

**Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa
- aspekty praktyczne**

**© Copyright by
Oddział Prawny Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych. Opracowanie
i redakcja radca prawny Jan PAWLICZKO**

BYDGOSZCZ 2019

Spis treści

Wstęp	4
Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	6
§ 1 Postanowienia ogólne.....	6
§ 2. Zakres przedmiotowy stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	8
1. Kwoty progowe zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	9
2. Zasady dotyczące zamówień mieszanych	10
§ 3. Obowiązek stosowanie przepisów działu III rozdziału 4a ustawy Prawo zamówień publicznych do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa	11
§ 4. Kwalifikowanie przedmiotu zamówień dla celów stosowania działu III rozdziału 4a – uwagi ogólne	13
§ 5. Dostawy sprzętu wojskowego (SpW), w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów (art. 131a ust. 1 pkt 1)	15
1. Kwalifikowanie sprzętu wojskowego dla celów ustalenia stosowania działu III rozdziału 4a ustawy.....	16
2. Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r. oraz Wykazy Uzbrojenia, stanowiące załączniki do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie	18
3. Wyjaśnienia oznaczeń użytych w Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej oraz Wykazie uzbrojenia, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii	21
4. Wykazy uzbrojenia ustalone rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie	21
5. Dostawy części, komponentów lub podzespołów SpW.....	28
6. Uzbrojenie, na obrót którego jest wymagane zezwolenie	32
7. Produkty podwójnego zastosowania oraz innych produktów które mogą być przeznaczone zarówno do celów cywilnych, jak i wojskowych dla potrzeb stosowania rozdziału 4a ustawy	33

8. Kwalifikowanie produktów podwójnego zastosowania oraz części, komponentów lub podzespołów SpW, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych	34
§ 6. Dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów.....	39
§ 7. Dostawy, usługi i roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym i newralgicznym sprzętem i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu.....	41
1. Dostawy bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem	43
2. Usługi bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem	47
3. Roboty budowlane bezpośrednio związane z SpW, newralgicznym sprzętem	50
4. Cykl życia w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa	50
§ 8. Roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi (art. 131a ust. 1 pkt 4)	51
1. Roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych	52
2. Usługi do szczególnych celów wojskowych	52
3. Newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi - uwagi ogólne	53
4. Newralgiczne roboty budowlane	55
5. Newralgiczne usługi	56
§ 9. Stosowanie przepisów zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa ustawy do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej ..	60

Wstęp

Niniejsze opracowanie ma na celu jasne i wyczerpujące omówienie zasad, metodyk (przesłanek, warunków) kwalifikowania i udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (OiB), od których spełnienia zależy udzielanie tych zamówień, zgodnie z przepisami działu III rozdziału 4a ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1843), zwaną dalej „ustawą”.

Opracowanie to zostało przygotowane w taki sposób aby zapewnić praktyczną pomoc dla zamawiających, umożliwiającą prawidłowe, skuteczne kwalifikowanie i udzielanie zamówień w dziedzinach OiB, zgodnie z przepisami ustawy.

Dla celów stosowania przepisów ustawy, obejmujących pełen zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB (art. 131a ust. 1 ustawy), opracowanie to, omawia obowiązujące przepisy i regulacje, w tym motywy Dyrektywy nr 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 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 (Dz. U. UE. L. 216.76 z późn. zm.¹).

W związku z tym w niniejszym opracowaniu wykorzystano w szczególności wskazania Dyrekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług, zawarte w notach wyjaśniających kluczowe kwestie dotyczące dyrektywy 2009/81/WE w sprawie udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa², orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej, Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej³ i Głównej Komisji Orzekającej w Sprawach o Naruszenie Dyscypliny Finansów Publicznych oraz opinie Urzędu Zamówień Publicznych, a także wyniki kontroli Najwyższej Izby Kontroli, Departamentu Kontroli MON i IWsp SZ w zakresie udzielanych tych zamówień przez wojskowe jednostki zamawiające.

Jednocześnie, w opracowaniu tym uwzględniono własne doświadczenia, w tym wynikające z wydanych opracowań, opinii, udzielonych porad, konsultacji, oraz prowadzonych szkoleń kontroli w tym obszarze.

Zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB ma charakter kompleksowy, na który składają się wszelkie możliwe przedmioty zamówień, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, a zatem nie tylko najbardziej charakterystyczne jakimi są dostawy SpW i usługi bezpośrednio związane z tym sprzętem.

Przykładowo w świetle definicji określonej w art. 2 pkt 5c ustawy newralicznymi usługami w jednostkach (komórkach) organizacyjnych Sił

¹ Zmiany Dyrektywy nr 2009/81/WE zostały opublikowane w Dz. U. UE. L. z 2009 r. Nr 314, str. 64, z 2011 r. Nr 319, str. 43, z 2013 r. Nr 158, str. 184 i Nr 335, str. 17 oraz z 2015 r. Nr 330, str. 14).

² W szczególności: Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania dyrektywy obronnej i Nota wyjaśniająca dotycząca bezpieczeństwa dostaw. Uwaga: Nota odzwierciedla poglądy pracowników DG MARKET i nie jest prawnie wiążąca. Jedynie Trybunał Sprawiedliwości UE posiada kompetencje do wydawania prawnie wiążących interpretacji prawa UE.

³ Trybunał Sprawiedliwości Unii Europejskiej w poprzednim stanie prawnym zwany Europejski Trybunał Sprawiedliwości.

Zbrojnych RP są nie tylko usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej lub technicznej przez SUFO, ale także usługi napraw, konserwacji wewnętrznych sieci energetycznych, wodno-kanalizacyjnych, ciepłowniczych, sieci magazynowania, przesyłania lub dystrybucji paliw, a także usługi kompleksowego utrzymania czystości w tych jednostkach (komórkach) organizacyjnych.

Wymaga to szczegółowej analizy i właściwego rozumienia definicji, którymi posługuje się ustawa dla wyjaśnienia poszczególnych przedmiotów zamówień w dziedzinach OiB.

Problematyka ta wskazuje na potrzebę nowego podejścia do udzielania zamówień, opartego na prawidłowym przygotowaniu i prowadzeniu postępowania, w tym planowaniu i ścisłym kwalifikowaniu zamówień zgodnie z przepisami ustawy i obowiązującymi w tym zakresie definicjami oraz wykazami broni, amunicji i materiałów wojennych, wykazami uzbrojenia, a w konsekwencji stosowania przez zamawiających przepisów rozdziału 4a ustawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131a ust. 1 ustawy).

Opracowanie to kończy się omówieniem instytucji samokontroli zamawiającego rozumianej jako weryfikację prawidłowości swoich działań w toku całego postępowania o udzielenie zamówienia, z uwzględnieniem przepisów regulujących odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w zakresie zamówień publicznych.

Ujęcie przez zamawiającego procesu przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia publicznego z perspektywy samokontroli zamawiającego i spenalizowanych ustawowo naruszeń dyscypliny finansów publicznych jest szczególnie uzasadnione i przydatne.

Takie działanie pozwala bowiem zamawiającemu na kontrolę, sprawdzenie zgodności przygotowania i przeprowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia z przepisami ustawy, które mogą skutkować wnoszeniem środków ochrony prawnej lub odpowiedzialnością za naruszenie dyscypliny finansów publicznych.

§ 1. Postanowienia ogólne

W Dz. U. UE. L. 216.76 z dnia 20 sierpnia 2009 r. została opublikowana Dyrektywa nr 2009/81/WE Parlamentu Europejskiego i Rady 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, zwana dalej „Dyrektywą nr 2009/81/WE” lub „dyrektywą obronną”.

Dyrektywa nr 2009/81/WE została wdrożona do polskiego systemu prawnego 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), poprzez dodanie w dziale III rozdziału 4a „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” oraz zdefiniowanie pojęć związanych z tymi zamówieniami. Ustawa ta weszła w życie z dniem 20 lutego 2013 r.

Powołana ustawa, wdrażając dyrektywę nr 2009/81/WE wprowadziła przepisy szczególne zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa określające zakres podmiotowy i przedmiotowy tych zamówień, zasady udzielania zamówień, w tym służące zapewnieniu bezpieczeństwa informacji niejawnych i bezpieczeństwa dostaw oraz tryby i przebieg postępowania o udzielanie zamówień, dostosowane do specyfiki przedmiotowych zamówień⁴.

Odnosząc przepisy rozdziału 4a „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” ustawy do praktyki udzielania zamówień w dziedzinach OiB należy zauważyć, iż dane zawarte w rocznych sprawozdaniach pokazują, że w roku 2018 udzielono 276 takich zamówień (w roku 2017 – 273; w 2016 r. – 216, a w 2015 r. – 173) na łączną kwotę 5,310 mld zł (w roku 2017 – 6,225 mld zł; w 2016 r. – 3,224 mld zł, a w 2015 r. – 3,026 mld zł).

Najczęściej zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa dotyczyły usług – 40% liczby i 37% wartości (w roku 2017 odpowiednio – 43% i 26%). Dostawy realizowano w ramach 39% postępowań o wartości na poziomie 59% ogółu zamówień obronnych (w roku 2017 odpowiednio – 41% i 71%). Na roboty budowlane wydatkowano 4% środków, organizując 21% postępowań (w roku 2017 odpowiednio – 3% i 16%).

Zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa udzielano przede wszystkim w trybie przetargu ograniczonego, który obok negocjacji z ogłoszeniem jest podstawowym trybem w tego rodzaju zamówieniach⁵.

Wspomniana ilość postępowań obrazuje, że niewątpliwie w tej liczbie postępowań przyjęto, iż przedmiotem zamówienia są zamówienia w dziedzinach OiB.

Pomimo upływu czasu i wzrostu ilości postępowań aktualna pozostaje kwestia prawidłowego kwalifikowania zamówień w dziedzinach OiB, a w konsekwencji

⁴ Zob. uzasadnieniu do projektu tej ustawy

⁵ Sprawozdanie Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych o funkcjonowaniu systemu zamówień publicznych w 2018 r.

stosowania właściwych zasad i trybu udzielania zamówień określonych w rozdziale 4a ustawy.

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy przepisy niniejszego rozdziału zamawiający stosują nie tylko do dostaw sprzętu wojskowego (SpW), w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, ale także do zamówień, których przedmiotem są dostawy newralgicznego sprzętu, w tym jego części, komponentów, lub podzespołów, lub roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym sprzętem lub jego częściami, komponentami lub podzespołami związanymi z cyklem życia tego produktu, lub roboty budowlane i usługi przeznaczonymi do szczególnych celów wojskowych, a także newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Przykładowo newralgicznymi usługami, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy są usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej lub technicznej przez SUFO, a także wszelkie inne usługi oraz roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają (art. 2 pkt 5c i 5a ustawy).

Podstawowe znaczenie dla prawidłowego i efektywnego udzielania zamówień i realizowania zadań z tym związanych ma właściwe stosowanie obowiązujących przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych, w tym planowania i przygotowania postępowania, a w jego ramach, szacowania wartości, kwalifikowania zamówień oraz stosowania zasad i trybów udzielania zamówień.

Dotyczy to zarówno do zamówień klasycznych, zamówień w dziedzinach OiB, jak i zamówień, do których, ze względu na ich przedmiot (szczególny charakter), nie stosuje się ustawy.

Zwrócić należy uwagę na istotne odrębności uregulowań zamówień w dziedzinach OiB w stosunku do „zamówień klasycznych”.

Jedynie przepisy rozdziału 4a ustawy, uwzględniając specyfikę przedmiotu tych zamówień, zawierają regulacje umożliwiające zamawiającemu na określenie w opisie przedmiotu zamówienia realnych wymagań związanych z realizacją zamówienia, w tym:

- 1) w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych i bezpieczeństwa dostaw⁶ (art. 131g);
- 2) wyłączenie w opisie przedmiotu zamówienia przepisu art. 30 ust. 4 ustawy dotyczącego rozwiązań równoważnych opisywanym (art. 131g ust. 5 ustawy);

⁶ „(...) **bezpieczeństwo dostaw** można zdefiniować jako gwarancję dostarczenia produktów i usług wystarczających dla państwa członkowskiego do wykonania swoich zobowiązań w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa zgodnie z wymogami jego polityki zagranicznej i polityki bezpieczeństwa a także, że bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle długi okres użytkowania produktu w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wsparcia logistycznego, unowocześniania, modernizacji, niejednokrotnie – tak jak we wskazywanych umowach – przez wiele lat. Wyrok KIO z 15.12.2014 r., KIO 2510/14, LEX nr 1645334.

- 3) kwalifikacji podmiotowej wykonawców, w tym ograniczeń dotyczących siedziby wykonawców mogących ubiegać się o udzielenie zamówienia (art. 131d ustawy) oraz
- 4) uregulowań dotyczących wyboru podwykonawców.

§ 2. Zakres przedmiotowy stosowania przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Zakres przedmiotowy zamówień do których mają zastosowanie przepisy rozdziału 4a „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” ustawy określa art. 131a ust. 1 ustawy.

Przepisy działu III rozdziału 4a stosuje się do zamówień publicznych 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.⁷**

Jak z powyższego wynika zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB znacznie wykracza poza typowe zamówienia, których przedmiotem jest pozyskiwanie (dostawy) sprzętu wojskowego i wykonywanie usług bezpośrednio związanych z tym sprzętem.

Zakres ten ma charakter kompleksowy, na który składają się wszelkie możliwe przedmioty zamówień, określone w art. 131a ust. 1 ustawy.

Przepisy ustawy w art. 2 definiują większość pojęć związanych z zakresem przedmiotowym zamówień w dziedzinach OiB, tj. kolejno cykl życia (pkt 1a), dostawa (pkt 2), sprzęt wojskowy (pkt 8a), newralgiczne roboty budowlane (pkt 5a), newralgiczny sprzęt (pkt 5b), newralgiczne usługi (pkt 5c), roboty budowlane (pkt 8), sprzęt wojskowy (pkt 8a), zakupy cywilne (art. 2 pkt 11a), zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (pkt 15)

Prawidłowe rozumienie tych definicji i określeń z nimi związanych, w szczególności sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, dostaw, robót budowlanych, usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym, newralgicznym sprzętem, czy newralgicznych robót budowlanych lub usług, ma podstawowe znaczenie dla określenia zakresu przedmiotowego stosowania przepisów działu III rozdziału 4a ustawy.

⁷ Por. UZP: Zakres przedmiotowy stosowania przepisów ustawy odnoszących się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

1. Kwoty progowe zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Zgodnie z rozporządzeniem Ministra Rozwoju i Finansów z dnia 22 grudnia 2017 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (Dz. U. poz. 2479) ogłoszenia dotyczące zamówień publicznych przekazuje się Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej, jeżeli wartość zamówień:

1) udzielanych przez zamawiających z sektora finansów publicznych, jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 144 000 euro - dla dostaw lub usług,
- b) 5 548 000 euro - dla robót budowlanych;

2) w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

a) 443 000 euro - dla dostaw lub usług,

b) 5 548 000 euro - dla robót budowlanych

5) na usługi społeczne i inne szczególne usługi jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty:

- a) 750 000 euro - w przypadku zamówień innych niż zamówienia sektorowe lub zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa,
- b) 1 000 000 euro - w przypadku zamówień sektorowych⁸.

W myśl art. 131b ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8. W związku z tym ustawy nie stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na dostawy lub usługi, jeżeli wartość zamówienia jest mniejsza niż kwota **443 000 euro**. Tym samym do takiej wartości tych zamówień zamawiający nie ma również obowiązku ogłoszenia postępowania w Biuletynie Zamówień Publicznych.

Przepis art. 131b ustawy nie określa wyższej niż ustalona w art. 4 pkt 8 wartości zamówień na roboty budowlane, od której uzależniony jest obowiązek stosowania ustawy. W związku z tym przepisy rozdziału 4a ustawy stosuje się do udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa na roboty budowlane, jeżeli wartość zamówienia przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 30 000 euro.

Zgodnie z obecnie obowiązującym rozporządzeniem prezesa Rady Ministrów z dnia 28 grudnia 2017 r. (Dz. U. z 2017 r. poz. 2477) w sprawie średniego kursu złotego w stosunku do euro stanowiącego podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych, średni kurs złotego w stosunku do euro stanowiący podstawę przeliczania wartości zamówień publicznych **wynosi 4,3117**.

⁸ Podane kwoty wartości zamówień, od których jest uzależniony obowiązek stosowania procedury unijnej, podobnie jak podany niżej średni kurs euro, ulegają zmianie co dwa lata, w związku z czym należy uwzględnić, że ww. kwoty wartości zamówień oraz średni kurs euro zostaną zmienione, począwszy od 1 stycznia 2020 r.

2. Zasady dotyczące zamówień mieszanych

Przepisy rozdziału 4a (art. 131a ust. 2 – 4) ustawy Pzp zawierają również regulacje związane z udzielaniem zamówień tzw. mieszanych, tj. zamówień obejmujących swoim przedmiotem zarówno zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (dyrektywy obronnej 2009/81/WE) oraz inne zamówienia, do których zastosowanie znajdują przepisy ustawy Pzp (dyrektywy klasycznej 2014/24/UE, dyrektywy sektorowej 2014/25/UE), albo zamówienia co do których wyłączono stosowanie ustawy.

Przepisy ustawy Pzp dla zamówień mieszanych obejmujących zamówienia w dziedzinach OiB oraz inne zamówienia ustalają następujące zasady:

- 1) do zamówień obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach OiB oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy ustawy (tj. zamówień klasycznych, sektorowych, czy koncesji, których przedmiotem jest robota budowlana, dostawa lub usługa), jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione **z przyczyn obiektywnych – stosuje się przepisy rozdziału 4a** (art. 131a ust. 2 ustawy); przykładowo dostawy części do broni (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy) oraz flaneli do czyszczenia broni;
- 2) do zamówień publicznych obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach OiB oraz zamówienia, co do których wyłączono stosowanie ustawy (w tym na podstawie art. 4 pkt 5b), jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione **z przyczyn obiektywnych - ustawy nie stosuje się**, (art. 131a ust. 3)⁹; przykładowo dostawa sprzętu wojskowego oraz zestawów eksploatacyjnych i naprawczych bezpośrednio związana z tym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy);
- 3) do zamówień w dziedzinach OiB, które obejmuje usługi określone w przepisach wydanych na podstawie art. 131bb ust. 2¹⁰ oraz inne usługi albo usługi i dostawy - **stosuje się przepisy dotyczące tych usług lub dostaw, których szacowana wartość jest większa** (art. 131 ust. 3a);
- 4) **zakaz łączenia innych zamówień z zamówieniami w dziedzinach OiB**, w celu uniknięcia stosowania procedur określonych w ustawie (art. 131a ust.4).

