

# Wszczęcie i prowadzenie postępowania w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Ogłoszenia, OPZ i inne wymogi dotyczące realizacji procedury i udzielenia zamówienia

AGNIESZKA ZABOROWSKA

**W** dniu 13 lipca 2009 r. Parlament Europejski i Rada przyjęły dyrektywę obronną 2009/81/WE.<sup>1</sup> Do polskiego systemu zamówień publicznych przepisy unijne zostały wdrożony z dniem 20 lutego 2013 r.<sup>2</sup> Regulacje w tym zakresie objęły głównie nowododany rozdział 4a w dziale III dotychczasowej ustawy.<sup>3</sup> Od dnia 1 stycznia 2021 r. nowa ustawa<sup>4</sup> odrębności dla zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa określa w dziale VI. Sprawdzamy czy zmianie uległy wybrane elementy dokumentacji zamówienia takie jak: ogłoszenia, OPZ, przesłanki do wykluczenia, komunikacja oraz zaliczka.

## WSTĘPNE OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU

**Art. 402** Jednym z pierwszych dokumentów, z którego wykonawcy mogą dowiedzieć się o planach zakupowych zamawiających w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – jest opublikowane wstępne ogłoszenie informacyjne. Zamawiających może przekazać Urzędowi Publikacji UE lub zamieścić w profilu nabywcy takie ogłoszenie o zamówieniach lub umowach ramowych planowanych do udzielenia – dopiero po uchwaleniu planu finansowego. W przypadku zamawiających, którzy nie sporządzają planu finansowego – taką publikację można wykonać raz w roku. Dotyczy to postępowań prowadzonych w trybach konkurencyjnych, tj.: trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem albo dialogu konkurencyjnego. Zakres danych zawartych we wstępnym ogłoszeniu określa wprost nowe Pzp, w art. 402 ust. 2.

**Art. 399** **Warto pamiętać, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa wszystkie ogłoszenia są przekazywane do publikacji Urzędowi Publikacji UE. Są one dostępne, jak dotychczas, na stronie internetowej: [www.simap.europa.eu](http://www.simap.europa.eu).**

## OPIS PRZEDMIOT ZAMÓWIENIA

**Art. 400** Wśród kolejnych czynności – poprzedzających wszczęcie oficjalnego postępowania – jest określenie potrzeb zakupowych zamawiającego. Przystępując do opis przedmiotu zamówienia zamawiający musi się kierować zasadami właściwymi dla zamówień klasycznych, czyli regułami określonymi w art. 99 i 103 Pzp. Należy jednak pamiętać o odrębnościach specyficznych dla sektora obronności i bezpieczeństwa, na które wskazuje obszerny przepis art. 400 Pzp. Regulacja ta stanowi implementację dyrektywy obronnej i można stwierdzić, że stanowi jej wierną kopię.

Opisu przedmiotu zamówienia może dokonać w jeden z czterech następujących sposobów:

1. Wskazanie cech materiałów, produktu lub usługi. Wykaz tych cech został określony w art. 102, a kolejność zastosowania w art. 400 ust. 1 pkt 1) Pzp.
2. Wskazanie wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności, w tym wymagań środowisko-

<sup>1</sup> Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13.07.2009 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., str. 76, z późn. zm.), dalej: „dyrektywa obronna”.

<sup>2</sup> Do dnia 19.02.2013 r. udzielanie zamówień dla wojska odbywało się w oparciu o przepisy Kodeksu cywilnego.

<sup>3</sup> Ustawa z dnia 29.01.2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2019 r. poz. 1843).

<sup>4</sup> Ustawa z dnia 11.09.2019 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. poz. 2019 r.), dalej: „Pzp”.

wych. Parametry muszą być na tyle precyzyjne, aby wykonawcy mogli zdefiniować przedmiot zamówienia, a sam zamawiający doprowadzić do celu wszczęcia procedury zakupowej, czyli udzielić zamówienia.

3. Jeżeli współczynniki wydajności lub funkcjonalności nie są dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić wykonawcom ustalenie przedmiotu zamówienia – to OPZ musi odnosić się dodatkowo do norm europejskich, ocen technicznych, specyfikacji technicznych i systemów referencji technicznych.
4. Odniesienie się do norm, europejskich ocen technicznych i specyfikacji oraz systemów technicznych i jednocześnie do wymagań dotyczących wydajności lub funkcjonalności.

