 TFUE. Nie jest bezpośrednio objęty materia Konstyucji RP, ale wpisuje się w zapewnienie służbom porządkowym (w szczególności Siłom Zbrojnym RP) możliwości realizacji działań ukierunkowanych na ochronę niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa (w tym nienaruszalności granic państwowych).

#### **IX. Założenia projektów aktów wykonawczych**

Projekt nie powoduje obowiązku wydania aktów wykonawczych.

Warszawa, 23 listopada 2021 r.

BAS-WAPM-2773/21

Pani  
Elżbieta Witek  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej Polskiej

*DS. 1120. 668.21 (2)  
24.11.2021r.*

**Opinia w sprawie zgodności z prawem Unii Europejskiej poselskiego projektu ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Radosław Fogiel)**

Na podstawie art. 34 ust. 9 uchwały Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 30 lipca 1992 roku – Regulamin Sejmu Rzeczypospolitej Polskiej (Monitor Polski z 2021 r. poz. 483, ze zm.) sporządza się następującą opinię:

**1. Przedmiot projektu ustawy**

Poselski projekt ustawy zmierza do nowelizacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.; dalej: PZP). Zmiany polegają na uchyleniu art. 12 ust. 2 i art. 15 PZP. Pierwszy z uchylanych przepisów przewiduje możliwość stosowania przepisów PZP do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE), pomimo wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 pkt 2 PZP. Drugi z uchylanych przepisów zawiera delegację dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TfUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia.

Przewidziana w projekcie zmiana w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020, ze zm.) jest konsekwencją powyższych zmian. Nowelizowany przepis dotyczy czasowego utrzymania w mocy niektórych aktów wykonawczych



wydanych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.).

Zmiana ustawy z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2021 r. poz. 1643) również jest konsekwencją zmian zaproponowanych w PZP.

Ustawa ma wejść w życie z dniem 1 stycznia 2022 r.

## **2. Stan prawa Unii Europejskiej w materii objętej projektem ustawy**

Analiza zgodności z prawem UE proponowanego rozwiązania prawnego powinna uwzględniać art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE). Zgodnie z art. 346 ust. 1 lit b TfUE Traktaty nie stanowią przeszkody w tym, by każde państwo członkowskie mogło 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. Przepis art. 346 ust. 2 TfUE stanowi, że Rada może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 r. listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 lit. b tegoż artykułu. Lista ta została przyjęta w formie decyzji Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., która podlegała notyfikacji państwom członkowskim, natomiast nie dotyczył jej obowiązek publikacji. Została ona ujawniona w skróconej postaci w odpowiedzi na interpelację członka Parlamentu Europejskiego dnia 20 czerwca 2001 r.

Należy również przywołać dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76, ze zm.; dalej: dyrektywa 2009/81).

## **3. Analiza przepisów projektu pod kątem ustalonego stanu prawa Unii Europejskiej**

Zgodnie z art. 2 dyrektywy 2009/81, z zastrzeżeniem art. 30<sup>1</sup>, 45<sup>2</sup>, 46<sup>3</sup>, 55<sup>4</sup> i 296<sup>5</sup> TfUE, dyrektywę stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

---

<sup>1</sup> Obecnie art. 36 TfUE. Zgodnie z tym przepisem zakaz stosowania ograniczeń ilościowych w przywozie i wywozie towarów oraz wszelkich środków o skutku równoważnym między państwami członkowskimi nie stanowi przeszkody w stosowaniu zakazów lub ograniczeń przywozowych, wywozowych lub tranzytowych uzasadnionych względami m.in. porządku publicznego i bezpieczeństwa publicznego. Zakazy te i ograniczenia nie powinny jednak

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.

Zgodnie z art. 4 dyrektywy instytucje/podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.

Znaczenie przywołanego wyżej zastrzeżenia z art. 2 dyrektywy 2009/81 jest wyjaśnione w preambule do dyrektywy. Zgodnie z preambułą, TfUE przewiduje w art. 36, art. 51, art. 52, art. 62 i art. 346 szczególne wyjątki od stosowania ustalonych zasad, a w konsekwencji od stosowania prawa wynikającego z tych zasad. W związku z tym żaden przepis dyrektywy 2009/81 nie powinien zabraniać nakładania ani stosowania środków, które byłyby konieczne do ochrony interesów uznanych za uzasadnione przez wyżej wymienione postanowienia TfUE. Oznacza to w szczególności, że udzielanie zamówień objętych zakresem stosowania dyrektywy 2009/81 może podlegać wyłączeniu, jeżeli jest uzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego lub konieczne dla 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 dyrektywy 2009/81 nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich. Jednakże możliwość zastosowania takich

---

stanowiąc środka arbitralnej dyskryminacji ani ukrytych ograniczeń w handlu między państwami członkowskimi.

<sup>2</sup> Obecnie art. 51 TfUE. Zgodnie z tym przepisem, zasada swobody przedsiębiorczości nie ma zastosowania do działalności, która w jednym z państw członkowskich jest związana, choćby przejściowo, z wykonywaniem władzy publicznej.

<sup>3</sup> Obecnie art. 52 TfUE. Zgodnie z tym przepisem, traktatowe postanowienia dotyczące swobody przedsiębiorczości nie przesądzają o zastosowaniu przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych przewidujących szczególne traktowanie cudzoziemców, uzasadnione m.in. względami porządku publicznego lub bezpieczeństwa publicznego.

<sup>4</sup> Obecnie art. 62 TfUE. Zgodnie z tym przepisem, przewidziane w art. 51 i 52 TfUE ograniczenia swobody przedsiębiorczości mają zastosowanie także do zasady swobody świadczenia usług.