Powołane przepisy, jako regulacje szczególne określone w dziale III rozdziału 4a ustawy Pzp, mają pierwszeństwo przed przepisami art. 5g ustawy.

Zasady wyrażone w przepisie art. 131a ust. 2 i 3 są podobne do zasad określonych, odpowiednio w przepisie art. 5g pkt 1 i 2 ustawy.

⁹ Do tych zamówień, obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz zamówienia do których ustawy nie stosuje się, na podstawie art. 4 pkt 5b ustawy do udzielenia jednego łącznego zamówienia (art. 131a ust. 3) zastosowanie mieć będzie decyzja 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. z 2015 r. poz. 265). Natomiast w przypadku wyłączenia stosowania ustawy, o którym mowa w art. 4 pkt 5, zastosowanie powinna mieć procedura (regulamin) udzielania zamówień ustalony przez zamawiającego.

¹⁰ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1135).

Za przyczyny obiektywne, o których mowa w art. 131a ust. 2 i 3, uznać należy okoliczności niezależne od zamawiającego.¹¹

Powołane zasady udzielania zamówień w dziedzinach OiB wyraża również przepis art. 5g części ogólnej ustawy, zgodnie z którym jeżeli zamawiający, z uzasadnionych obiektywnie powodów, udziela jednego zamówienia, którego przedmiot może być podzielony, albo przedmiot zamówienia nie może być podzielony, i to zamówienie obejmuje zamówienie, do którego stosuje się:

- 1) art. 346 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, do udzielenia zamówienia zamawiający może nie zastosować przepisów ustawy;
- 2) przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, do udzielenia zamówienia zamawiający stosuje przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Celem powołanych przepisów jest określenie, które przepisy będą miały zastosowanie w przypadku udzielania zamówień mieszanych składających się z różnych przedmiotów zamówień publicznych oraz podlegających różnym przepisom prawnym¹².

§ 3. Obowiązek stosowania przepisów rozdziału 4a ustawy Prawo zamówień Publicznych do zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa

Wdrożenie dyrektywy obronnej przez ustawę wymusza stosowanie przepisów rozdziału 4a tej ustawy przez zamawiających, jeżeli przedmiotem zamówienia są zamówienia wymienione w art. 131a ust. 1.

Zgodnie z art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy przepisy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, stosuje się do udzielania zamówień publicznych przez jednostki sektora finansów publicznych w rozumieniu przepisów o finansach publicznych, jakimi są wojskowe jednostki budżetowe.

Z brzmienia art. 131a ust. 1 ustawy „**Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się (...)**” wynika, że **przepis ten ma charakter obligatoryjny**. Oznacza to, że zamawiający, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, w tym jednostki sektora finansów publicznych, jakimi są wojskowe jednostki budżetowe, **obowiązani są stosować** zasady, wymagania oraz tryby udzielenia zamówienia określony w dziale III rozdziale 4a ustawy do udzielania zamówień, jeżeli przedmiotem tych zamówień są zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy, a nie zachodzi podstawa do ich wyłączenia, o której mowa w pkt 3 i 4.

Wymaga to prawidłowego planowania zamówień, a na etapie przygotowywania postępowania, właściwego ustalenia wartości zamówienia oraz w zależności od przedmiotu zamówienia, ścisłego kwalifikowania zamówień OiB,

¹¹ Zob. Nowicki Józef Edmund, Prawo zamówień publicznych. Komentarz, wyd. III, komentarz do art. 131a, Opublikowano: WKP 2018.

¹² Por. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, uchwalonej ustawą nowelizacyjną z dnia 22 czerwca 2016 r.

a w konsekwencji stosowania właściwych zasad i trybów udzielania zamówień, określonych w przepisach rozdziału 4a ustawy.

Dyrektywa 2009/81/WE, a za nią rozdział 4a ustawy, reguluje w sposób szczególny, dostosowany do specyfiki przedmiotu zamówień zarówno zamówienia w dziedzinach obronności, jak i bezpieczeństwa.

Może się bowiem zdarzyć, że zamawiający w dziedzinie obronności zamawiają newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi, które nie mają charakteru lub celu wojskowego.¹³

Przepisy rozdziału 4a ustawy, uwzględniając specyfikę tych zamówień, zawierają regulacje umożliwiające zamawiającemu na określenie w opisie przedmiotu zamówienia realnych wymagań związanych z realizacją zamówienia, w tym w celu zapewnienia rzeczywistej ochrony informacji niejawnych, bezpieczeństwa dostaw, mających zapewnić terminowość i pewność dostaw, zwłaszcza w przypadku sytuacji kryzysowych (art. 131g) oraz w zakresie stosowania odrębnego katalogu przesłanek wykluczenia (art. 131e ust. 1 pkt 4 – 5, ust. 1b i ust. 2).

Rozwiązania te pozwalają na eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie dają rękojmi spełnienia wymagań/zdolności wykonawcy do należytego zamówienia.

Przepisy rozdziału 4a ustawy przewidują również ograniczenia podmiotowe, zgodnie z którymi, jeżeli zamawiający nie postanowi inaczej, o udzielenie zamówienia w dziedzinach OiB mogą ubiegać się wykonawcy, mający siedzibę albo miejsce zamieszkania w jednym z państw członkowskich Unii Europejskiej, Europejskiego Obszaru Gospodarczego lub państwie, z którym Unia Europejska lub Rzeczpospolita Polska zawarła umowę międzynarodową dotyczącą tych zamówień (art. 131d ustawy).

Dostosowane do specyfiki zamówień w dziedzinach OiB są również tryby udzielania tych zamówień (art. 131h), czy też zasady i wysokość możliwych do udzielenia zaliczek (art. 131w).

Zgodnie z przepisami ustawy oraz w świetle orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej **niedopuszczalne jest prowadzenie postępowania na zasadach ogólnych, w trybie niewłaściwym - trybie przetargu nieograniczonego, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Takie naruszenie przepisów ustawy stanowi podstawę do unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 ustawy, ponieważ postępowanie obarczone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego¹⁴.**

Prowadzenie postępowania na podstawie przepisów części klasycznej działu II ustawy, a zatem w trybie niewłaściwym powoduje brak możliwości udzielenia

¹³ Zob. Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania, Bezpieczeństwo pkt 4.2.

¹⁴ Zob. wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r. KIO 172/15.

zamówienia wykonawcy, gdyż zamawiający zobowiązany jest udzielić zamówienia wyłącznie wykonawcy wybranemu zgodnie z przepisami ustawy (art. 7 ust. 3).

Wszystko to nakłada na zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, ścisły obowiązek stosowania przepisów rozdział 4a ustawy, jeżeli przedmiotem zamówienia jest zamówienie w dziedzinach OiB, określone w art. 131a ust. 1. Odnosi się to również do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej, o której mowa w art. 131a ust. 1a ustawy.

W celu właściwego stosowania przepisów działu III rozdziału 4a ustawy i w jego ramach dokonania prawidłowej ich wykładni uzasadnione staje się również stosowanie wykładni pronunijnej, uwzględniającej brzmienie, motywy oraz cel postanowień dyrektywy obronnej, a także pomocniczo wyjaśnienia Komisji Europejskiej dotyczące zakresu jej stosowania.

§ 4. Kwalifikowanie przedmiotu zamówień dla celów stosowania działu III rozdziału 4a – uwagi ogólne

Kluczowe znaczenie w procesie prawidłowego udzielania zamówień przez wojskowe jednostki zamawiające ma znajomość algorytmu postępowania, określającego podstawy (warunki) determinujące kwalifikowanie przedmiotu zamówień wymienionych w art. 131a ust. 1 ustawy, dla celów stosowania przepisów działu III rozdziału 4a ustawy.

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy przepisy niniejszego rozdziału zamawiający stosują nie tylko do dostaw sprzętu wojskowego (SpW), w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, ale także do zamówień, których przedmiotem są dostawy newralgicznego sprzętu, w tym jego części, komponentów, lub podzespołów, ale także do robót budowlanych, dostaw lub usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym sprzętem lub jego częściami, komponentami lub podzespołami związanymi z cyklem życia tego produktu, robót budowlanych i usług przeznaczonych do szczególnych celów wojskowych oraz newralgicznych robót budowlanych lub usług.

Przykładowo newralgicznymi usługami, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy są:

- 1) usługi ochrony osób i mienia realizowane w formie bezpośredniej ochrony fizycznej lub technicznej przez SUFO;
- 2) usługa kompleksowego utrzymania czystości oraz wywozu odpadów w kompleksach wojskowych, a także
- 3) wszelkie inne usługi oraz roboty budowlane:
 - a) do celów bezpieczeństwa,
 - b) które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają (art. 2 pkt 5c i 5a ustawy).

Ze względu na specyfikę, złożoność zamówień w dziedzinach OiB nie jest możliwe ani celowe tworzenie katalogu (wykazu) przedmiotowych zamówień.

Wynika to z różnorodnego charakteru, specyfiki zakresu przedmiotowego zamówień w dziedzinach OiB, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy, a co za tym idzie odmiennych podstaw (przesłanek) od których spełnienia zależne jest kwalifikowanie tych zamówień.

W kontekście różnorodności zamówień OiB i związanych z tym definicji określających przedmiot tych zamówień, zaznaczenia wymaga, że w zakresie rozumienia SpW, dla potrzeb kwalifikowania zamówień wymienionych w art. 131a ust. 1 pkt 1 i 3 ustawy, należy odnosić przedmiot zamówienia do obowiązujących w tym obszarze kategorii uzbrojenia (broni, amunicji i materiałów wojennych).

Szczegółowo będzie mowa o tym mowa w dalszej części opracowania.

Wyżej wymienione wykazy w istocie kształtują wspomniany katalog zamówień, których przedmiotem są dostawy SpW, w tym wszelkich jego części, bezpośrednio związane ze SpW.

Podobnie definicje które określa ustawa dla wyjaśnienia poszczególnych przedmiotów zamówień w dziedzinach OiB pozwalają na ustalenie jakiego rodzaju zakupy sprzętu, robót budowlanych lub usług stanowią dostawy newralgicznego sprzętu (art. 2 pkt 5b i art. 131a ust. 1 pkt 2), newralgiczne roboty budowlane (art. 2 pkt 5a i 8 oraz art. 131a ust. 1 pkt 4) lub newralgiczne usługi (art. 2 pkt 5c i 10 oraz art. 131a ust. 1 pkt 4).

Przykładowo w przypadku wojskowych jednostek budżetowych, jako jednostek Sił Zbrojnych RP ustalenie, że wykonanie robót budowlanych wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera przesądza, iż stanowią one newralgiczne roboty budowlane do których zamawiający obowiązany jest stosować przepisy zamówień w dziedzinach OiB (art. 131 ust.1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 5a ustawy).

W przypadku wojskowych jednostek zamawiających również przesłanka wykonywania robót budowlanych „do celów bezpieczeństwa” jest spełniona. Dotyczy to bowiem robót w obiektach szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa, jakimi są obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej.

Każda metodyka, również zasady kwalifikowania zamówień w dziedzinach OiB, ze względu na specyfikę poszczególnych przedmiotów tych zamówień, nie ma charakteru uniwersalnego, stąd kwalifikowanie ww. zamówień powinno być rozpatrywane indywidualnie na tle całokształtu okoliczności sprawy, uwzględniających rodzaj i przeznaczeni konkretnego przedmiotu zamówienia.

Z przepisu art. 131a ust. 1 ustawy, w powiązaniu z przepisami dotyczącymi zakresu podmiotowego i włączeniami stosowania ustawy, wynika wniosek, że stosowanie przepisów rozdziału 4a dotyczących zamówień OiB uzależnione jest od łącznego spełnienia następujących przesłanek (warunków):

- 1) zamówienie udzielane jest przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy, tj. zamawiających objętych obowiązkiem stosowania ustawy;

- 2) przedmiotem zamówienia są zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1-4 ustawy;
- 3) wartość zamówienia na dostawy lub usługi jest większa niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 ustawy, (443.000 euro dla dostaw lub usług), a wartość zamówienia na roboty budowlane przekracza wyrażoną w złotych równowartości kwoty 30 000 euro (art. 131b i art. 4 pkt 8);
- 4) brak podstaw do wyłączenia stosowania ustawy do zamówień w dziedzinach OiB określonych w art. 4b ust. 1 i ust. 1a oraz wyłączenia, o którym mowa w art. 4 pkt 5b ustawy.¹⁵

Szczegółowe zasady kwalifikowania (udzielania) zamówień w dziedzinach OiB, uwzględniające ww. podstawy (przesłanki), zostały przedstawione w dalszej części niniejszego załącznika, przy omawianiu poszczególnych przedmiotów zamówień, wymienionych w art. 131a ust. 1 ustawy.

§ 5. Dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy przepisy rozdziału 4a stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli przedmiotem zamówienia są:

- 1) dostawy;
- 2) sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów.

Przez dostawy - należy rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację (art. 2 pkt 2 ustawy).

Natomiast przez sprzęt wojskowy należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne, zgodnie z definicją legalną zawartą w art. 2 pkt 8a ustawy.

Definicja sprzętu wojskowego opiera się na przepisie art. 1 pkt 6 dyrektywy obronnej, zgodnie z którym "sprzęt wojskowy" oznacza sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne. Jedyną zmianą polega na tym, że w ustawie ustawodawca, posługując się analogicznym do użytego w dyrektywie obronnej pojęciem "sprzętu", użył określenia "wyposażenie", przez które należy rozumieć „sprzęt”.

W świetle definicji sprzętu wojskowego oznaczającego „**wyposażenie** specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych (...)”, a także przedmiotu dyrektywy 2009/81/WE obejmującego zamówienia „w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa”, ww. wyposażenie będzie mogło być

¹⁵ Zob. Pismo UZP: Zmiany w Prawie zamówień publicznych dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

wykorzystywane nie tylko przez Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej dla celów obronności i bezpieczeństwa, ale również przez inne organy państwa i jednostki organizacyjne.

Dyrektywa obronna wraz z zawartą w niej „definicją sprzętu wojskowego nie przewiduje ograniczeń dotyczących używania sprzętu wojskowego przez służby inne niż te, do których podstawowych obowiązków należą zadania z dziedziny obronności, tym samym omawiane wyposażenie będzie mogło być używane, nie tracąc przymiotu „sprzętu wojskowego”, przez formacje inne niż wojsko.”¹⁶

Dla celów właściwego stosowania działu III rozdziału 4a ustawy, sprzęt wojskowy zgodnie z jego definicją oznacza wyposażenie specjalnie zaprojektowane, lub zaadaptowane do potrzeb (celów) wojskowych. Zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB ustawy jest zatem szerszy niż zakres wyłączenia stosowania ustawy do zamówień, o których mowa w 346 TFUE (art. 4 pkt 5b ustawy). Przepis art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, zgodnie z ust. 2 tego artykułu, obejmuje bowiem jedynie sprzęt, który został specjalnie zaprojektowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych.

Natomiast pojęcie sprzętu wojskowego dla potrzeb działu III rozdziału 4a ustawy, opartego na dyrektywie obronnej, obejmuje również „wyposażenie”, które pierwotnie przeznaczone było do użytku cywilnego, a później zostało zaadaptowane do potrzeb wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych.

Przykładem „wyposażenia”, które pierwotnie przeznaczone było do użytku cywilnego, a później zostało zaadaptowane do potrzeb wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych, jest podana w nocie wyjaśniającej dotyczącej zakresu zastosowania Komisji, "zmilitaryzowana" wersja śmigłowca pierwotnie zaprojektowanego do użytku cywilnego. Jednakże aby można było taki sprzęt zakwalifikować jako sprzęt wojskowy powinien on posiadać wyraźne cechy wojskowe umożliwiające wykonywanie zadań o ściśle wojskowym charakterze (system broni, awioniki, itd.).¹⁷

1. Kwalifikowanie sprzętu wojskowego dla celów ustalenia stosowania rozdziału 4a ustawy

Podstawą do uznania określonego wyposażenia (sprzętu) za sprzęt wojskowy jest definicja legalna sprzętu wojskowego (art. 2 pkt 8a ustawy).

Dla celów stosowania przepisów działu III rozdziału 4a ustawy, uwzględniając definicję SpW (art. 2 pkt 8a ustawy), jako SpW należy rozumieć **w szczególności [nie wyłącznie]** typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.

¹⁶ Zob. uzasadnienie projektu ustawy o zmianie ustawy - Prawo zamówień publicznych, implementującej do polskiego porządku prawnego normy dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE).

¹⁷ Orzeczenie Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej z dnia 7 czerwca 2012 r. w sprawie C-615/10 *Insiinõõrtoimisto Instiimi Oy*.