Specyfika zamówień w tych dziedzinach przemawiała za otwartym i konkurencyjnym procesem zakupowym. Jeżeli OPZ odnosi się do norm europejskich, międzynarodowych lub krajowych, w tym norm właściwych dla dziedziny obronności – to w takim przypadku zamawiający zobowiązani są dopuścić rozwiązania równoważne (art. 400 ust. 3 nowego Pzp).

**Art. 403** Zamawiający może również dopuścić oferty wariantowe określając ich minimalne wymagania i kryteria oceny oferty.

**Art. 416** **Charakterystyczność tego sektora uzasadnia również sytuację, w której uzyskanie opisu przedmiotu zamówienia lub innych elementów dokumentacji – będzie wiązało się ze złożeniem wniosku o ich udostępnienie, a nawet dodatkową opłatą. Może zdarzyć się bowiem tak, że specyfikacja warunków zamówienia lub opis potrzeb i wymagań będzie w posiadaniu innego podmiotu niż sam zamawiający.**

#### SPECYFICZNA FORMA KOMUNIKACJI

**Art. 401** Wobec wielu odmienności przewidzianych dla omawianego typu zamówień – nie dziwi fakt, iż również w zakresie sposobu komunikowania się zamawiającego i wykonawców występuje wiele wyjątków względem klasycznych procedur.

**Przede wszystkim to zamawiający decyduje jaką formę komunikacji preferuje. Może wybrać z następujących sposobów: za pośrednictwem operatora pocztowego, w rozumieniu przepisów o pra-**

**wie pocztowym, osobiście, przez posłańca, przy użyciu faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.**

Zgłoszenie wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może nastąpić nawet telefonicznie przed upływem terminu składania tychże wniosków. W takiej sytuacji potwierdzenie złożenia wniosku zostanie wysłane do zamawiającego, przed upływem terminu, i zostanie zamawiającemu doręczone nie później niż w terminie 14 dni od daty upływu terminu składania wniosków.

Zamawiający może jednak wymagać, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, składane przy użyciu faksu, były potwierdzane za pośrednictwem operatora pocztowego lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Termin takiego potwierdzenia określa zamawiający.

Ofertę, wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie dotyczące spełniania warunków udziału w postępowaniu i braku podstaw do wykluczenia – składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w formie elektronicznej.

#### WYKLUCZENIE WYKONAWCY

**Art. 405**

Wykonawcy biorący udział w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa podlegają odmiennej weryfikacji niż wykonawcy składający oferty w procedurach klasycznych.

**W zamówieniach obronnych katalog przesłanek wykluczenia został podzielony na badanie obowiązkowe i dodatkowe, o ile takowe zostało przewidziane wcześniej przez zamawiającego.**

**Art. 108** Co do zasady w omawianym typie zamówień publicznych znajduje zastosowanie katalog obowiązkowych przesłanek wykluczenia właściwy dla zamówień klasycznych, określony w art. 108 Pzp. Wyjątkiem są zamówienia na usługi niepriorytetowe wskazane w załączniku II do dyrektywy obronnej (art. 398 Pzp).

**Art. 109** W zakresie fakultatywnych podstaw wykluczenia wykonawców w zamówieniach obronnych Pzp odwołuje się przede wszystkim do fakultatywnych podstaw wykluczenia przyjętych dla regulacji klasycznych w art. 109 Pzp.

**Dodatkowo, sformułowano obszerny katalog przesłanek odnoszący się do wiarygodności zachowania bezpieczeństwa informacji oraz bezpieczeństwa dostaw.**

**Art. 405 ust. 2** W tym zakresie, zamawiający może przewidzieć, iż wykluczeniu będą podlegać wykonawca (w niektórych przypadkach nieprawidłowości dotyczą m.in. wspólników, członków zarządu, rady nadzorczej, prokurenta) w stosunku do którego:

1. Podjęto decyzję o cofnięciu poświadczenia bezpieczeństwa.
2. Ustalono naruszenie zobowiązania w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw (w tym w związku z wykonaniem, niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zamówienia). W tych przypadkach wykluczenie następuje, jeżeli nie upłynęło 5 lat od stwierdzenia naruszenia.
3. Uznano wykonawcę za nieposiadającego wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla obronności lub bezpieczeństwa państwa, także w inny sposób niż w drodze wydania decyzji o cofnięciu świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego.
4. Siedziba albo miejsce zamieszkania znajduje się w innym państwie niż: państwo członkowskie UE, EOG lub państwie, z którym UE lub Polska zawarły umowę międzynarodową, dotyczącą zamówień obronnych (oczywiście, o ile zamawiający tak zawęził krąg wykonawców, do czego na prawo).