<sup>5</sup> Obecnie art. 346 TfUE.

wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane artykuły pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie dyrektywy musi być zarazem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług (motywy 16 i 17 preambuły).

Jak wynika z noty wyjaśniającej dotyczącej zakresu zastosowania dyrektywy 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wystosowanej przez Dyрекcję Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług<sup>6</sup>, zdefiniowanie swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa jest wyłącznym obowiązkiem państw członkowskich. Jeżeli państwo członkowskie zamierza w oparciu o art. 346 TfUE udzielić zamówienia objętego postanowieniami dyrektywy 2009/81 bez przestrzegania wymogów proceduralnych w niej określonych, musi zagwarantować, że wybrany środek – na przykład bezpośrednie udzielenie zamówienia konkretnemu producentowi – jest niezbędne w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa. Decyzja o zastosowaniu art. 346 TfUE musi zatem opierać się na jednostkowej ocenie każdego przypadku, która określa zagrożone podstawowe interesy bezpieczeństwa oraz ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, tj. niezastosowania dyrektywy, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TfUE. W takich przypadkach dane państwo członkowskie musi zapewnić, i w razie konieczności udowodnić, że konkretny zastosowany środek jest obiektywnie właściwy dla ochrony określonych istotnych interesów bezpieczeństwa oraz, że w zakresie jakościowym i ilościowym nie wykracza poza to co jest ściśle konieczne w tym celu. Wynika z tego, że procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie 2009/81 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 przypadków.

Propozycja uchylenia art. 12 ust. 2 i art. 15 PZP prowadzi do uchylenia podstawy prawnej do wydania przepisów wykonawczych określających tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TfUE. Eliminuje także możliwość ograniczonego stosowania

---

<sup>6</sup> <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15407/attachments/1/translations/en/renditions/pdf> (dostęp 23.11.2021 r.).

przepisów PZP do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TfUE.

Dyrektywa implementowana jest przez przepisy art. 395 i n. w zw. z art. 12 ust. 1 pkt 2 PZP. Uchylane przepisy nie stanowią bezpośredniej implementacji dyrektywy 2009/81. Niemniej należy zauważyć, że ich celem było „zapewnienie właściwego postępowania, zapobiegającego nadużywaniu wyłączenia z art. 346 TfUE poprzez wydanie przepisów wykonawczych do ustawy”, co miało wzmacniać „prawidłowe zastosowanie przepisów traktatowych”<sup>7</sup>. Proponowane zmiany nie są zatem sprzeczne z art. 346 TfUE ani z dyrektywą 2009/81, mogą jednak prowadzić do podejmowania działań niezgodnych z tymi przepisami, a także utrudnić wykazanie prawidłowości odstąpienia od stosowania przepisów dyrektywy 2009/81 w związku z powołaniem się na art. 346 TfUE.

#### **4. Konkluzja**

Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw nie jest sprzeczny z prawem Unii Europejskiej.

Autor:

**Bartosz Pawłowski**

ekspert ds. legislacji

Biuro Analiz Sejmowych

Akceptował:

Dyrektor

Biura Analiz Sejmowych

*Sobolewski*

Przemysław Sobolewski

---

<sup>7</sup> Zob. uzasadnienie projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych (druk nr 3624, VIII kadencja Sejmu).

Warszawa, 23 listopada 2021 r.

BAS-WAPM-2774/21

Pani  
Elżbieta Witek  
Marszałek Sejmu  
Rzeczypospolitej Polskiej

DS. 1120.668.21  
24.11.2021r.

**Opinia w sprawie stwierdzenia, czy poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (przedstawiciel wnioskodawców: poseł Radosław Fogiel) jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej w rozumieniu art. 95a regulaminu Sejmu**

Poselski projekt ustawy zmierza do nowelizacji ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2021 r. poz. 1129, ze zm.; dalej: PZP). Zmiany polegają na uchyleniu art. 12 ust. 2 i art. 15 PZP. Pierwszy z uchylanych przepisów przewiduje możliwość stosowania przepisów PZP do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (dalej: TfUE), pomimo wyłączenia przewidzianego w art. 12 ust. 1 pkt 2 PZP. Drugi z uchylanych przepisów zawiera delegację dla Rady Ministrów do wydania rozporządzenia określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania środków zapewniających ochronę tego interesu, ocenę proporcjonalności środków stosowanych do zapewnienia ochrony tego interesu oraz podmiot właściwy do kwalifikacji zadań, jako zadań o podstawowym znaczeniu dla interesu bezpieczeństwa państwa, sposób określania zakresu stosowania w procedurze udzielenia zamówienia przepisów ustawy, z uwzględnieniem obowiązku zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TfUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego w cyklu życia.

Przewidziana w projekcie zmiana w ustawie z dnia 11 września 2019 r. – Przepisy wprowadzające ustawę – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2020, ze zm.) jest konsekwencją powyższych zmian. Nowelizowany przepis dotyczy czasowego utrzymania w mocy niektórych aktów wykonawczych wydanych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843, ze zm.).

Zmiana ustawy z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2021 r. poz. 1643) również jest konsekwencją zmian zaproponowanych w PZP.

Projekt nie zawiera przepisów mających na celu wykonanie prawa Unii Europejskiej.

Poselski projekt ustawy o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw **nie jest projektem ustawy wykonującej prawo Unii Europejskiej** w rozumieniu art. 95a regulaminu Sejmu.

Autor:

**Bartosz Pawłowski**

ekspert ds. legislacji

w Biurze Analiz Sejmowych

Akceptował:

Dyrektor

Biura Analiz Sejmowych

*Sobolewski*  
Przemysław Sobolewski