Wykaz obejmuje:

1. Broń ręczną i automatyczną, taka jak strzelby, karabiny, rewolwery, pistolety, pistolety maszynowe i karabiny maszynowe, z wyjątkiem broni myśliwskiej, pistoletów i innej broni małokalibrowej o kalibrze poniżej 7 mm.
2. Broń artyleryjska, a także broń dymną, gazową oraz miotacze ognia:
 - a) armaty, haubice, moździerze, broń artyleryjska, broń przeciwpancerna, wyrzutnie raketowe, miotacze ognia, broń bezodrzutowa;
 - b) wojskowa broń dymna i gazowa.
3. Amunicje do broni wymienionej w art. 1 i 2 powyżej.
4. Bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające:
 - a) bomby, torpedy, granaty, w tym granaty dymne, bomby dymne, rakiety, miny, pociski naprowadzające, granaty podwodne, bomby zapalające;
 - b) aparaty wojskowe i komponenty specjalnie zaprojektowane do obsługi, montażu, demontażu, odpalania lub wykrywania rodzajów broni wymienionych w lit. a) powyżej.
5. Wojskowy sprzęt kierowania ogniem:
 - a) komputerowe systemy odpalania i systemy naprowadzające na podczerwień, a także inne urządzenia do nocnego naprowadzania;
 - b) dalmierze, urządzenia wskazujące pozycję, wysokościomierze;
 - c) elektroniczne urządzenia do śledzenia obiektów - żyroskopowe, optyczne i akustyczne;
 - d) celowniki bombowe i celowniki broni oraz peryskopy stosowane w urządzeniach wymienionych w niniejszym wykazie.
6. Czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe:
 - a) czołgi;
 - b) uzbrojone lub opancerzone pojazdy wojskowe, w tym pojazdy pływające;
 - c) samochody opancerzone;
 - d) półgąsienicowe pojazdy wojskowe;
 - e) pojazdy wojskowe opancerzone;
 - f) przyczepy przeznaczone do transportu amunicji określonej w ust. 3 i 4.
7. Środki trujące lub środki radioaktywne:
 - a) biologiczne lub chemiczne środki trujące oraz środki radioaktywne przystosowane do użycia podczas działań wojennych przeciwko ludziom, zwierzętom lub plonom;
 - b) aparaty wojskowe do propagacji, wykrywania i określania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej;
 - c) materiały do zwalczania substancji wymienionych pod lit. a) powyżej.
8. Prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające:
 - a) prochy oraz płynne lub stałe materiały miotające specjalnie zaprojektowane do stosowania wraz materiałami wymienionymi w art. 3, 4 i 7 powyżej;
 - b) wojskowe środki wybuchowe;
 - c) środki zapalające i mrożące do celów wojskowych.
9. Okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym:
 - a) wszelkiego rodzaju okręty wojenne;

- b) sprzęt specjalnie zaprojektowany do kładzenia, wykrywania i trałowania min;
 - c) kable podwodne.
10. Samoloty i sprzęt do celów wojskowych.
11. Wojskowy sprzęt elektroniczny.
12. Aparaty fotograficzne i sprzęt specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych;
13. Inny sprzęt:
- a) spadochrony i sprzęt spadochronowy;
 - b) sprzęt do przekraczania cieków wodnych specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych;
 - c) elektronicznie wspomagane reflektory do celów wojskowych.
14. Specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów wymienionych w niniejszym wykazie.
15. Maszyny, sprzęt i urządzenia zaprojektowane wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli uzbrojenia, amunicji oraz aparatów o charakterze wyłącznie wojskowym wymienionych w niniejszym wykazie.

2. Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej (Common Military List of the EU) przyjęty przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r. oraz Wykazy Uzbrojenia, stanowiące załączniki do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie

Ze względu na czas wydania wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. i związany z tym rozwój techniki, prowadzący do opracowania nowych typów sprzętu oraz zakres przedmiotowy tego wykazu, obejmujący wyłącznie wyposażenie specjalnie zaprojektowane do potrzeb wojskowych, wykaz ten nie stanowi wyczerpującego wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych.

Oznacza to, że państwa członkowskie, a co za tym idzie, na gruncie prawa krajowego, jednostki zamawiające, mogą również stosować inne listy, takie jak (wyraźnie wymieniona w motywie 10 dyrektywy obronnej) wspólna lista sprzętu wojskowego UE¹⁸, w celu nowoczesnej interpretacji wykazu z 1958 r. Ten ostatni jest zatem najważniejszym, ale nie wyłącznym odniesieniem dla opisanego zakresu stosowania.¹⁹

Z zastrzeżeniem, o którym wyżej mowa, dla celów kwalifikowania zamówień w dziedzinach OiB szczegółowym wykazem (corocznie aktualizowanym) są:

- 1) Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej (Common Military List of the EU) przyjęty przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r., (*sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZiB określającym wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego*) (*uaktualnia i zastępuje*

¹⁸ Na dzień wydania Dyrektywy 2009/81/WE był to Wspólny wykaz uzbrojenia Unii Europejskiej z dnia 29.3.2007 (Dz.U. L 88 z 29.3.2007, s. 58).

¹⁹ Zob. Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania, Bezpieczeństwo pkt 4.1.1.

wspólny wykaz uzbrojenia Unii Europejskiej przyjęty przez Radę w dniu 26 lutego 2018 r. 1) (WPZiB) lub

- 2) Wykaz Uzbrojenia, stanowiący załącznik Nr 1 lub 3 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie (Dz. U. z 2019 r. poz. 1360).

Wykazy, o których mowa wyżej w pkt 1 i 2, zwane są dalej również „Wspólnym/Krajowym wykazem uzbrojenia”.

Prawidłowe kwalifikowanie przedmiotu zamówień w dziedzinach OiB, jako dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy), albo roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy); wymaga szczegółowej analizy i odnoszenia konkretnego zamówienia do SpW zamieszczonego w jednym z ww. wykazów uzbrojenia.

Jednocześnie, w zakresie tym, należy mieć na względzie:

1. Wykaz broni, amunicji i materiałów wojennych z dnia 15 kwietnia 1958 r. został sporządzony na podstawie dawnego art. 296 Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (obecnie art. 346 ust. 2 TFUE) i obejmuje produkty (broń, amunicję i materiały wojenne), do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 lit. b tego artykułu, a zatem dotyczy jedynie sprzętu, który został specjalnie zaprojektowany i wyprodukowany wyłącznie do potrzeb wojskowych.

Wykaz broni, amunicji i materiałów wojennych z dnia 15 kwietnia 1958 r. nie obejmuje:

- 1) wyposażenia (produktów), które pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego, a następnie zostały zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń amunicja lub materiały wojenne, tj. SpW zaadoptowanego;
- 2) produktów podwójnego zastosowania w rozumieniu art. 2 pkt 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. (produkty, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych);
- 3) wyposażenia (produktów), które nie stanowi sprzętu wojskowego w rozumieniu art. 2 pkt 8a ustawy, a jest jedynie wykorzystywany do potrzeb wojskowych²⁰.

2. Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej z dnia 18 lutego 2019 r. (sprzęt objęty wspólnym stanowiskiem Rady 2008/944/WPZiB, określający wspólne zasady kontroli wywozu technologii wojskowych i sprzętu wojskowego), oraz Wykazy Uzbrojenia zawarte w rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie, obejmują uzbrojenie, tj. broń, amunicję, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie, wskazane w tych wykazach, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych.

²⁰ Zob. Granecki, Prawo zamówień publicznych, komentarz, 5 wydanie, Warszawa 2016, s.110.).

Natomiast Wspólny/Krajowy wykaz uzbrojenia, podobnie jak wykaz z 1958 r., nie obejmują produktów, o których mowa wyżej w pkt 1 ppkt 2 i 3.

Jednocześnie niniejsze wykazy są najbardziej szczegółowymi, spójnymi ze sobą wykazami dla celów stosowania przepisów rozdziału 4a ustawy.

3. Wykazy uzbrojenia, o których mowa wyżej w pkt 1 i 2 należy odróżnić od szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności, stanowiącego załącznik do rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. w sprawie szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz sposobu i trybu przeprowadzania oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności państwa (Dz.U. z 2018 r. poz. 1385) oraz Klasyfikacji Wyrobów Obronnych (KWO), stanowiącej załącznik do rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 29 stycznia 1999 r. w sprawie Klasyfikacji Wyrobów Obronnych (KWO) (Dz. U. z 1999 r. Nr 26, poz. 231.)²¹.

Celem rozporządzenia Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 stycznia 2013 r. i zawartego w nim szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności, jest:

- 1) określenie wyrobów z podziałem na grupy wyrobów wymienionych w art. 6 ust. 2 ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U. z 2018 r. poz. 114), przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa podlegających ocenie zgodności;
- 2) ocena zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa przez kompetentne i niezależne podmioty, w zakresie spełnienia wymagań określonych w specyfikacjach technicznych i wykonania na podstawie dokumentacji technicznej.

Z kolei Klasyfikacja Wyrobów Obronnych (KWO) przeznaczona jest na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa i stanowi kluczowy element służący zapewnieniu interoperacyjności uzbrojenia i sprzętu, będącego na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP, z ich odpowiednikami w siłach zbrojnych państw członków Sojuszu Północnoatlantyckiego. Jest ona kolejnym standardem klasyfikacyjnym, obok europejskiego systemu klasyfikacji gospodarczych, wprowadzonym do stosowania w Polsce.

W związku z powyższym, do rozumienia sprzętu wojskowego, dla celów rozdziału 4a ustawy nie może być stosowany Szczegółowy wykaz wyrobów podlegających ocenie zgodności oraz KWO, pomimo ich znaczenia dla potrzeb obronności i bezpieczeństwa państwa.

Należy zauważyć, że ze względu na cel, przeznaczenie Szczegółowego wykazu wyrobów podlegających ocenie zgodności i KWO, oprócz wyrobów obronnych stanowiących sprzęt wojskowy, w wykazie tym figurują wyroby obronne nie stanowiące SpW, takie jak mundury galowe, wyjściowe i służbowe, swetry i podobne przedmioty zaopatrzenia mundurowego, czy środki zaopatrzenia

²¹ Rozporządzenie to zostało wydane na podstawie art. 40 ust. 2 ustawy z dnia 29 czerwca 1995 r. o statystyce publicznej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 649; zm.: Dz. U. z 2019 r. poz. 730).

żywnościowego takie jak konserwy mięsne, zupy zagęszczane, które nie stanowią SpW i nie są też bezpośrednio związane ze SpW.

3. Wyjaśnienia oznaczeń użytych w Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej oraz Wykazie Uzbrojenia, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii

Użyte w niniejszych wykazach uzbrojenia skróty oznaczają:

ML Lista Uzbrojenia (ang. Military List) – oznaczenie kategorii uzbrojenia, wymienionego w Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej.

LU Lista Uzbrojenia (LU) – oznaczenie poszczególnych kategorii uzbrojenia, wymienionego w załączniku do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii.

Nb. Notabene (łac.) – „zauważ, że”, „w dodatku”, „dla zrozumienia”.

Uwaga 1: **Terminy ujęte w cudzysłów („ ”)** zostały zdefiniowane. Należy odwoływać się do „definicji terminów” używanych w niniejszym wykazie.

Uwaga 2: **Definicje** mają zastosowanie do całego wykazu. Odniesienia (Nb.) mają wyłącznie funkcję informacyjną i nie mają wpływu na stosowanie zdefiniowanych terminów w całym wykazie.

Uwaga 3: **Wyrazy i wyrażenia zawarte w niniejszym wykazie definicji** przyjmują zdefiniowane znaczenie wyłącznie wtedy, gdy zostały ujęte w cudzysłów („ ”).

Definicje terminów ujętych w apostrofy (‘ ’) są zamieszczone w uwadze technicznej do danej pozycji. W innych przypadkach wyrazy i wyrażenia przyjmują swoje ogólnie przyjęte (słownikowe) znaczenia.

4. Wykazy uzbrojenia ustalone rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie.

Na gruncie prawa krajowego obowiązuje wykaz uzbrojenia ustalony rozporządzeniem Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie.

Wykaz uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie, obejmuje:

- 1) wykaz uzbrojenia, na którego wywóz, usługę pośrednictwa, pomoc techniczną oraz tranzyt jest wymagane zezwolenie, który stanowi załącznik nr 1 do rozporządzenia;
- 2) wykaz uzbrojenia, na którego przywóz lub transfer wewnątrzunijny na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest wymagane zezwolenie, który stanowi załącznik nr 2 do rozporządzenia;
- 3) wykaz uzbrojenia, na którego transfer wewnątrzunijny z terytorium Rzeczypospolitej Polskiej oraz przez terytorium Rzeczypospolitej Polskiej jest wymagane zezwolenie, który stanowi załącznik nr 3 do rozporządzenia.

Ze względu na treść i zakres tych załączników do ww. rozporządzenia, dla celów stosowania rozdziału 4a podstawowe znaczenie mają załączniki nr 1 i 3.

Ponadto należy mieć na względzie:

- 1) powołane rozporządzenie zostało wydane na podstawie art. 6a ust. 3 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 953);
- 2) Państwa Unii Europejskiej określają w swoich przepisach krajowych Wykazy Uzbrojenia, które implementują postanowienia Wspólnego Wykazu Uzbrojenia Unii Europejskiej przyjętego przez Radę Europy, co wynika z kolejnych dyrektyw Parlamentu Europejskiego i Rady oraz Komisji Unii Europejskiej;
- 3) ww. rozporządzenie wdraża w zakresie swojej regulacji dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie (Dz. Urz. UE L 146 z 10.06.2009, str. 1²² w brzmieniu nadanym dyrektywą Komisji (UE) 2017/2054 z dnia 8 listopada 2017 r. zmieniającą dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE w odniesieniu do wykazu produktów związanych z obronnością (Dz. Urz. UE L 311 z 25.11.2017, str. 1);
- 4) rozporządzenie, wdrażając w zakresie swojej regulacji ww. dyrektywę, przenosi do prawa krajowego, wykaz produktów związanych z obronnością, a w konsekwencji i Wspólny wykaz uzbrojenia Unii Europejskiej, zapewniając wymaganą spójność wykazów uzbrojenia zawartych w tym rozporządzeniu z wykazem produktów związanych z obronnością, stanowiących załącznik do ww. dyrektywy oraz z Wspólnym Wykazem Uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjętym przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r.

Przepisy ustawy nie określają definicji broni i amunicji²³ lub materiałów wojennych, a określenia ich znaczenia należy dokonywać zgodnie z obowiązującymi wykazami uzbrojenia oraz przepisami innych ustaw odnoszących się do tych pojęć.

W systemie prawa definicje broni i amunicji określają przepisy nowej ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym Dz. U. 2019 r. poz. 1214).

W rozumieniu ww. ustawy:

- 1) amunicja - oznacza:

²² Zmiany zostały ogłoszone w Dz. Urz. UE L 308 z 24.11.2010, str. 11, Dz. Urz. UE L 85 z 24.03.2012, str. 3, Dz. Urz. UE L 31 z 31.01.2013, str. 43, Dz. Urz. UE L 40 z 11.02.2014, str. 20, Dz. Urz. UE L 359 z 16.12.2014, str. 117, Dz. Urz. UE L 163 z 21.06.2016, str. 1, Dz. Urz. UE L 70 z 15.03.2017, str. 1 oraz Dz. Urz. UE L 311 z 25.11.2017, str. 1).

²³ W systemie prawa definicje broni i amunicji określają przepisy ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 284). Jednakże, ze względu na, określony w art. 1, zakres przedmiotowy i podmiotowy powołanej ustawy oraz wyłączenia zawarte w art. 3, przepisy tej ustawy nie dotyczą broni i amunicji stanowiących uzbrojenie Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (art. 3 pkt 1).

- a) nabój scalony do strzeleckiej broni palnej,
- b) naboje do broni palnej innej niż strzelecka broń palna, pociski kierowane, pociski raketowe, miny, bomby, granaty, torpedy, głowice, zapalniki, ładunki, lonty i środki pozoracji pola walki,
- c) inne środki przeznaczone do niszczenia lub obezwładniania osób lub obiektów, a także do celów pozoracyjnych, ćwiczebnych, szkolno-treningowych, badań lub sportowych,

d) komponenty amunicji zawierające materiały wybuchowe, chemiczne środki obezwładniające lub zapalające albo inne substancje, których działanie zagraża życiu lub zdrowiu, a także materiał wybuchowy miotający w postaci prochu;

2) broń - jest to broń palna, o której mowa w pkt 3, oraz inne rodzaje broni w rozumieniu art. 4 ust. 1 pkt 2-4 ustawy z dnia 21 maja 1999 r. o broni i amunicji (Dz. U. z 2019 r. poz. 284), a także inne urządzenia i narzędzia przeznaczone do niszczenia lub obezwładniania celów;

3) broń palna - jest to broń, w której do miotania pocisku lub substancji drażniących, innych substancji aktywnych lub naboju pirotechnicznych lub do wytwarzania efektów dźwiękowo-wizualnych jest wykorzystywana energia produktów powstałych w wyniku reakcji chemicznej ładunku miotającego;

4) istotne części - oznaczają lufę, zamek, bęben naboju, szkielet lub komorę zamkową strzeleckiej broni palnej, odpowiednio do przyjętych rozwiązań technicznych danego modelu broni;

Powiązana z powyższymi pojęciami, definicję legalną uzbrojenia zawiera art. 3 pkt 2 (w zw. z art. 6a ust. 3) ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz. U. z 2019 r. poz. 953).

Zgodnie z tym przepisem „**uzbrojenie**” oznacza - broń, amunicję, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie, wskazane w Wykazie Uzbrojenia zawartym w rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r.

Ze względu na inny charakter i cel ustawy, w tym zawartej w niej definicji sprzętu wojskowego, odnoszącej się do rozdziału 4a ustawy, należy zauważyć, że definicja uzbrojenia zawarta w ustawie z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami (...), dla jej oznaczenia, obok broni, amunicji, nie posługuje się materiałami wojennymi, używając oznaczenia „materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie”. Nie budzi jednak wątpliwości, że wykazy, o którym mowa wyżej w pkt 2, faktycznie pod powołanymi oznaczeniami zawierają również materiały wojenne, o których mowa w definicji sprzętu wojskowego.

Również na gruncie ustawy z dnia 7 października 1999 r. o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (art. 4 pkt 6) przez uzbrojenie lub sprzęt wojskowy - rozumie się uzbrojenie w rozumieniu ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu

strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

Z kolei ustawa z dnia 25 maja 2001 r. o przebudowie i modernizacji technicznej oraz finansowaniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1453), w zakresie udzielania zaliczek na poczet wykonania zamówień, odnosi ich udzielanie do zamówień, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, do których nie stosuje się ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych. Chociaż ustawa ta nie określa znaczenia „uzbrojenie lub sprzęt wojskowy”, to mając na względzie, że jej przepisy w tym zakresie dotyczą zamówień w dziedzinach obronności do którego nie stosuje się ustawy, także i w tym przypadku przez uzbrojenie lub sprzęt wojskowy należałoby rozumieć uzbrojenie, o którym mowa w przepisach ustawy z dnia 29 listopada 2000 r.

Broń, amunicja lub materiały wojenne, które mieszczą się w definicji sprzętu wojskowego w odniesieniu do Wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych oraz Wykazów uzbrojenia, o których wyżej mowa, oznaczają, odpowiednio uzbrojenie (broń, amunicję, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie), w rozumieniu art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. oraz wskazane w Wykazie Uzbrojenia zawartym w rozporządzeniu Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r.

Dla celów stosowania rozdziału 4a ustawy pojęcie broń należy odnosić nie tylko do wyposażenia (sprzętu) noszących taką nazwę np. „Broń gładkolufowa o kalibrze mniejszym niż 20 mm, inne uzbrojenie i broń automatyczna o kalibrze 12,7 mm.