**Art. 405 ust. 8** Należy pamiętać o specyfice tej branży, kolejnym przejawem uwidocznionym w Pzp jest możliwość odstąpienia przez zamawiającego od odrzucenia wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub oferty wykonawcy, w stosunku do którego zachodzą podstawy wykluczenia – jeżeli stosowne zastrzeżenie zostało przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu. Jednocześnie za skorzystaniem z takiej możliwości musi stać interes ogólny.

**Użyte sformułowanie „interes ogólny” jest wyjątkowo nieprecyzyjne i z całą pewnością będzie rodzić wiele interpretacyjnych.**

Kolejna wątpliwość autora oraz praktyków stosujących przepisy o zamówieniach publicznych jest taka, iż takie rozwiązanie prawne budzi wątpliwości co do

jego zgodności z przepisami unijnymi<sup>5</sup>, z których wynika, że popełnienie czynów przestępczych lub zabronionych powoduje konieczność wykluczenia o wykonawcy z dostępu do zamówienia i nie istnieje w tym zakresie inny interes, który mógłby mieć wpływ na taką decyzję.<sup>6</sup>

Ostatnia uwaga w tym zakresie jest taka, że skoro warunkiem do zastosowania tej możliwości jest stosowne zastrzeżenie przewidziane w ogłoszeniu o zamówieniu – to nie w każdym przypadku zastosowanie będą miały wszystkie przesłanki wykluczenia, w tym również te oznaczone jako obligatoryjne. Finalnie, informacji o tym za jakie naruszenia wykonawca będzie podlegał wykluczenia – należy szukać w treści ogłoszenia o zamówieniu.

## ZALICZKI **Art. 420**

W dokumentacji zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, podobnie jak w przypadku regulacji klasycznych, można przewidzieć udzielanie zaliczek. Nie stosuje się przy tym zasad dotyczących zaliczek właściwych dla zamówień klasycznych, o których mowa w art. 442 ust. 1 i 2 Pzp<sup>7</sup>. Natomiast pozostałe regulacje (czyli art. 442 ust. 3–6 oraz art. 443) – tak, stosuje się.

Odnosząc się tylko do odrębności tej instytucji w sektorze obronnym wskazać należy, że to niewątpliwie korzystne wsparcie finansowe wykonawcy jest możliwe w ściśle określonych sytuacjach, tj.:

1. Możliwość taka została przewidziana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w dokumentach zamówienia.
2. Wykonawca został wybrany w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo zamówienia z wolnej ręki. W tych przypadkach – zasady udzielania zaliczek muszą być określone w zaproszeniu do negocjacji i pozostawać niezmiennie w toku realizacji umowy w sprawie zamówienia. Jedną z takich ustawowych zasad wskazuje, że wysokość jednorazowej zaliczki nie może przekraczać 33% wartości wynagrodzenia wykonawcy. Wypłata zaliczki może jednak następować w ramach mnogiej ilości

<sup>5</sup> Niezgodność z przepisem art. 39 ust. 1 dyrektywy obronnej oraz art. 57 (1) i (2) dyrektywy klasycznej.

<sup>6</sup> Tak: M. Lechna-Marchewka, Komentarz do art. 405 Pzp, [w:] *Nowe Pzp żywy komentarz*, pub.el.

<sup>7</sup> Wynika to wprost z wyłączenia, o którym mowa w art. 395 ust. 1 pkt 2 Pzp.

transz, nie musi ona wystąpić jednorazowo (warunkiem jest jednak, aby w danym momencie jej wysokość nie przekroczyła 33% wynagrodzenia wykonawcy).