Broń stanowi również każde inne wyposażenie nie mające takiej nazwy, „które jest przeznaczone do użycia w charakterze broni, np. armaty czołgi, pojazdy opancerzone.

W szczególności broń stanowią według Listy uzbrojenia:

1. „**ML1/LU1 Broń gładkolufowa** o kalibrze mniejszym niż 20 mm, inne uzbrojenie i broń automatyczna o kalibrze 12,7 mm (0,50 cala) lub mniejszym oraz wyposażenie i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe:

Uwaga: LU1.d nie ma zastosowania do celowników optycznych bez elektronicznej obróbki obrazu, o powiększeniu dziesięciokrotnym lub mniejszym, o ile nie są one specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych, ani nie zawierają żadnych siatek specjalnie zaprojektowanych do celów wojskowych.

Inaczej celowniki do broni LU2 lit.c

Specjalnie zaprojektowane elementy składowe do broni figurującej w ML1/LU1: oznaczają części, komponenty lub podzespoły do tej broni.

Przedmiot zamówienia - dostawy części, komponentów lub podzespołów ww. broni (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy).

Specjalnie zaprojektowane wyposażenie do broni figurującej w ML1/LU1 stanowią przykładowo zestawy sprawdzianów i narzędzi specjalnych, zestawy grupowe i naprawcze.

Przedmiot zamówienia – dostawa bezpośrednio związana ze sprzętem wojskowym/ww. bronią i innym uzbrojeniem (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy) zestawów sprawdzianów i narzędzi specjalnych oraz zestawów grupowych i naprawczych.

„Wyposażenie” – urządzenia i inne przedmioty potrzebne do prawidłowego funkcjonowania sprzętu wojskowego. *(na podstawie Słownika języka polskiego PWN).*

2. **ML2/LU2 Broń gładkolufowa** o kalibrze 20 mm lub większym, inna broń i uzbrojenie o kalibrze większym od 12,7 mm (0,50 cala), miotacze oraz wyposażenie i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe: a. broń lufowa, haubice, armaty, moździerze, broń przeciwpancerna, wyrzutnie pocisków, działa, (...)”.

3. **„ML6”/„LU6” Pojazdy naziemne i ich elementy składowe, jak następuje:**

a. pojazdy naziemne oraz ich elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych”, zgodnie z Uwagą 1 Podpunkt ML6.a. obejmuje:

a. czołgi i inne uzbrojone pojazdy wojskowe oraz pojazdy wojskowe wyposażone w uchwyty na broń, sprzęt do kładzenia min lub **wystrzeliwania amunicji** określonej w pozycji ML4.

Uwaga 2: Modyfikacja pojazdu naziemnego do celów wojskowych określona w LU6.a obejmuje zmiany konstrukcyjne, elektryczne lub mechaniczne, związane z wyposażeniem go **co najmniej w jeden z elementów składowych specjalnie zaprojektowanych do celów wojskowych. Do takich elementów składowych zalicza się:**

- a. osłony opon pneumatycznych, specjalnie zaprojektowane jako kuloodporne;
- b. opancerzenie kluczowych elementów pojazdu (np. zbiorników paliwa, kabiny);
- c. specjalne wzmocnienia lub uchwyty do mocowania broni;
- d. zaciemnienie oświetlenia pojazdu.

4. **ML9/LU9 Wojenne jednostki pływające (nawodne lub podwodne), specjalny sprzęt morski, wyposażenie, elementy składowe i inne nawodne jednostki pływające:**

Nb. Sprzęt do naprowadzania i nawigacji - zob. LU11.

5. **ML10/LU10 "Statki powietrzne", "statki powietrzne lżejsze od powietrza", "bezzałogowe statki powietrzne" ("UAV)", silniki i wyposażenie "statków powietrznych", pokrewne wyposażenie i elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych:**

Podobnie przez definicję amunicji zawartą w art. 3 ust. 1 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r. należy rozumieć amunicję do broni wyszczególnionej w ww. wykazach.

W szczególności amunicję stanowią wymienione w Wspólnym/Krajowym wykazie uzbrojenia:

„ML3” oraz „LU3” Amunicja i zapalniki oraz specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe:

a. amunicja do broni określonej w LU1, LU2 lub LU12;

b. zapalniki specjalnie zaprojektowane do amunicji określonej w LU3.a.(...)
„ML4”, „LU4” Bomby, torpedy, rakiety, pociski kierowane, inne urządzenia i ładunki wybuchowe oraz związane z nimi wyposażenie i akcesoria oraz specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe:

a. bomby, torpedy, granaty, naboje dymne, rakiety, miny, pociski raketowe, bomby głębinowe, ładunki minerskie, urządzenia burzące, zestawy burzące, urządzenia zawierające "materiały pirotechniczne", naboje i środki pozoracji, (tj. sprzęt symulujący cechy wymienionych środków bojowych), zaprojektowane specjalnie do celów wojskowych; (...)"

„Materiały wojenne” – należy przez to rozumieć wszelkie wyposażenie (sprzęt, materiały) o przeznaczeniu wojennym (wojskowym), którego przedmiotem nie jest broń lub amunicja.

Przykładowo materiałami wojennymi są wyszczególnione w wykazie oznaczonym:

1) ML8/LU8 (kategoria uzbrojenia) lit. c. „materiały pirotechniczne”, paliwa, substancje pokrewne oraz ich 'mieszanki pkt 1 Paliwa lotnicze o składzie specjalnie opracowanym do celów wojskowych, które są produktami gotowymi, a nie ich składnikami (Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjęty przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r. oraz LU8 lit. c pkt 1 Wykazu Uzbrojenia, stanowiącego załącznik Nr 1 i 3 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r., w tym:

1) paliwa lotnicze o składzie specjalnie opracowanym do celów wojskowych;

Uwaga: Paliwa lotnicze określone w ML8 C. 1, LU8.c.1 są produktami gotowymi, a nie ich składnikami.”

2) ML13/LU13 Sprzęt opancerzony lub ochronny, także konstrukcje oraz ich elementy składowe, jak następuje:

a. płyty opancerzone metalowe lub nie, posiadające którąkolwiek z następujących cech:

(...);

c. hełmy wyprodukowane według norm lub wymagań wojskowych albo porównywalnych norm krajowych oraz specjalnie zaprojektowane do nich czerepy, podpinki lub wkładki wyściełające);

d. pancerze osobiste lub odzież ochronna i ich elementy składowe, jak następuje (...)

1. miękkie pancerze osobiste lub odzież ochronna, wyprodukowane zgodnie z normami lub wymaganiami wojskowymi albo normami lub wymaganiami równoważnymi oraz specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe;

Uwaga Do celów podpunktu ML13.d.1. normy lub wymagania wojskowe obejmują przynajmniej wymagania dotyczące ochrony przed fragmentacją.

Przykładowo SpW (stanowiącym materiały wojenne), kwalifikowany jako odzież ochronna, o której mowa w *ML13.d.1(LU 13.d. są kamizelki ochronne UKO, ubiory bojowe żołnierza piechoty UBP, ubiór strzelca pokładowego UBS,*

3) ML17/LU17 „Różnorodny sprzęt, materiały i "biblioteki" oraz specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe: (...)"

Przykładowo są to:

- „d. polowy sprzęt inżynieryjny, specjalnie zaprojektowany do wykorzystania w strefie działań bojowych;
- j. mobilne warsztaty remontowe specjalnie zaprojektowane lub 'zmodyfikowane' do obsługi sprzętu wojskowego;
- k. generatory polowe specjalnie zaprojektowane lub „zmodyfikowane” do celów wojskowych;
- l. kontenery specjalnie zaprojektowane lub 'zmodyfikowane do celów wojskowych;
- m. (...) mosty oraz pontony specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych; (...).”

Wniosek:

1. Definicja uzbrojenie - oznacza broń, amunicję, materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie, wskazane w wykazie określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 6a ust. 3 ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (art. 3 pkt 2 ww. ustawy).

2. Wykaz uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie, faktycznie pod powołanymi oznaczeniami „materiały wybuchowe, wyroby, ich części i technologie” zawiera również materiały wojenne, o których mowa w definicji sprzętu wojskowego.

Z definicji pojęcia "sprzęt wojskowy" wynika wprost, że obejmuje swoim zakresem wyłącznie wyposażenie (sprzęt), które zostało specjalnie zaprojektowane albo zaadoptowane do potrzeb wojskowych.

Dlatego też sprzęt, który nie ma takiego charakteru, a jest jedynie wykorzystywany „do potrzeb” (celów) „wojskowych” nie stanowi sprzętu wojskowego..

W związku z tym uznać należy, że do oznaczenia pojęcia sprzęt wojskowy, co do zasady, nie mają zastosowania przepisy decyzji Nr 384/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 29 września 2015 r. w sprawie określenia funkcji gestorów i centralnych organów logistycznych sprzętu wojskowego w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. poz. 275, z późn. zm.).

W myśl przepisów ww. decyzji pojęcie sprzęt wojskowy zostało zdefiniowane dla potrzeb tej decyzji i jako takie jest pojęciem szerszym, wykraczającym poza pojęcie sprzętu wojskowego, opartego na przepisach ustawy oraz dyrektywie Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. dotyczącej zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

Stosownie do § 1 pkt 1 ww. decyzji „Dla potrzeb niniejszej decyzji SpW obejmuje także techniczne środki walki, sprzęt techniczny oraz jego wyposażenie i środki zaopatrzenia, jak również oprogramowanie, wyroby i technologie, zwierzęta służbowe oraz sprzęt powszechnego użytku, wykorzystywane w resorcie obrony narodowej”.

Wspomniane środki walki, sprzęt techniczny należy jednak zakwalifikować jako sprzęt wojskowy, jeżeli będzie spełniał warunki określone w definicji sprzętu

wojskowego (art. 2 pkt 8a ustawy) i został zamieszczony w Wspólnym wykazie uzbrojenia UE lub w Wykazie uzbrojenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii.

5. Dostawy części, komponentów lub podzespołów SpW

Przepisy rozdziału 4a stosuje się do zamówień w dziedzinach OiB, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy.

Wykaz broni, amunicji i materiałów wojennych przyjęty decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., obok wymienionego w tym wykazie sprzętu wojskowego (broń ręczna i automatyczna, czołgów, samolotów, okrętów, amunicji do broni) w poz. 14 wymienia: „14. Specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące materiałów wymienionych w niniejszym wykazie.”.

Urząd Zamówień Publicznych w opinii dotyczącej interpretacji art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy uznał, „iż zarówno w art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy, jak i w przytoczonym powyżej wykazie (poz. 14) literalnie wskazano, iż części sprzętu wojskowego mieszczą się w zakresie definicji tego sprzętu²⁴.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że przepisy rozdziału 4a działu III ustawy znajdują zastosowanie także do nabywania części do sprzętu wojskowego będącego już na wyposażeniu Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej.”.

Należy zauważyć, że powyższa opinia znajduje również swoje potwierdzenie w motywie 10 dyrektywy Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie, zgodnie z którym „niniejsza dyrektywa powinna obejmować wszystkie produkty związane z obronnością, które odpowiadają produktom wymienionym we Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej²⁵, włącznie z ich komponentami i technologią”.

Wniosek:

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy i poz. 14 Wykazu broni, amunicji i materiałów wojennych z 1958 r. „Specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym” mieszczą się w zakresie definicji tego SpW”.

Przykładowo w definicji SpW mieszczą się: silnik samolotu, okrętu, pojazdu naziemnego specjalnie zaprojektowanego lub zmodyfikowanego do celów wojskowych, systemy napędu, skrzynia biegów, urządzenia nawigacyjne, zakłócające, szkielet broni, lufa, lufa z komorą nabojową, zamek, komora zamkowa.

Dla celów rozumienia „Istotne można się posłużyć przepisem art. 3 ust. 1 pkt 4 ustawy z dnia 13 czerwca 2019 r., zgodnie z którym istotne części - oznaczają lufę, zamek, bęben nabojowy, szkielet lub komorę zamkową strzeleckiej broni palnej, odpowiednio do przyjętych rozwiązań technicznych danego modelu broni.

²⁴ Opinia ta nie jest publikowana i została wydana na wniosek Inspektoratu Wsparcia Sił Zbrojnych.

²⁵ Obecnie jest to Wspólny Wykaz Uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjęty przez Radę Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2019 r.

Zastrzegając, że ustawa o broni i amunicji nie dotyczy broni i amunicji stanowiących uzbrojenie Sił Zbrojnych RP, dla celów rozumienia „Istotne części broni lub amunicji” można odpowiednio stosować przepis art. 5 tej ustawy zgodnie którym:

- 1) Gotowe lub obrobione istotne części broni lub amunicji uważa się za broń lub amunicję;
- 3) Istotnymi częściami amunicji są: pociski wypełnione materiałami wybuchowymi, chemicznymi środkami obojędnymi lub zapalającymi albo innymi substancjami, których działanie zagraża życiu lub zdrowiu, spłonki inicjujące spalanie materiału miotającego i materiał miotający w postaci prochu strzelniczego.

Opierając się na definicji dostawy określonej w art. 2 pkt 2 ustawy przez dostawę SpW - należy rozumieć nabywanie SpW, w tym wszelkich jego części, komponentów i podzespołów, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację.

Uwzględniając literalną i celowościową interpretację powołanych przepisów, należy uznać, że dostawy „części, komponentów lub podzespołów” w rozumieniu art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy stanowią zamówienia OiB.

Jednakże jedynie specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące SpW wymienionego w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych z dnia 15 kwietnia 1958 r., Wspólnym Wykazie Uzbrojenia Unii Europejskiej, przyjętym przez Radę Unii Europejskiej w dniu 18 lutego 2019 r. oraz w Wykazie Uzbrojenia stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r., mieszczą się w zakresie definicji SpW.

Przykładowo w definicji SpW mieszczą się silnik i systemy napędu, skrzynia biegów, urządzenia nawigacyjne, zakłócające, szkielet broni, lufa, lufa z komorą naboju, zamek, komora zamkowa.

Zauważyć należy, że także Wspólny Słownik Zamówień (CPV) uwzględnia wspomniane rozróżnienie. Zgodnie z CPV kod 35400000-8 oznacza Pojazdy wojskowe i ich części, a kodem 3 5421100-2 oznaczono - Silniki i części silników do pojazdów wojskowych.

W powyższym znaczeniu specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące wyrobów wymienionych w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych z dnia 15 kwietnia 1958 r. lub w Wspólnym/Krajowym Wykazie Uzbrojenia mieszczą się w zakresie definicji sprzętu wojskowego, stanowiąc wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych.

Natomiast części, komponenty lub podzespoły SpW, które nie stanowią specjalistycznych części i urządzeń o charakterze wojskowym” mieszczących się w zakresie definicji SpW”, w zależności od rodzaju SpW (uzbrojenia), należy rozumieć, jako „pozostałe” ”specjalnie zaprojektowane elementy składowe,

elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych, o których mowa w Wspólnym/Krajowym wykazie uzbrojenia.

Przykładowo Lista uzbrojenia ML/LU10 - "Statki powietrzne", "statki powietrzne lżejsze od powietrza", "bezzałogowe statki powietrzne" ("UAV"), silniki i wyposażenie "statków powietrznych", pokrewne wyposażenie i elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych.

Stąd też specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych elementy składowe do Statków powietrznych figurujących w tym wykazie: oznaczają części, komponenty lub podzespoły do tego sprzętu.

Od części, komponentów lub podzespołów SpW należy odróżnić wyposażenie.

Przykładowo wyposażenie do broni figurującej w ML1/LU1 obejmują zestawy sprawdzianów i narzędzi specjalnych, zestawy grupowe i naprawcze.

Dla celów opracowania przez „Wyposażenie” należy rozumieć – urządzenia i inne przedmioty potrzebne do prawidłowego funkcjonowania sprzętu wojskowego/uzbrojenia²⁶.

Niezależnie od charakteru części, komponenty lub podzespoły SpW tworzą SpW i są nierozdzielnie z nim związane. Sprzęt wojskowy nie może bez nich istnieć, ich dostawa dla utrzymania wymaganych zapasów i bezpośredniego użycia jest niezbędna do wykonywania usług napraw i remontów, w celu zabezpieczenia eksploatacji i utrzymania sprawności technicznej pozyskiwanego SpW, jak i SpW będącego już na wyposażeniu Sił Zbrojnych RP.

Reasumując, przepisy rozdziału 4a ustawy stosuje się, jeżeli przedmiotem zamówienia są dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy, tj.:

- 1) sprzętu wojskowego i wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) sprzętu wojskowego;
- 3) wszelkich części SpW, komponentów lub podzespołów SpW.

Przykład kwalifikowania zamówienia:

- 1) dostawa SpW (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy) – SpW zamieszczony w Liście uzbrojenia LU/ML 17 lit. I kontenery specjalnie zaprojektowane lub 'zmodyfikowane' do celów wojskowych, np. Kontenery stanowiące mobilny system przechowywania uzbrojenia (MSPU) i transportu uzbrojenia w tym broni strzeleckiej, moździerzy do 60 mm i innego wyposażenia oraz amunicji strzeleckiej, pojazdów wysokiej mobilności Jelcz 442.32.;
- 2) dostawa części, komponentów lub podzespołów, technicznych środków materiałowych (tśm) do pojazdów oraz do sprzętu wojskowego w podziale na:

Część nr 1 - dostawa części komponentów lub podzespołów/tśm do pojazdów dostawczych i osobowo – terenowych:

- podstawa prawna: zamówienie klasyczne udzielane na zasadach ogólnych działu II ustawy,

²⁶ Na podstawie Słownika języka polskiego PWN.

- tryb udzielenia zamówienia, przewidziany dla zamówień klasycznych (udzielanych na zasadach ogólnych (art. 10 ustawy); tryb podstawowy przetarg nieograniczony oraz przetarg ograniczony;
- Wspólny Słownik Zamówień (CPV): 34300000-0 - Części i akcesoria do pojazdów i silników do nich.

Część nr 2 – przedmiot zamówienia - dostawa SpW lub części, komponenty lub podzespoły do SpW: pojazdów opancerzonych BRDM-2, BWP-1, T-72, KTO ROSOMAK, czołgu PT-91, pojazdów ciężarowych specjalnych (Jelcz) i innego SpW (LU/ML6 „Pojazdy naziemne i ich elementy składowe jak następuje” lit. a czołgi i inne uzbrojone pojazdy wojskowe (...) i b (inne pojazdy naziemne i ich elementy składowe),

- podstawa prawna: zamówienie w dziedzinach OiB (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy),
- tryb przetarg ograniczony, albo negocjacje z ogłoszeniem (art. 131h ust. 1 ustawy),
- Wspólny Słownik Zamówień (CPV): 354200004 - Części pojazdów wojskowych.

Zaznaczenia wymaga, że SpW stanowi pojazd naziemny (osobowo-terenowy) zmodyfikowany do celów wojskowych określony w LU6.a, jeżeli modyfikacja obejmuje zmiany konstrukcyjne, elektryczne lub mechaniczne, związane z wyposażeniem go **co najmniej w jeden z elementów składowych specjalnie zaprojektowanych** do celów wojskowych. Do takich elementów składowych zalicza się m.in. opancerzenie kluczowych elementów pojazdu (np. zbiorników paliwa, kabiny), specjalne wzmocnienia lub uchwyty do mocowania broni (uwaga 2 do ML/LU6.a Wspólnego/Krajowego wykazu uzbrojenia).

Przykład błędnego kwalifikowania specjalnie zaprojektowanych elementów składowych do spadochronów ML/LU10 h.:

Stan faktyczny: Przedmiotem zamówienia była „dostawa tśm do sprzętu spadochronowo-desantowego, wysokościowo ratowniczego, wyposażenia skoczka oraz drobnego sprzętu spadochronowo-desantowego i wyposażenia wysokościowo-ratowniczego”.

Oznaczenie przedmiotu zamówienia wg Wspólnego Słownika Zamówień

- **kod CPV:**

- 39523000-4 spadochrony (spadochron wyciągający czaszę główną z taśmą łączącą i „KILL LINE” MARS 14,
- 18444200-5 kaski (kask do skoków spadochronowych, kask ochronny skoczka),
- 24951120-2 smar silikonowy
- 33735000-1 gogle (gogle dla skoczka spadochronowego),
- 18114000-1 kombinezony (kombinezon do skoków w kamuflażu pantera, kombinezon instruktora spadochronowego),
- 31521320-3 latarki (latarka czołowa skoczka spadochronowego podczas skoków na spadochronach w nocy),
- 39525300-1 kamizelki ratunkowe,

- 38410000-2 przyrządy pomiarowe (potencjometr do helmu lotniczego, wysokościomierz skoczka spadochronowego, wysokościomierz akustyczny),
- 18424000-7 rękawice,
- 39561141-2 plecionki,
- 39241130-3 noże specjalistyczne (nóż skoczka spadochronowego, nóż instruktora pokładowego).

Niezgodnie z przepisami o zamówieniach publicznych zastosowano tryb przetargu nieograniczonego, na podstawie art. 39 ustawy, zamiast przetargu ograniczonego, albo negocjacji z ogłoszeniem przewidzianych dla zamówień w dziedzinach OiB, gdyż faktycznie przedmiotem zamówienia była:

- 1) dostawa specjalnie zaprojektowanych elementów składowych do spadochronów (SpW), tj. części, komponentów lub podzespołów SpW (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy), mieszczących się w grupie uzbrojenia ML/LU10 lit. h pkt 1 h - spadochrony, parolotnie i sprzęt pokrewny oraz specjalnie do nich zaprojektowane elementy składowe;
- 2) dostawa sprzętu specjalnie zaprojektowanego dla spadochroniarzy skaczących z dużej wysokości np. kombinezony, hełmy ochronne, systemy do oddychania, urządzenia nawigacyjne (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy), zamieszczonego w grupie uzbrojenia ML/LU10 lit. h pkt 3 - sprzęt specjalnie zaprojektowany dla spadochroniarzy skaczących z dużej wysokości;
- 3) dostawa tśm bezpośrednio związana ze SpW, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy) np. smar silikonowy.

6. Uzbrojenie, na obrót którego jest wymagane zezwolenie

Zasady obrotu z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, zasady kontroli i ewidencji tego obrotu oraz odpowiedzialności za niezgodny z prawem obrót tymi towarami, technologiami i usługami reguluje ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa.

Zgodnie z przepisami tej ustawy obrót z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa jest dozwolony na zasadach określonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiającym wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania (Dz. Urz. UE L 134 z 29.05.2009, str. 1), ustawach oraz umowach i innych zobowiązaniach międzynarodowych.

Jak już wyżej wskazano towarami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa są **uzbrojenie**, wskazane w wykazie uzbrojenia, na obrót którym

jest wymagane zezwolenie, określonym w przepisach wydanych na podstawie art. 6a ust. 3 ustawa z dnia 29 listopada 2000 r. oraz produkty podwójnego zastosowania.

7. Produkty podwójnego zastosowania oraz inne produkty które mogą być przeznaczone zarówno do celów cywilnych, jak i wojskowych dla potrzeb stosowania rozdziału 4a ustawy

Zgodnie z przepisami ustawy z dnia 29 listopada 2000 r. o obrocie z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa, obrót z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa jest dozwolony na zasadach określonych w rozporządzeniu Rady (WE) nr 428/2009 z dnia 5 maja 2009 r. ustanawiającym wspólnotowy system kontroli wywozu, transferu, pośrednictwa i tranzytu w odniesieniu do produktów podwójnego zastosowania (Dz. Urz. UE L 134 z 29.05.2009, str. 1 z późn. zm.), zwanym dalej "rozporządzeniem nr 428/2009", ustawach oraz umowach i innych zobowiązaniach międzynarodowych.

Towarami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa, a także dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa są:

- 1) uzbrojenie lub
- 2) produkty podwójnego zastosowania.

Produkty podwójnego zastosowania (ang. dual-use items), w rozumieniu art. 2 pkt 1 rozporządzenia Rady (WE) nr 428/2009, **oznaczają produkty, włącznie z oprogramowaniem i technologią, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych**, oraz obejmują wszystkie towary, które mogą być użyte zarówno w zastosowaniach niewybuchowych, jak i w jakikolwiek sposób do wspomaganie wytwarzania broni jądrowej lub innych urządzeń do wybuchu jądrowego.

Załącznik I do rozporządzenia nr 428/2009 zawiera Wykaz Produktów Podwójnego Zastosowania, który wprowadza uzgodnioną na szczeblu międzynarodowym kontrolę produktów i technologii podwójnego zastosowania, listę kontrolną towarów i technologii podwójnego zastosowania z podziałem na kategorie od 0 do 9:

Kategoria 0: materiały, instalacje i urządzenia jądrowe,

Kategoria 1: materiały specjalne i związane z nimi urządzenia,

Kategoria 2: przetwarzanie materiałów,

Kategoria 3: elektronika,

Kategoria 4: komputery,

Kategoria 5: telekomunikacja i „ochrona informacji”,

Kategoria 6: czujniki i lasery,

Kategoria 7 nawigacja i awionika²⁷,
Kategoria 8: urządzenia okrętowe,
Kategoria 9: kosmonautyka, aeronautyka, napęd.

8. Kwalifikowanie przedmiotów podwójnego zastosowania oraz części, komponentów lub podzespołów SpW, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych

Kwalifikowanie przedmiotów podwójnego zastosowania oraz wszelkich części, komponentów lub podzespołów SpW, które mogą być stosowane zarówno w celach cywilnych, jak i wojskowych, ma podstawowe znaczenie dla prawidłowego stosowania przepisów ustawy – Prawo zamówień publicznych.

Naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest udzielenie zamówienia publicznego wykonawcy, który nie został wybrany w trybie określonym w przepisach o zamówieniach publicznych, tj. udzielenie zamówienia wykonawcy:

- 1) w trybie przewidzianym dla zamówień klasycznych (art. 10 ustawy), podczas gdy przedmiotem zamówienia było zamówienie w dziedzinach OiB (art. 131h w zw. z art. 131a ust. 1 ustawy), jak również
- 2) w trybie właściwym dla zamówień w dziedzinach OiB (art. 131h ustawy), w przypadku gdy przedmiotem zamówienia nie było zamówienie, o którym mowa w art. 131a ust. 1 ustawy.

Ma to tym większe znaczenie, jeśli zważyć, że ustawy nie stosuje się jeżeli wartość zamówień w dziedzinach OiB jest równa lub przekracza wyrażoną w złotych równowartość kwoty 443 000 euro - dla dostaw lub usług, podczas gdy do zamówień klasycznych wyłączenie stosowania ustawy dotyczy zamówień, których wartość nie przekracza wyrażonej w złotych równowartości kwoty 30.000 euro.

W obszarze tym brak jest jednolitej, właściwej praktyki, a kwestia ta nie była przedmiotem odwołań do KIO i nie była również podejmowana w doktrynie.

W związku z powyższym, przy analizie tego zagadnienia, tym większego znaczenia nabiera stanowisko jakie zajmuje w tej sprawie Najwyższa Izba Kontroli.

W jednym z wystąpień pokontrolnych Najwyższa Izba Kontroli oceniła udzielenie przez zamawiającego zamówienia publicznego na videoendoskopowy system inspekcji do luf Olympus I Plex do broni o kalibrze od 5,56 mm do 12,7 mm, bez stosowania ustawy, na podstawie art. 131b, w związku z tym, że wartość dostawy nie przekraczała równowartości kwoty 418.000 00 euro²⁸, które nie stanowiły sprzętu wojskowego ani sprzętu bezpośrednio związanego ze sprzętem wojskowym w rozumieniu ustawy Pzp.

²⁷ „Awionika” – zastosowanie w lotnictwie i astronautyce, w lotniczych urządzeniach naziemnych urządzeń automatycznych naziemnych i elektronicznych oraz wyposażenie pokładowe, takie jak systemy sterowania, urządzenia zobrazowania informacji itd. (Słownik języka polskiego PWN).

²⁸ Od 1.01.2018 r. dla zamówień w dziedzinach OiB na dostawy i usługi jest to kwota nie przekraczająca wyrażonej w złotych równowartości kwoty 443 000 euro

NIK uznała, że „Do zamówienia na dostawę tego rodzaju urządzeń nie miały w związku z tym zastosowania przepisy Działu III rozdziału 4a ustawy Pzp (w tym art. 131b Pzp), a zamówienie powinno być udzielone w ramach jednego z podstawowych trybów udzielenia zamówień (art. 10 ust. 1 Pzp)”.

„W powołanym rozporządzeniu²⁹ nie wymieniono ww. urządzeń jako uzbrojenia (videoendoskop nie należy do wskazanych w wyjaśnieniach grup uzbrojenia LU 1 -Broń gładkolufowa o kalibrze mniejszym niż 20 mm, inne uzbrojenie i broń automatyczna o kalibrze 12,7 mm lub mniejszym oraz wyposażenia i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe – videondoskop nie stanowi bowiem wyposażenia broni ani nie jest specjalnie zaprojektowanym do nich elementem składowym oraz LU22 – technologii”, bowiem przedmiotem zamówienia nie była „technologia” w rozumieniu ww. rozporządzenia³⁰, a określony rodzaj urządzenia technicznego). Ponadto urządzenia te nie mogą również być kwalifikowane jako dostawy bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym, bowiem pomiędzy zakupionymi videoendoskopami a bronią gładkolufową nie zachodzi tak ścisły związek, który polegałby na tym, że urządzeń tych nie można konstruktywnie wykorzystane do innych celów niż przeglądy broni.

Zakupione videoendoskopy to urządzenia przeznaczone dla przemysłu i usług, których jednym z możliwych zastosowań jest dokonywanie przy ich użyciu inspekcji luf³¹

Stanowisko NIK dotyczyło sprzętu będącego przedmiotem zamówienia, który według zamawiającego należało kwalifikować, jako sprzęt wojskowy, bądź jako dostawy bezpośrednio związane z tym sprzętem.

Jednakże na zasadzie wnioskowania per analogiam (przez analogię, podobieństwo) przedmiotu zamówień, wskazania zawarte w tym stanowisku należy uznać za odpowiednie dla dostaw części, komponentów lub podzespołów sprzętu wojskowego lub innych wyrobów do SpW, które mają jednocześnie zastosowanie cywilne.

²⁹ Rozporządzenie Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie.

³⁰ Zgodnie z definicją zawartą w rozporządzenie Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 28 lutego 2018 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie LU22 przez technologię należy rozumieć Konkretny rodzaj informacji niezbędny do "rozwoju", "produkcji", eksploatacji, instalacji, utrzymania funkcjonalności (przeprowadzania przeglądów), napraw, remontów kapitalnych lub odnawiania danego wyrobu. Informacja ta ma postać 'danych technicznych' lub 'pomocy technicznej'. "Technologia" objęta kontrolą jest do celów wspólnego wykazu uzbrojenia UE określona w LU 22.

Uwagi techniczne:

1. 'Dane techniczne' mogą mieć formę odbitek, planów, wykresów, modeli, wzorów, tabel, projektów technicznych i specyfikacji, podręczników i instrukcji w formie pisemnej lub zarejestrowanych na innych nośnikach lub urządzeniach, takich jak: dyski, taśmy i pamięci wyłącznie do odczytu.

2. 'Pomoc techniczna' może przybierać takie formy jak: instruktaż, przekazanie umiejętności, szkolenie, przekazanie wiedzy na temat eksploatacji i usługi konsultacyjne. 'Pomoc techniczna' może obejmować przekazanie 'danych technicznych'.

³¹ Wystąpienie Najwyższej Izby Kontroli Delegatura we Wrocławiu LWR.410.001.2018 P/18/001.

Zgodnie z przepisami art. 131a ust 1 i 3 ustawy przepisy rozdziału 4a stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, jeżeli przedmiotem zamówienia są:

- 1) dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- 2) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym i niewrażliwym sprzętem i wszystkich jego części, komponentów lub podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu.

Wśród części, komponentów lub podzespołów SpW, tj. uzbrojenia wymienionego w Wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych z 1958 r. oraz w Wspólnym/Krajowym wykazie uzbrojenia należy wyodrębnić:

- 1) specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym, mieszczące się w zakresie definicji SpW, dotyczące broni, amunicji lub materiałów wojennych wymienionych w tych wykazach np. silnik pojazdu wojskowego, okrętu, statku powietrznego;
- 2) pozostałe części, komponenty lub podzespoły SpW.

Zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB, określony w art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy obejmuje „dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów:”, które stanowią jego elementy składowe tego SpW.

Przez SpW należy rozumieć wyposażenie specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne (art. 2 pkt 8a ustawy).

Dla stosowania przepisów działu III rozdziału 4a ustawy, uwzględniając definicję SpW, jako SpW należy rozumieć typy produktów wymienione w szczególności w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r. lub w Wspólnym/Krajowym wykazie uzbrojenia³².

Postanowienia Wspólnego/Krajowego wykazu uzbrojenia, ze względu na ich kompleksowość, podobnie jak dyrektywa obronna, wskazują na wszechstronny zakres przedmiotowy stosowania tych wykazów.

Wykazy te, w zależności od rodzaju uzbrojenia (SpW), obejmują **łącznie**, zarówno:

- 1) **uzbrojenie (SpW)**, wymienione w ML/LU1 - ML/LU21 i ML/LU22 „Technologia”, jak również
- 2) „wyposażenie i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe” oraz elementy składowe [uzbrojenia (SpW)], specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych”

- przykładowo, takie jak:

- 1) **ML/LU1 Broń** gładkolufowa o kalibrze mniejszym niż 20 mm, inne uzbrojenie i broń automatyczna o kalibrze 12,7 mm (0,50 cala) lub mniejszym **oraz wyposażenie i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe:**

³² Motyw 10 Dyrektywy nr 2009/81/WE.

- 2) **ML/LU2 Broń gładkolufowa** o kalibrze 20 mm lub większym, inna broń i uzbrojenie o kalibrze większym od 12,7 mm (0,50 cala), miotacze **oraz wyposażenie i specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe**, w tym:
- lit. c celowniki i zamocowania celowników posiadające wszystkie poniższe cechy, tj. są specjalnie zaprojektowane do celów wojskowych oraz są specjalnie zaprojektowane do broni określonej w LU2.a,
- lit. d. zamocowania i wymienne magazynki nabojoye, specjalnie zaprojektowane do broni określonej w LU2.a.
- 3) **specjalnie zaprojektowane elementy składowe do LU3 Amunicja i zapalniki;**
- 4) **ML/LU6 a. Pojazdy naziemne oraz ich elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych;**
- 5) **ML/LU10 "Statki powietrzne", "statki powietrzne lżejsze od powietrza", "bezzałogowe statki powietrzne" ("UAV)", silniki i wyposażenie "statków powietrznych", pokrewne wyposażenie i elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych**

Sprzęt wojskowy nie może istnieć bez części, komponentów lub podzespołów, które stanowią jego elementy składowe i odwrotnie części, komponenty lub podzespoły SpW są nabywane jako elementy składowe określonego rodzaju (typu) SpW.

Reasumując, wynikający z **definicji SpW, zakresu przedmiotowego dostaw SpW w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów** (art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy) i z **treści postanowień Wspólnego/Krajowego wykazu uzbrojenia** wymóg, „**specjalnego zaprojektowania lub zaadaptowania do potrzeb wojskowych**”³³ dotyczy zarówno SpW, jak i elementów składowych SpW, jakimi są części, komponenty lub podzespoły danego SpW (broni, amunicji lub materiałów wojennych).

Oznacza to, że **części, komponenty lub podzespoły, jako elementy składowe SpW, które nie zostały specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych i mają również zastosowanie cywilne, nie stanowią zamówień w dziedzinach OiB.**

Jeżeli części, komponenty lub podzespoły, jako elementy składowe danego uzbrojenia (SpW), wbrew wymaganiom określonym w Wspólnym/Krajowym Wykazie Uzbrojenia, nie zostały specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych to jako takie nie mogą stanowić dostaw, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy.

Ponadto przedmiotowe części, komponenty lub podzespoły nie mogą również być kwalifikowane jako dostawy bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy), bowiem pomiędzy tymi częściami, komponentami lub podzespołami a SpW wymienionym w jednej z grup uzbrojenia Wspólnego/Krajowego Wykazu Uzbrojenia nie zachodzi tak ścisły związek, który

³³ Jak już wcześniej była o tym mowa Wykaz broni, amunicji i materiałów wojennych z dnia 15 kwietnia 1958 r., który się opiera na art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE obejmuje „*jedynie sprzęt, który został skonstruowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych*”.

polegałby na tym, że części tych nie można konstruktywnie wykorzystać do innych celów niż wykonywania określonych usług związanych ze SpW.