**Udzielenie kolejnej zaliczki jest możliwe wyłącznie, jeżeli wykonawca poprzednio udzielał zaliczki lub wykaze, że zaangażował całość środków w zakresie wartości poprzednio udzielanych zaliczek. Druga możliwość to rozszerzenie dopuszczalność udzielania kolejnych zaliczek w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa w stosunku do możliwości przewidzianych dla zamówień klasycznych. Ocena wiarygodności działań finansowych wykonawcy spoczywa na zamawiającym.**

#### CZAS REALIZACJI ZAMÓWIENIA PUBLICZNEGO

Art. 421 ust. 3

**Zamawiający może zawrzeć umowę w sprawie zamówienia publicznego na okres dłuższy niż standardowy czteroletni.**

Musi być to jednak uzasadnione interesem publicznym, jeżeli wykonanie zamówienia w dłuższym okresie spowoduje oszczędności kosztów realizacji zamówienia w stosunku do okresu czteroletniego lub wynika to z programu rozwoju Sił Zbrojnych. Zgodnie z wykładnią pojęcia „interes publiczny” dokonaną przez Trybunał Konstytucyjny interesem publicznym jest korzyści uzyskiwane w wyniku realizacji przedsięwzięć służących ogółowi w zakresie zadań ciężących na administracji rządowej oraz samorządowej, realizowanych w drodze świadczenia usług powszechnie dostępnych, związanych np. z ochroną zdrowia, oświaty, kultury czy porządku publicznego.<sup>8</sup> Pojęcie to zostało zdefiniowane również przez składy orzekające KIO. Tytułem przykładu: „potrzeba ogółu, określonej społeczności czy grupy mieszkańców, grupy zawodowej, charakteryzującej się wspólną cechą”.<sup>9</sup>

W takim przypadku, co do zasady, zamawiający przechowuje dokumentację postępowania w całym okresie obowiązywania umowy.

#### TERMIN ZAWARCIA UMOWY Art. 421 ust. 1 i 2

Po wyborze oferty najkorzystniejszej zamawiający musi wstrzymać się z zawarciem umowy przez okres 10 lub 15 dni – w zależności od tego w jakiej formie przekazał zawiadomienie o wyborze oferty najkorzystniejszej. Pierwszy termin odnosi się do użycia środków komunikacji elektronicznej (w tym również faksu – czego nie przewiduje procedura zamówień kla-

sycznych), drugi do każdego innego sposobu. Okres ten to zapewnienie, aby wykonawcy dysponowali czasem wystarczającym na skuteczne odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia podjętych przez instytucje zamawiające.

Na zasadzie wyjątku, zamawiający może zawrzeć umowę bez zachowania minimalnego okresu oczekiwania, w dwóch przypadkach:

1. W postępowaniu prowadzonym w trybie przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem lub dialogu konkurencyjnego złożono tylko jeden wniosek lub jedną ofertę, a jednocześnie upłynął termin do wniesienia odwołania na czynność odrzucenia wniosku albo w następstwie wniesienia odwołania KIO ogłosiła wyrok lub postanowienie kończące postępowanie odwoławcze.
2. Umowa dotyczy zamówienia udzielanego w trybie negocjacji bez ogłoszenia albo na podstawie umowy ramowej.

#### RAPORT Z REALIZACJI Art. 421 ust. 5

**O wykonaniu zamówienia publicznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa – zamawiający informuje Prezesa UZP.**

Informacja powinna być przekazana w terminie 30 dni od dnia wykonania umowy. Zakres zawiadomienia o realizacji określa nowe Pzp, przykładowo są to elementy takie jak: ocena czy zamówienie publiczne zostało zrealizowane należycie i czy przy wykonawstwie brali udział podwykonawcy.

<sup>8</sup> Uchwała Trybunału Konstytucyjnego z dnia 12 marca 1997 r., W 8/96; OTK 1997/1/15.

<sup>9</sup> Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z dnia 8 kwietnia 2008 r., Sygn. akt: KIO/UZP 262/08.



#### AGNIESZKA ZABOROWSKA

Adwokat, założyciel Kancelarii Adwokackiej Zaborowska. Specjalizująca się w procesie udzielania i realizacji zamówień publicznych, głównie w zakresie takich branż jak: budownictwo, IT, energetyka, sektor medyczny oraz edukacja. Ekspert w zakresie warunków kontraktowych FIDIC. Autorka wielu publikacji dotyczących zamówień publicznych.