Części takie są wykorzystywane w przemyśle, transporcie, a jednym z ich zastosowań jest wykorzystywanie do SpW.

Zaznaczenia wymaga, że zamawiający w takich przypadkach ma możliwość udzielenia jednego, łącznego zamówienia, jako zamówienia mieszanego, na podstawie przepisów właściwych dla zamówień w dziedzinach OiB. W szczególności ma to miejsce w przypadku zamówień w dziedzinach obejmujących równocześnie zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa oraz inne zamówienia, do których zastosowanie mają przepisy ustawy (tj. zamówień klasycznych, sektorowych, czy koncesji, których przedmiotem jest dostawa, robota budowlana lub usługa), jeżeli udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych (art. 131a ust. 2 ustawy).

Produkty podwójnego zastosowania w rozumieniu rozporządzenia nr 428/2009” oraz inne produkty które mogą być przeznaczone zarówno do celów cywilnych, jak i wojskowych stanowią przedmiot zamówienie w dziedzinach OiB, jeżeli produkty takie, zgodnie z rozumieniem SpW, w tym jego przeznaczeniem, spełniają jeden z następujących warunków, tj. stanowią:

- 1) sprzęt wojskowy, w tym wszelkich jego części, komponenty lub podzespoły/elementy składowe (art. 131a ust. 1 pkt 1 w zw. z art. 2 pkt 8a ustawy) wymieniony w:
 - a) Wspólnym wykazie uzbrojenia Unii Europejskiej przyjętym przez Radę w dniu 18 lutego 2019 r. lub
 - b) Wykazie uzbrojenia, stanowiącym załącznik Nr 1 lub 3 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie;
- 2) newralgiczny sprzęt, tzn. sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera (art. 2 pkt 5b ustawy), w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów (art. 131a ust. 1 pkt 2 ustawy);
- 3) dostawę bezpośrednio związaną ze sprzętem, o którym mowa w pkt 1 i 2, i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy).

Samo wykorzystywanie produktów do potrzeb wojskowych, przy braku zaistnienia jednego z warunków, o których wyżej mowa, nie daje podstaw dla stosowania działu III rozdziału 4a ustawy do takiego przedmiotu zamówienia.

W związku z powyższym dostawy wyrobów do celów wojskowych, które nie stanowią SpW i newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów, ani dostaw bezpośrednio związanych ze SpW i newralgicznym sprzętem, w rozumieniu ustawy, nie stanowią zamówień w dziedzinach OiB

§ 6. Dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów (art. 131a ust. 1 pkt 2)

Przyjęta w ustawie definicja newralgicznego sprzętu (art. 2 pkt 5b), podobnie jak newralgicznych robót budowlanych (art. 2 pkt 5a), newralgicznych usług (art. 2 pkt 5c) opiera się na przepisie art. 1 ust. 7 dyrektywy obronnej, który określa newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi jako „sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub zawierają je.

W konsekwencji przez „newralgiczny sprzęt” – należy rozumieć sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera (art. 2 pkt 5b ustawy).

Z newralgicznym sprzętem, podobnie jak newralgicznymi robotami budowlanymi lub newralgicznymi usługami (art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy) mamy do czynienia, jeżeli sprzęt (robotą budowlaną lub usługą) **łącznie** spełnienia dwa warunki:

- 1) służy do celów bezpieczeństwa;**
- 2) wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera.**

Cel bezpieczeństwa - oznacza, że dostawy, roboty budowlane lub usługi nabywane (pozyskiwane), w zależności od przeznaczenia, do celów bezpieczeństwa (wojskowego lub niewojskowego).

Za Notą wyjaśniającą dotyczącą zakresu zastosowania należy wskazać, że „W tym obszarze definicja zakresu jest nieuchronnie bardziej ogólna niż w przypadku obronności, ponieważ samo pojęcie „bezpieczeństwa” jest ogólne” (...) „bezpieczeństwo jest szerokim pojęciem (...)”.

Zauważyć należy, że w odróżnieniu od art. 4 pkt 5 i pkt 5b oraz art. 4b ust. 1 pkt 2 ustawy w przepisach dotyczących definicji newralgicznego sprzętu, newralgicznych robót budowlanych, newralgicznych usług nie chodzi o istotny, czy podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a o „bezpieczeństwo”, które obejmuje pozostałe aspekty bezpieczeństwa, jako takiego.

Ponadto, w przeciwieństwie do definicji sprzętu wojskowego (art. 2 pkt 8a ustawy) definicja newralgicznego sprzętu nie wymaga by sprzęt ten był specjalnie zaprojektowany lub zaadoptowany do celów bezpieczeństwa.

newralgicznego sprzętu (art. 2 pkt 5b), podobnie jak newralgicznych robót budowlanych (art. 2 pkt 5a), newralgicznych usług

Bezpieczeństwo” - łacińskie słowo securitas, które oznaczało polityczną stabilność.

„**Bezpieczeństwo**” w słownikowym znaczeniu należy rozumieć jako stan niezagrożenia, spokoju, pewności³⁴.

Bezpieczeństwo odnosi się do jego zasadniczych, kluczowych obszarów (potrzeb) dotyczących w szczególności:

³⁴ Słownik Języka Polskiego PWN.

- 1) bezpieczeństwa militarnego, obronności państwa;
- 2) bezpieczeństwa społecznego;
- 3) bezpieczeństwa ekonomicznego (ekonomiczne podstawy państwa);
- 4) bezpieczeństwa zdrowotnego;
- 5) bezpieczeństwa geopolitycznego;
- 6) bezpieczeństwa obejmujące ochronę osób, mienia oraz infrastruktury krytycznej w kompleksach wojskowych.
- 7) bezpieczeństwa i higieny pracy;
- 8) bezpieczeństwa sanitarnego.

Pojęcie „bezpieczeństwo” w odniesieniu do zakresu przedmiotowego zamówień w dziedzinach OiB ma zatem szerokie znaczenie, w przeciwieństwie do bezpieczeństwa militarnego.

Bezpieczeństwo militarne jest bezpośrednio związane z zamówieniami o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (art. 4 pkt 5b) i dotyczy bezpieczeństwa militarnego państwa, które można ogólnie zdefiniować jako stan państwa obejmujący, przemysłowy potencjał obronny, zdolności Sił Zbrojnych RP, rezerwy wojskowe, strategię bezpieczeństwa narodowego i zawarte sojusze militarne, gospodarcze i polityczne, będące w stanie zapewnić istnienie i rozwój państwa w czasie pokoju oraz obronę, niepodległość państwa, niepodzielność jego terytorium i przywrócenie normalnego funkcjonowania państwa w sytuacji kryzysowej, w tym w stanach nadzwyczajnych³⁵.

Informacje niejawne

Zasady i warunki ochrony informacji niejawnych w postępowaniu o udzielenie zamówienia w dziedzinach OiB, podobnie jak przy wyłączeniu stosowania ustawy do zamówień którym nadano klauzulę zgodnie z przepisami o ochronie informacji niejawnych określają przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 742) i wydanymi do niej aktami wykonawczymi.

Informacje niejawne - oznaczają informacje, których nieuprawnione ujawnienie spowodowałoby lub mogłoby spowodować szkody dla Rzeczypospolitej Polskiej albo byłoby z punktu widzenia jej interesów niekorzystne, także w trakcie ich opracowywania oraz niezależnie od formy i sposobu ich wyrażania, zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

Powołana ustawa określa klasyfikowanie informacji niejawnych³⁶ poprzez nadanie klauzuli: „zastrzeżone”, „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”.

Dostawy newralgicznego sprzętu do celów bezpieczeństwa, w zakresie wiążącym się z korzystaniem z informacji niejawnych (art. 131a ust. 1 pkt 2),

³⁵ Stany nadzwyczajne określają, zgodnie z przepisami rozdziału IX Konstytucji RP: ustawa z dnia 29 sierpnia 2002 r. o stanie wojennym oraz o kompetencjach Naczelnego Dowódcy Sił Zbrojnych i zasadach jego podległości konstytucyjnym organom Rzeczypospolitej Polskiej (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1932.), ustawa z dnia 21 czerwca 2002 r. o stanie wyjątkowym (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1928.), ustawa z dnia 18 kwietnia 2002 r. o stanie klęski żywiołowej (t.j. Dz. U. z 2017 r. poz. 1897).

³⁶ Określenie informacji niejawnych na gruncie prawa krajowego jest zbieżne z przepisem art. 1 ust. 8 dyrektywy obronnej 2009/81/WE.

podobnie newralgiczne roboty budowlane lub usługi (art. 131a ust. 1 pkt 4) należy zatem odnosić do przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych i aktów wykonawczych do tej ustawy.

Informacje niejawne, analogicznie jak „cel bezpieczeństwa” stanowią niezbędny element definicji newralgicznego sprzętu, newralgicznych robót budowlanych, newralgicznych usług. Brak jednego z tych elementów nie pozwala na uznanie za newralgiczny sprzęt, a w konsekwencji i stosowania rozdziału 4a ustawy do zamówień, których przedmiotem jest taki sprzęt.

Przykłady dostawy newralgicznego sprzętu:

- dostawa sprzętu (urządzeń) systemów zabezpieczeń (ochrony) technicznej obiektów jednostek i komórek organizacyjnych resortu obrony narodowej,
- dostawa części, urządzeń sieci wodno-kanalizacyjnych, energetycznych, ogrzewania, sieci magazynowania i przesyłania paliw, sieci teleinformatycznych,
- dostawa wszelkiego innego sprzętu do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera.

Jeżeli z opisu przedmiotu zamówienia wynika, że nabywany sprzęt wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera to jednocześnie, w przypadku wojskowych jednostek zamawiających, służy on do celów bezpieczeństwa wojskowego, stanowiąc newralgiczny sprzęt.

Wynika to z konstytucyjnych zadań Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, w szczególności zapewnienia bezpieczeństwa granic państwa³⁷ i związany z tym charakter i przeznaczenie obiektów jednostek wojskowych.

Obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej lub przez niego nadzorowanych są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa, zgodnie z § 2 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 24 czerwca 2003 r. w sprawie obiektów szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa oraz ich szczególnej ochrony (Dz. U. z 2003 r. Nr 116, poz. 1090 z 2017 r. poz. 42 oraz z 2019 r. poz. 250).

§ 7. Dostawy, usługi i roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, newralgicznym sprzętem i wszystkich jego części, komponentów lub podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu (art. 131a ust 1 pkt 3)

Przepis art. 131a ust 1 pkt 3 ustawy za dyrektywą obronną (art. 2 lit. c) obejmuje nie tylko sprzęt wojskowy, ale również „roboty budowlane, usługi i dostawy bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym i newralgicznym sprzętem, i „wszystkich jego części, komponentów lub podzespołów związanych z cyklem życia” sprzętu wojskowego, newralgicznego sprzętu, o którym mowa w jej art. 2 pkt 1a.

³⁷ Art. 26 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. Siły Zbrojne Rzeczypospolitej Polskiej służą ochronie niepodległości państwa i niepodzielności jego terytorium oraz zapewnieniu bezpieczeństwa i nienaruszalności jego granic.

Powołany przepis, wraz z pozostałymi przepisami określającymi zakres przedmiotowy wskazuje na systemowy charakter zakresu zamówień w dziedzinach OiB.

Dla celów kwalifikowania dostaw, robót budowlanych i usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym i newralgicznym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3), wymagane jest **łącznie** spełnienie następujących warunków:

1) przedmiotem zamówienia są:

- a) dostawy w rozumieniu art. 2 pkt 2 ustawy,
- b) roboty budowlane, o których mowa w art. 2 pkt 8 ustawy, są zamieszczone w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych (Dz. U. poz. 1125),
- c) usługi, o których mowa w art. 2 pkt 10 ustawy, są zamieszczone w wykazie usług w OiB o charakterze priorytetowym oraz niepriorytetowym, stanowiących załącznik, odpowiednio nr 1 i 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym (Dz. U. poz. 1135);

2) roboty budowlane, dostawy i usługi są bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym (art. 2 pkt 8a), newralgicznym sprzętem, (art. 2 pkt 7a), i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu.

Status zamówienia, jako zamówienia w dziedzinach OiB może być ustalany wyłącznie w oparciu o podstawę merytoryczną do dokonywania takiej kwalifikacji zamówień, tj. w oparciu o art. 131a ust. 1 ustawy.

Sam fakt zamieszczenia określonej usługi w wykazie ujętym w formie rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach OiB o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym, a w zakresie robót budowlanych - w wykazie robót budowlanych, stanowiącym załącznik do rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych wydany na podstawie art. art. 2c ustawy, nie stanowi wystarczającej podstawy do udzielenia zamówienia, o którym mowa w art. 131a ust. 1 pkt 3, na powyższe usługi w oparciu o przepisy rozdziału 4a ustawy.

Elementem niezbędnym dla zamówień, o których mowa w art. 131a ust 1 pkt 3 ustawy i zastosowania przepisów w zakresie obronności bezpieczeństwa jest istnienie bezpośredniego związku dostawy usługi lub roboty budowlanej ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym sprzętem, a w zakresie usług lub robót budowlanych również zamieszczenie ich w ww. wykazie.

Za notą wyjaśniającą dotyczącą zakresu zastosowania, należy wskazać, że „termin „**bezpośrednio związane**”, o którym mowa w art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy, oznacza, że musi istnieć bliski związek między danymi robotami budowlanymi, usługami lub dostawami a sprzętem wojskowym i newralgicznym sprzętem. Taki związek może wynikać między innymi z celu lub warunków

wykorzystania. Zasadniczo związek musi być tak bliski, że roboty budowlane, usługi lub dostawy nie mogą być konstruktywnie wykorzystane bez sprzętu wojskowego i newralgicznego sprzętu, z którym są związane.”.

Należy zauważyć, że w przeciwieństwie do dostaw newralgicznego sprzętu, newralgicznych robót budowlanych lub newralgicznych usług, dostawy, usługi i roboty budowlane bezpośrednio związane ze SpW, nie muszą wiązać się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagać ich wykorzystania lub je zawierać. Chociaż, ze względu na przedmiot tych zamówień, mogą również wiązać się z korzystaniem z informacji niejawnych i niewątpliwie służą do celów bezpieczeństwa.

1. Dostawy bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem

Opierając się na definicji dostawy zawartej w art. 2 pkt 2 ustawy, przez dostawy, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy, należy przez to rozumieć nabywanie rzeczy oraz innych dóbr, w szczególności na podstawie umowy sprzedaży, dostawy, najmu, dzierżawy oraz leasingu z opcją lub bez opcji zakupu, które może obejmować dodatkowo rozmieszczenie lub instalację;

Przykład dostaw bezpośrednio związanych ze SpW:

- 1) specjalne maszyny, narzędzia, system sterowania, ruchome warsztaty remontowo-naprawcze;
- 2) zestawy eksploatacyjne i naprawcze, zestawy sprawdzianów i narzędzi specjalnych, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno-naprawcze mieszczące się w definicji tśm, stanowiące wyposażenie SpW
- które są niezbędne do produkcji lub wykonywania napraw i remontów, serwisowania, „konserwacji” SpW do którego odnosi się Lista uzbrojenia LU/ML Wspólnego/Krajowego Wykazu uzbrojenia.

Dostawy bezpośrednio związane ze SpW mogą również obejmować dodatkowy sprzęt przykładowo:

- specjalne kombinezony i hełmy dla pilotów samolotów bojowych³⁸, czołgów, BWP,
- szelki podtrzymujące oporządzenie, kabury do broni.

Dostawą bezpośrednio związaną ze SpW będzie dostawa technicznych środków materiałowych (tśm), jakimi są - zestawy eksploatacyjne i naprawcze oraz środki chemiczne, narzędzia i inne materiały eksploatacyjno naprawcze, specjalnie do niego zaprojektowane.

Przykład zamówienia na dostawy w obszarze broni strzeleckiej i moździerzy:

1. Dostawy wszelkich części, komponentów lub podzespołów SpW np.
 - 1) części zamienne do 60 mm lekkiego moździerza LM-60D (Lekki moździerz kalibru 60 mm);
 - 2) części zamienne do zmodyfikowanego 7,62 mm karabinu maszynowego UKM 2000P.

³⁸ Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania pkt 9.

2. Zestawy grupowe, zestawy remontowe obejmujące wyspecyfikowane części, komponenty lub podzespoły do Zmodyfikowanego 7,62 mm uniwersalnego karabinu maszynowego UKM 2000P.

Kwalifikacja przedmiotu zamówienia, określonego w pkt 1 i 2: dostawy wszelkich części, komponentów lub podzespołów sprzętu wojskowego (art. 131 ust. 1 pkt 1 ustawy).

3. Dostawy do Zmodyfikowanego 7,62 mm karabinu maszynowego UKM 2000P:

- 1) Zestawy grupowe, zestawy naprawcze nie stanowiące części, komponentów lub podzespołów, obejmujące wyposażenie do 7,62 mm UKM 2000P;
- 2) Zestaw sprawdzianów³⁹ i narzędzi specjalnych do 7,62 mm UKM 2000P dla kompanii remontowej (krem) oraz dla batalionu remontowego (brem).

Kwalifikacja przedmiotu zamówienia:

- 1) dostawy części, komponentów i podzespołów SpW – stanowią przedmiot zamówienia, o którym mowa w art. 131 a ust. 1 pkt 1 ustawy;
- 2) dostawa zestawów grupowych - art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy;
- 3) dostawy zestawów sprawdzianów - art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy.

Zestawy grupowe obejmują przykładowo:

- 1) części, komponenty i podzespoły SpW np. Lufa kompletna ZSP-1 UKM 2000P (Ilość w zestawie, Przycisk naboju KPL.ZSP-8-4 UKM2000C/P, Rygiel lufy kompletny ZSP-0-1A UKM-2000C, Sprężyna donośnika 7079-13-5 UKM 2000P, które jako części, komponenty SpW - stanowią ich dostawy, zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 ustaw;
- 2) Skrzynia drewniana na uzbrojenie UZBR.1058X380X270 Szczoteczka 4020-0-1-1205 UKM-2000C, Przybornik 4020-0-1-1206 UKM-2000C, Pudełko do taśmy na 250NB 4021-0-1-1400 do 7,62 MM UKM, które jako wyposażenie do SpW - stanowią dostawy bezpośrednio związane ze SpW wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu, zgodnie z art. 131 ust. 1 pkt 3 ustawy.

Na bezpośredni związek dostaw wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (OiB) ze SpW wskazują w szczególności, określone przez zamawiającego, wymagania dotyczące zgodności tych wyrobów ze specyfikacjami technicznymi⁴⁰, w tym Normami Obronnymi obowiązującymi dla danego wyrobu.

Mając na względzie wymagania zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby OiB ze specyfikacjami technicznymi i związany z tym cel

³⁹ "Sprawdziany" „Zestawy sprawdzianów” - są przyrządami pomiarowymi, służącymi do stwierdzenia czy dany wymiar przedmiotu jest prawidłowy i nie przekracza wartości granicznej (dolnej i górnej). Umożliwiają szybkie sprawdzenie konkretnej wartości, kształtu, szczeliny, średnicy. W zależności od rodzaju zadania sprawdziany dzielą się na sprawdziany wymiaru i kształtu.

⁴⁰ Specyfikacja techniczna - należy przez to rozumieć dokumenty określające cechy, jakie powinien posiadać wyrób w zakresie wymagań technicznych, jakości, bezpieczeństwa użytkowania, w tym w odniesieniu do nazewnictwa, symboli, badań i metodologii badań, znakowania oraz oznaczania wyrobu (art. 3 pkt 13 ustawy z dnia 17 listopada 2006 r. o systemie oceny zgodności wyrobów przeznaczonych na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (t.j. Dz. U. z 2018 r. poz. 114).

i przeznaczenie takiego wyrobu., jako dostawy bezpośrednio związane ze SpW i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów, zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy, przykładowo należy kwalifikować:

- dostawę farby specjalnej do malowania maskującego - Wymagania i metody badań, dla której obowiązuje Norma Obronna „NO-80-A200:2014”, w szczególności do malowania SpW wymienionego w ML/LU6 Pojazdy naziemne i ich elementy składowe (...), spełniającej wymagania wspomnianej Normy Obronnej,
- dostawę Materiały pędne i smary - Środki ochrony czasowej - Olej do czyszczenia, smarowania i konserwacji broni, kod MPS S-9761 – dla których obowiązuje NO-91-A271:2008/A1:2017. Z nazwy i przeznaczenia oleju wynika, że służy on do czyszczenia, smarowania i konserwacji broni, która stanowi SpW wymieniony w wykazie broni, amunicji lub materiałów wojennych lub w wspólnym/krajowym wykazie uzbrojenia.

Wspomniane NO zostały specjalnie opracowane przez Komitet Techniczny nr 176 ds. Techniki Wojskowej i Zaopatrzenia oraz zatwierdzona i wprowadzone decyzją Nr 136/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 10 października 2018 r. w sprawie zatwierdzenia i wprowadzenia do stosowania dokumentów normalizacyjnych dotyczących obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. z 2018 r. poz. 162)⁴¹.

Niniejsze normy stosuje się przy produkcji, badaniach, ocenie zgodności i dostawach farb maskujących oraz przy zakupie i odbiorze oleju na potrzeby Sił Zbrojnych RP, kontroli jakości zapasów, do oceny zgodności i certyfikacji wyrobów.

W szczególności NO-80-A200:2014 określa szczegółowe wymagania podstawowe oraz wymagania techniczne, w tym w trwałość, wytrzymałość mechaniczna wytrzymałość na oddziaływanie czynników środowiskowych i chemicznych.

Z analizy ww. NO wynika, że Wymaganiem podstawowym Malowania maskującego wykonanego zestawem farb maskujących jest **zapewnienie podstawowego stopnia maskowania uzbrojenia i sprzętu wojskowego przed rozpoznaniem optycznym**.

Powłoki barwne wykonane farbami maskującymi powinny zapewniać maskowanie uzbrojenia i sprzętu wojskowego przed środkami rozpoznania optycznego w przedziale długości fal promieniowania elektromagnetycznego i = od 350 nm do 1 200 nm.

Malowanie maskujące uzbrojenia i sprzętu wojskowego wykonane zestawem farb maskujących **powinno uniemożliwiać rozpoznanie sprzętu** (określenie różnic pomiędzy różnymi kategoriami sprzętu, np. pomiędzy czołgiem i transporterem opancerzonym) przy obserwacji naziemnej i z powietrza, w tym

⁴¹ Powołana decyzja jest aktem prawnym wiążącym, wydanym na podstawie upoważnienia określonego w § 6 ust. 5 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 23 grudnia 2002 r. w sprawie działalności normalizacyjnej związanej z obronnością i bezpieczeństwem państwa (Dz. U. poz. 2038).

nieuzbrojonym okiem z odległości nie mniejszej niż 1 000 m, przez przyrządy optyczne (o powiększeniu optycznym 7× i rozdzielczości 8") z odległości nie mniejszej niż 2 000 m,

Specjalne opracowanie NO-80-A200:2014 i ustalone w niej wymagania, wynikają z opisanego wyżej celu zapewnienia maskowania uzbrojenia i sprzętu wojskowego przed rozpoznaniem oraz uniemożliwienia rozpoznania sprzętu według podanej w tej normie metody badań.

Podobnie, jak farby specjalne do malowania maskującego, olej smarowy do czyszczenia, smarowania i konserwacji broni o kodzie MPS S-9761, jak sama nazwa wskazuje ma ściśle oznaczony **cel i przeznaczenie bezpośrednio związane z bronią (SpW)**.

W związku z tym ustalona dla tego oleju NO określa odpowiednie dla niego wymagania ogólne i szczegółowe, w tym jego składu z bazy olejowej z odpowiednimi dodatkami. Lepkość kinematyczna: - w temperaturze +40 C, - w temperaturze -40 C, odporność na utlenianie, brak śladów korozji dostrzegalnych przy 20-krotnym powiększeniu.

Oznacza to, że dostawy farby specjalnej do malowania maskującego oraz oleju smarowego do czyszczenia, smarowania i konserwacji broni są bezpośrednio związane ze SpW, gdyż ich związek z SpW jest tak bliski, że dostawy lub usługi naprawy, remontu SpW wykonywane przy użyciu tych farb oraz czynności czyszczenia, smarowania i konserwacji broni nie mogą być konstruktywnie wykorzystane bez SpW, z którym farby te i wspomniany olej są ściśle związane.

Natomiast brak jest uzasadnienia do kwalifikowania dostawy farb do malowania SpW, dla których nie określono szczególnych wymagań dotyczących przeprowadzania oceny zgodności tych wyrobów ze specyfikacjami technicznymi, w tym wynikające z braku Norm obronnych dla takiego wyrobu.

Dostawa farb specjalistycznych do SpW, które są wykorzystywane w przemyśle nie jest bezpośrednio związana ze sprzętem wojskowym i newralgicznym sprzętem i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów w rozumieniu art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy i tym samym nie stanowi zamówień w dziedzinach OiB.

Jednocześnie, co oczywiste, farby te nie stanowią SpW, gdyż nie zostały specjalnie zaprojektowane lub zaadaptowane do potrzeb wojskowych i przeznaczone do użycia jako materiały wojenne). Farby te nie stanowią również wyposażenia, bądź części, komponentów lub podzespołów SpW, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy).

Wspomniane farby, to wyroby przeznaczone dla przemysłu np. stocznioowego, w tym stoczni wojennych, których jednym z możliwych zastosowań jest wykonywanie przy ich użyciu, w ramach dostawy lub usług naprawy, konserwacji wojennych jednostek pływających, malowania (konserwacji) tych jednostek.

Reasumując, przesłankami determinującymi uznanie dostaw za bezpośrednio związane ze SpW są w szczególności wymagania dotyczące przeprowadzania oceny zgodności danych wyrobów, stanowiących przedmiot dostaw, ze

specyfikacjami technicznymi, w tym **cel, przeznaczenie tych dostaw**, które nie mogą być konstruktywnie (konkretnie) wykorzystane do innych celów niż SpW, z którym są bezpośrednio związane.

W przypadku dostaw bezpośrednio związanych z newralgicznym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy) chodzi o sprzęt do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera.

Przykładem usług bezpośrednio związanych z newralgicznym sprzętem (art. 131 ust. 1 pkt 3 w zw. z art. 2 pkt 5b ustawy) w szczególności są usługi:

- dostawa sprzętu (urządzeń) systemów zabezpieczeń (ochrony) technicznej obiektów jednostek i komórek organizacyjnych resortu obrony narodowej,
- dostawa części, urządzeń sieci wodno-kanalizacyjnych, energetycznych, ogrzewania, sieci magazynowania i przesyłania paliw, sieci teleinformatycznych,
- dostawa wszelkiego innego sprzętu do celów bezpieczeństwa, który wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera.

2. Usługi bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3)

Pojęcie usług, a w konsekwencji usług bezpośrednio związanych z SpW i newralgicznym sprzętem, ma szeroki zakres i wynika z ich ustawowego określenia przez które należy przez rozumieć wszelkie świadczenia, których przedmiotem nie są roboty budowlane lub dostawy (art. 2 pkt 10 ustawy).

Odnosząc to pojęcie do przepisu § 2 pkt 48 decyzji Nr 141/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. MON z 2017 r. poz. 149 oraz z 2018 r. poz. 186.) stwierdzić należy, że usługami bezpośrednio związanymi ze SpW są usługi napraw i remontów SpW, przeglądy techniczne, serwisowania SpW, modernizacji, modyfikacji SpW.

Usługami bezpośrednio związanymi ze SpW są także świadczenia o charakterze niematerialnym obejmujące sprawdzenie weryfikacyjne, testowanie SpW, wykonanie ekspertyz oraz analiz obejmujących proces pozyskiwania SpW.⁴²

Przesłanki kwalifikowania usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy).

Do zakwalifikowania usług bezpośrednio związanych ze SpW niezbędne jest łączne spełnienie następujących przesłanek:

- 1) przedmiotem zamówienia są usługi naprawy, konserwacji, szkolenia lub inne usługi (art. 2 pkt 10 ustawy).** Usługa ta **dotyczy SpW** w rozumieniu definicji określonej w art. 2 pkt 8 ustawy i zamieszczonego w wykazie broni,

⁴² Zob. § 2 pkt 10 decyzji Nr /MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. z 2017 r. poz. 149).

amunicji lub materiałów wojennych lub w wspólnym/krajowym wykazie uzbrojenia;

2) przedmiot usługi o której mowa w pkt 1, został wymieniony w wykazie usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym, stanowiącym załącznik Nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym.

Przykładowo Kod CPW 50841000-5 – dla Usług w zakresie napraw i konserwacji broni i systemów uzbrojenia.

3) istnieje bezpośredni związek ww. usług - ze SpW (art. 131a ust. 1 pkt 3).

Ad 1. Usługami naprawy, konserwacji SpW, bądź szkolenia na SpW są przykładowo:

1) usługa naprawy, remontu⁴³, konserwacji SpW - np. pojazdy opancerzone, pojazdy pływające lub zdolne do pokonywania w bród głębokich przeszkód, pojazdy ratownictwa technicznego, transportery rozpoznania inżynieryjnego TRI oraz transportery samobieżne PTS-M⁴⁴.

Ww. sprzęt wojskowy został zamieszczony w Liście uzbrojenia ML/LU6a Wspólnego Wykazu Uzbrojenia Unii Europejskiej z 26.02.2019 r. oraz w Wykazu uzbrojenia, stanowiącego załącznik Nr 1 i 3 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z 24.06.2019 r. w kategorii uzbrojenia LU6.a „pojazdy naziemne oraz ich elementy składowe, specjalnie zaprojektowane lub zmodyfikowane do celów wojskowych. Zgodnie z uwagą 1: „ML/LU6.a obejmują:

a) lit. b. pojazdy opancerzone,

b) lit.c. pojazdy pływające lub zdolne do pokonywania w bród głębokich przeszkód wodnych; (...);”;

2) usługa naprawy - uniwersalnych kamizelek ochronnych UKO¹⁾, ubiór bojowy żołnierza piechoty UBP, ubiór strzelca pokładowego UBS:

UKO, UBP, UBS stanowią sprzęt wojskowy, mieszczący się w Wspólnym/Krajowym Wykazie Uzbrojenia – Lista (kategoria) uzbrojenia ML/LU 13. lit. d pkt 1 pancerze osobiste lub odzież ochronna i ich elementy składowe, wyprodukowane zgodnie z normami lub wymaganiami wojskowymi

⁴³ „Remont (naprawa)” - zespół czynności mających na celu odtworzenie sprawności technicznej sprzętu wojskowego (zdatności do użytkowania) lub jego resursu przez usunięcie powstałych niesprawności (uszkodzeń) i wykonanie określonych czynności zgodnie z wymaganą technologią.

⁴⁴ **Transporter rozpoznania inżynieryjnego TRI** - Lekko opancerzony transporter gąsienicowy na bazie MTLB. (Pływający Transporter Opancerzony. Przeznaczenie: do prowadzenia rozpoznania terenu, rejonów przepraw, fortyfikacyjnej rozbudowy terenu, rejonów rozmieszczenia i rubieży przewidzianych do wprowadzenia wojsk. W środku znajdują się skrzynie ze sprzętem saperskim, minerskim i rozpoznania. Uzbrojenie: karabin maszynowy WKM NSW kalibru 12,7 mm, granatnik RPG-73 Komar,

Transportery samobieżne PTS-M (amfibia) - gąsienicowy transporter pływający.

Przeznaczenie do przeprawy desantowej dział artyleryjskich, kołowych i gąsienicowych ciągników artyleryjskich, transporterów opancerzonych, samochodów, pododdziałów desantowych oraz innych ładunków.

albo normami lub wymaganiami równoważnymi oraz specjalnie zaprojektowane do nich elementy składowe;

Kod CPW 50841000-5 – dla Usług w zakresie napraw i konserwacji broni i systemów uzbrojenia.

3) usługi szkolenia (teoretycznego oraz praktycznego na symulatorze lotu śmigłowca Mi-2, czy Mi-17.

Symulator lotu śmigłowca stanowi sprzęt wojskowy wymieniony w grupie LU14 'Sprzęt specjalistyczny do szkolenia wojskowego' lub do symulacji gier wojennych, symulatory specjalnie zaprojektowane do szkolenia zamieszczonej w Wykazie uzbrojenia, stanowiącym załącznik nr 1 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 24 czerwca 2019 r. w sprawie wykazu uzbrojenia, na obrót którym jest wymagane zezwolenie.

Kod CPW 50841000-5 – dla Usług w zakresie napraw i konserwacji broni i systemów uzbrojenia.

Ad 2. Przedmiotem usług są „usługi SpW, wymienione pkt 1 wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym, stanowiącym załącznik Nr 1, albo w wykazie usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze nie priorytetowym, stanowiącym załącznik Nr 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym.

Kod CPW 50841000-5 – dla Usług w zakresie napraw i konserwacji broni i systemów uzbrojenia.

Ad 3. Istota bezpośredniego związku usług (naprawy, konserwacji) lub szkolenia ze SpW (art. 131a ust. 1 pkt 3) wyraża się w tym, że przedmiotowe usługi nie mogą być konstruktywnie (konkretnie) wykorzystane do innych celów niż SpW, z którym są bezpośrednio związane.

Wyżej wymienione usługi naprawy, konserwacji itd. są niezbędne dla zabezpieczenia eksploatacji i utrzymania (przywrócenia) sprawności SpW i jako takie są ściśle (nierozzerwalnie) związane ze SpW.

W szczególności usługa szkolenia na symulatorze lotu nie może być konstruktywnie wykorzystana do innych celów niż przeprowadzenia na nim szkolenia teoretycznego i praktycznego pilotów wojskowych statków powietrznych.

Usługa szkolenia na symulatorach lotu jest niezbędna dla uzyskania, utrzymania i doskonalenia lotniczego pilotów wojskowych oraz personelu naziemnego, w celu bezpiecznego i efektywnego wykorzystania SpW, jakimi są wojskowe statki powietrzne.

Zaznaczenia wymaga, że jeżeli w podanym wyżej przykładzie przedmiotem zamówienia byłaby dostawa np. kamizelki ochronne UKO, ubiór bojowy żołnierza piechoty UBP, ubiór strzelca pokładowego UBS to dostawę takiego wyposażenia należy kwalifikować jako dostawę sprzętu wojskowego, zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 1 ustawy oraz LU 13. lit. d pkt 1 załącznika Nr 1 i 3 do rozporządzenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii z dnia 28 lutego 2018 r., a nie jako dostawę bezpośrednio związaną ze SpW, o której art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy.

3. Roboty budowlane bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3)

Zgodnie z definicją robót budowlanych, zawartą w art. 2 pkt 8 ustawy - należy przez to rozumieć wykonanie albo zaprojektowanie i wykonanie robót budowlanych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 2c lub obiektu budowlanego, a także realizację obiektu budowlanego, za pomocą dowolnych środków, zgodnie z wymaganiami określonymi przez zamawiającego.

Przykłady robót budowlanych bezpośrednio związanych ze SpW

- budowa obiektów testowych dla SpW,
- budowa obiektów budowlanych dla sprzętu specjalistycznego do szkolenia wojskowego, dla symulacji scenariuszy wojskowych, symulatory, trenażery do treningu użytkowania broni, innego SpW lub dla systemów nawigacyjnych wspomagających lądowanie samolotów (ILS),
- budowa strzelnicy garnizonowej,
- magazynów amunicji, materiałów wybuchowych, w tym magazynów kontenerowych SpW.

Wojskowe wersje trenażerów, jako specjalistyczny sprzęt do szkolenia wojskowego, symulatory specjalnie zaprojektowane do szkolenia w posługiwaniu się jakąkolwiek bronią określoną w LU1 lub LU2 zostały zamieszczone w grupie ML/LU 14, odpowiednio Wspólnego wykazu uzbrojenia UE oraz Wykazu uzbrojenia Ministra Przedsiębiorczości i Technologii.

Roboty budowlane obejmują infrastrukturę budowlaną bezpośrednio związaną z SpW i newralgicznym sprzętem, której przedmiotem i przeznaczeniem są w szczególności roboty budowlano-montażowe służące zapewnieniu utrzymania i eksploatacji SpW i newralgicznego sprzętu.

4. Cykl życia

W procesie planowania i kwalifikowania zamówień w dziedzinach OiB należy uwzględnić cykl życia przedmiotu tych zamówień.

W wyniku zmian wprowadzonych ustawą nowelizacyjną z dnia 22.06.2016 r., zgodnie z art. 2 pkt 1a ustawy przez cykl życia - należy rozumieć wszelkie możliwe kolejne lub powiązane fazy istnienia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej, w szczególności badanie, rozwój, projektowanie przemysłowe, testowanie, produkcję, transport, używanie, naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie, zużycie, wyburzenie, wycofanie i usuwanie.

Definicja cyklu życia oparta została na definicji cyklu życia zawartej w art. 2 ust. 1 pkt 20 dyrektywy 2014/24/UE, zgodnie z którym „cykl życia” oznacza wszystkie kolejne lub powiązane ze sobą etapy, w tym: działania badawczo-rozwojowe, które należy wykonać, produkcję, obrót i jego warunki, transport, użytkowanie i utrzymanie, w całym okresie istnienia produktu lub obiektu budowlanego lub świadczenia usługi – od nabycia surowca lub wytworzenia zasobów po wywóz, usunięcie i zakończenie obsługi lub użytkowania.

Cykl życia przedmiotu dostawy, usługi lub roboty budowlanej należy odnosić do zakresu przedmiotowego zamówień w dziedzinach OiB, o których mowa w art. 131a ust. 1, w tym cyklu życia SpW, wraz z wszelkimi jego częściami, komponentami lub podzespołami, robót budowlanych, dostaw i usług bezpośrednio związanych ze sprzętem wojskowym oraz newralgicznym sprzętem i wszystkich jego części, komponentów i podzespołów związanych z cyklem życia tego produktu.

Zgodnie z art. 91 ust. 3b i 3c ustawy kryterium kosztu (w kryteriach oceny ofert) można określić z wykorzystaniem rachunku kosztów cyklu życia.

Rachunek kosztów cyklu życia może obejmować w szczególności koszty poniesione przez zamawiającego lub innych użytkowników związane z nabyciem, użytkowaniem, w szczególności zużycie energii i innych zasobów, utrzymaniem, wycofaniem z eksploatacji, w szczególności koszty zbierania i recyklingu;

Zamawiający przy wykorzystaniu kryterium kosztu cyklu życia ma możliwość dokonania efektywnego wyboru oferty najkorzystniejszej, uwzględniającej cały cykl życia przedmiotu zamówienia, w tym nie tylko koszty związane z samym nabyciem, ale także użytkowaniem, eksploatacją SpW, w tym naprawę, modernizację, zmianę, utrzymanie przez okres istnienia, logistykę, szkolenie.

Stosowanie kryterium kosztu cyklu życia zarówno do zamówień klasycznych, jak w dziedzinach OiB wymuszają zasady wydatkowania środków publicznych, w tym w sposób celowy i oszczędny, z zachowaniem zasady uzyskiwania najlepszych efektów z danych nakładów optymalnego doboru metod i środków służących osiągnięciu założonych celów, co wynika wprost z art. 44 ust. 2 i 3 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych.

Ma to szczególne znaczenie w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, ze względu na długi okres użytkowania większości SpW i związanej z tym konieczności uwzględnienia zabezpieczenia eksploatacji, unowocześnienia, w tym modernizacji, modyfikacji przez cały cykl życia tego produktu.

W związku z tym należy zaznaczyć, że w szczególności pozyskiwanie SpW powinno odbywać się z uwzględnieniem cyklu życia SpW, zgodnie z art. 2 pkt 1a ustawy oraz § 2 pkt 5 i § 7 decyzji Nr 141/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 5 lipca 2017 r. w sprawie systemu pozyskiwania, eksploatacji i wycofywania sprzętu wojskowego Sił Zbrojnych RP.

§ 8. Roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi (art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy).

Przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach OiB mają zastosowanie również do usług i robót budowlanych do „szczególnych celów wojskowych”. Dotyczy to robót budowlanych i usług, które są wykonywane do szczególnych celów wojskowych, a nie są bezpośrednio związane ze SpW (art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy).

W przeciwieństwie do newralgicznych dostaw, newralgicznych robót budowlanych lub usług przepisy ustawy nie definiują pojęcia roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych.

Z brzmienia członu pierwszego art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy wynika, że chodzi w nim o „szczególnych cel wojskowy”, a nie o cel wojskowy jako taki.

Opierając się na wykładni językowej, literalnej należy stwierdzić, że "szczególne" to niepowседневni, wyjątkowy.⁴⁵

1. Roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych (art. 131a ust. 1 pkt 4).

Przykład robót do szczególnych celów wojskowych:

- budowa pasa startowego,
- budowa schronów przeciwlotniczych i przeciwiatomowych⁴⁶,
- budowa specjalnej infrastruktury dla nowo pozyskanego SpW.

2. Usługi do szczególnych celów wojskowych (art. 131a ust. 1 pkt 4).

Usługi do szczególnych celów wojskowych dotyczą usług, które są wykonywane do szczególnych, a nie typowych celów wojskowych i jednocześnie nie są bezpośrednio związane ze SpW.

Przykłady usług do szczególnych celów wojskowych:

- Usługa transportu wojska (żołnierzy wraz z wyposażeniem)⁴⁷,
- Usługa wynajmu samolotu do ćwiczeń wojskowych,
- Usługa wynajmu statków powietrznych wraz z załogą oraz infrastrukturą do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego.

Tryb udzielenia zamówienia - przetarg ograniczony albo negocjacje z ogłoszeniem (art. 131h ust. 1 ustawy Pzp).

Przykład błędnego kwalifikowania usługi wynajmu statków powietrznych wraz z załogą do ćwiczeń wojskowych i do wykonywania oraz zabezpieczenia szkolenia spadochronowego.

Zastosowano tryb udzielenia zamówienia: Przetarg nieograniczony.

Kod CPV: 60424100-7 Wynajem statków powietrznych wraz z załogą.

Innym przykładem usług do szczególnych celów wojskowych jest usługa szkolenia: kurs nauki języka angielskiego dla potrzeb wojska.

Z charakteru tej usługi wynika, że usługa ta jest realizowana zgodnie z decyzją Nr 251/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 26 czerwca 2015 r. w sprawie kształcenia i egzaminowania ze znajomości języków obcych w resorcie obrony narodowej (Dz. Urz. Min. Obr. Nar. z 2015 r. poz. 193 i z 2018 r. poz. 73), a jej cel, wymogi, zadania i kryteria znajomości na poszczególnych poziomach nauczania określają odpowiednie porozumienia standaryzacyjne (Porozumienie standaryzacyjne STANAG 6001).

⁴⁵ Zob. Słownik języka polskiego, Wydawnictwo PWN.

⁴⁶ Zob. Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania, op. cit., pkt 4.1.3).

⁴⁷ Zob. Nota wyjaśniająca dotycząca zakresu zastosowania, op. cit., pkt 4.1.3).

Z kolei na wspomnianych porozumieniach standaryzacyjnych NATO oparty jest „Ramowy program nauczania języka angielskiego w Siłach Zbrojnych RP”.

Dla potrzeb zakwalifikowania usługi szkolenia językowego jako usługi do szczególnych celów wojskowych, nie może to być zatem cel wojskowy jako taki, jakim jest nauka języka angielskiego w ogóle, na zasadach powszechnych.

W związku z powyższym usługą do szczególnych celów wojskowych będzie usługa wykonywana w ramach organizowanego kursu języka angielskiego, polegająca **na nauczaniu specjalistycznym** słownictwa wojskowego, terminologii wojskowej w języku angielskim o szczególnych cechach związanych z tematyką wojskową, zgodnie z ww. Ramowym programem nauczania.

Wspomniana usługa szkolenia ma zatem szczególny cel wojskowy jakim jest zdolność komunikowania się w języku angielskim członków Sił Zbrojnych RP, zgodnie z zobowiązaniami sojuszniczymi naszego państwa, jako członka Organizacji Traktatu Północnoatlantyckiego.

Czynnikiem, decydującym o zakwalifikowaniu usług lub robót budowlanych do szczególnych celów wojskowych, będzie zatem cel wojskowy jakemu służą usługi lub roboty budowlane.

3. Newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi - uwagi ogólne

Zgodnie z drugim członem art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy przepisy niniejszego rozdziału (rozdziału 4a) stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4, jeżeli przedmiotem zamówienia są newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

W myśl art. 2 pkt 5a ustawy przez newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi - należy rozumieć roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

Z definicji newralgicznych robót budowlanych (art. 2 pkt 5a oraz newralgicznych usług (art. 2 pkt 5c ustawy) wynika, że do ich zaistnienia wymagane jest **łącznie** zaistnienie następujących warunków:

- 1) roboty budowlane lub usługi są wykonywane do celów bezpieczeństwa;
- 2) roboty budowlane lub usługi wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają;
- 3) przedmiotem zamówienia są:
 - a) roboty budowlane (art. 2 pkt 8 ustawy) - zamieszczone w rozporządzeniu Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie wykazu robót budowlanych,
 - b) usługi (art. 2 pkt 10) - zamieszczone w wykazie usług w OiB o charakterze priorytetowym oraz niepriorytetowym, stanowiących załącznik, odpowiednio nr 1 i 2 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i niepriorytetowym (Dz. U. z 2016 r. poz. 1135)

Cel bezpieczeństwa

W przypadku zamawiających, jakimi są wojskowe jednostki budżetowe ustalenie, na etapie publikacji planu postępowań o udzielenie zamówień

i w procesie przygotowywania postępowania, że przedmiotem postępowania są roboty budowlane do celów bezpieczeństwa, których wykonanie wiąże się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera, oznacza iż są to newralgiczne roboty budowlane.

W związku z tym zamawiający, będąc zamawiającym o którym mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1 ustawy, w postępowaniu o udzielenie zamówienia, którego przedmiotem są newralgiczne roboty budowlane, zgodnie z art. 131 ust. 1 pkt 4 ustawy obowiązany jest stosować przepisy rozdziału 4a dział III ustawy.

W konsekwencji zamawiający powinien prowadzić postępowania we właściwym trybie, którymi są w zamówieniach w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa tryb przetargu ograniczonego albo negocjacji z ogłoszeniem, a w przypadku zaistnienia wymaganych przesłanek tryb negocjacji bez ogłoszenia, zamówienia z wolnej ręki oraz licytacji elektronicznej, zgodnie z art. 131 h ustawy.

Bezpieczeństwo w odniesieniu do newralgicznych robót budowlanych lub newralgicznych usług jest szerokim pojęciem i dotyczy zarówno „bezpieczeństwa” wojskowego komórek i jednostek organizacyjnych resortu obrony narodowej, jak i bezpieczeństwa niewojskowego jednostek organizacyjnych (zamawiających) w takich obszarach jak policja, służby celne, Służby Ochrony Państwa, ochrona cywilna, itd.).

Szerokie rozumienie pojęcia „bezpieczeństwa” oznacza, że obejmuje ono swoim zakresem różnego rodzaju zamówienia, których przedmiotowym są newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Dotyczy to zatem nie tylko newralgicznych robót budowlanych i usług obejmujących bezpieczeństwo militarne, obronność związaną z wykonaniem infrastruktury dla pozyskiwanego i użytkowanego SpW, czy bezpieczeństwa ochrony obiektów, ale także odnoszących się do bezpieczeństwa sieci wodno-kanalizacyjnych, energetycznych, ogrzewania, sieci magazynowania i przesyłania paliw, sieci teleinformatycznych, czy zapewnienie bezpieczeństwa i higieny służby (pracy) jakimi są newralgiczne usługi kompleksowego utrzymania czystości komórek i jednostek organizacyjnych wojska.

Jeżeli zamawiający, ze względu na rodzaj przedmiotu robót budowlanych lub usług, przy określaniu warunków dotyczących posiadania kompetencji lub uprawnień do prowadzenia określonej działalności zawodowej, określił wymaganie posiadania aktualnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, co najmniej trzeciego stopnia, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych z wyłączeniem możliwości ich przetwarzania w użytkowanych przez niego obiektach, potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych o klauzuli „poufne” lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW, a w przypadku przedsiębiorcy wykonującego działalność jednoosobowo i osobiście – aktualne poświadczenie bezpieczeństwa potwierdzające zdolność do ochrony informacji niejawnych, upoważniające do dostępu do informacji niejawnych o klauzuli tajności „poufne” lub wyższej, wydawane przez ABW albo SKW i aktualne zaświadczenie o odbytym przeszkoleniu w zakresie ochrony informacji niejawnych oraz posiadania poświadczeń bezpieczeństwa osobowego o określonej klauzuli, oznacza to,

że w przypadku wojskowych jednostek zamawiających, przedmiot zamówienia należy kwalifikować jako newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi.

Można postawić tezę, że w przypadku newralgicznych robót budowlanych lub usług w jednostkach (instytucjach) wojskowych przesłanka, że roboty budowlane lub usługi są wykonywane do celów bezpieczeństwa jest spełniona, gdyż dotyczy to robót, usług w obiektach jednostek wojskowych, które wchodzą w skład Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej, które realizują konstytucyjne zadania państwa, w tym zapewnienia bezpieczeństwa narodowego.

Jednocześnie przesłanka usług lub robót budowlanych „do celów bezpieczeństwa jest spełniona, gdyż dotyczy to wykonywania tych usług lub robót w obiektach jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej, które są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa.

Dla rozumienia wykonywania robót budowlanych „**do celów bezpieczeństwa**” aktualne są uwagi zamieszczone wyżej w części IV Dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów.

Podobnie w zakresie wymagań dotyczących korzystania z informacji niejawnych mają zastosowanie uwagi przedstawione wyżej w części IV. W tym miejscu wystarczy jedynie wskazać, że informacje są niejawne, jeśli nadano im klauzulę „zastrzeżone”, „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

4. Newralgiczne roboty budowlane

Zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 5a i 8 ustawy do robót budowlanych, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają zamawiający obowiązany jest przygotować i przeprowadzić postępowanie zgodnie z przepisami rozdziału 4a ustawy.

Opierając się na stanowisku prezentowanym w tym zakresie w orzecznictwie KIO, wskazać należy, iż za przyjęciem, że do robót budowlanych, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają konieczne jest zastosowanie procedur opisanych w rozdziale 4a ustawy przemawia także odrębny katalog przesłanek wykluczenia określonych w art. 131e ust. 1 ustawy, który w pkt 3 - 5 i ust. 2 pozwala na eliminowanie z postępowania wykonawców, którzy nie dają rękojmi zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Rozdział 4a reguluje także sposób postępowania z dokumentami postępowania już na etapie ubiegania się przez wykonawcę o zamówienie.

Ponadto jedynie z art. 131g ust. 1 ustawy wynikają uprawnienia zamawiającego związane z wyborem wykonawcy dającego rękojmię zachowania tajemnicy informacji niejawnych w sposób określony w przepisach o ochronie informacji niejawnych, albowiem w celu zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych zamawiający określa w opisie przedmiotu zamówienia zamieszczonym

w specyfikacji istotnych warunków zamówienia lub w ogłoszeniu o zamówieniu wymagania związane z realizacją zamówienia w OiB.⁴⁸

Powyższe uwagi mają zastosowanie również do newralgicznych usług (o czym niżej).

Przykładem newralgicznych robót budowlanych są roboty budowlane polegające na wykonaniu systemów zabezpieczenia technicznego stref ochronnych obiektów wojskowych oraz wszelkie inne roboty do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

5. Newralgiczne usługi

Definicję newralgicznych usług określa art. 2 pkt 5c ustawy, zgodnie z którym przez newralgiczne usługi - należy rozumieć usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

Tym samym przepisy rozdziału 4a stosuje się do zamawiających, jakimi są wojskowe jednostki sektora finansów publicznych, udzielających zamówień których przedmiotem są newralgiczne usługi, zgodnie z art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy.

Cel bezpieczeństwa oznacza, że wykonywana usługa, zgodnie z jej przeznaczeniem, służyć ma do celów bezpieczeństwa wojskowego.

Natomiast informacje niejawne, z których korzystaniem wiąże się wykonanie określonej usługi oznaczają niejawne informacje w rozumieniu art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, oznaczone jedną z klauzul - „zastrzeżone”, „poufne”, „tajne” lub „ściśle tajne”, zgodnie z przepisami tej ustawy.

Z prawem zamawiającego do określenia wymagań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych, wiążą się uprawnienia jakie wynikają dla niego w szczególności z przepisów § 4 i 6 rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz. U. z 2016 r. poz. 1126 oraz z 2018 r. poz. 1993.)

W szczególności w przypadku zamówień publicznych, o których mowa w art. 131a ust. 1 ustawy, zamawiający może żądać, oprócz dokumentów, o których mowa w § 5 pkt 1-9, także innych dokumentów potwierdzających brak podstaw wykluczenia, w tym:

- 1) ważnego odpowiedniego poświadczenia bezpieczeństwa, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych;
- 2) ważnego świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego, gwarantującego zdolność do ochrony informacji niejawnych, o którym mowa w ustawie z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

⁴⁸ Wyrok KIO z dnia 12 lutego 2015 r KIO 172/15.

Obok usług ochrony osób i mienia realizowanych przez SUFO, usług kompleksowego utrzymania czystości, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają, newralgicznymi usługami, o których mowa w art. 131a ust. 1 pkt 4 w zw. z art. 2 pkt 5c ustawy są przykładowo:

- usługi napraw, konserwacji wewnętrznych sieci energetycznych,
 - usługi napraw, konserwacji wewnętrznych sieci wodno-kanalizacyjnych, ciepłowniczych,
 - usługi w zakresie napraw i konserwacji instalacji budynkowych,
 - usługi napraw, serwisowania sieci magazynowania, przesyłania lub dystrybucji paliw,
 - usługi napraw, serwisowania instalacji systemów zabezpieczeń (ochrony) obiektów,
 - usługi napraw, serwisowania infrastruktury teleinformatycznej
- które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają,
- wszelkie inne usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

Jak już wcześniej wspomniano w przypadku jednostek wojskowych, ze względu na ich przeznaczenie i okoliczność, że obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa, zostaje spełniona przesłanka iż usługi wykonywane w tych obiektach są usługami do celów bezpieczeństwa!

Z definicji newralgicznych usług (art. 2 pkt 5c ustawy), podobnie jak newralgicznych robót budowlanych (art. 2 pkt 5a) wynika, że do zaistnienia newralgicznych newralgicznych usług wymagane jest **łącznie** zaistnienie warunków zawartych w definicji tych pojęć (usługi są wykonywane do celów bezpieczeństwa i wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają).

Jednocześnie dla podanych wyżej przykładów usług newralgicznych została spełniona przesłanka zamieszczenia tych usług w wykazie usług w dziedzinach OiB o charakterze priorytetowym, stanowiących załącznik, nr 1 do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 28 lipca 2016 r. w sprawie wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym i nie priorytetowym, tj. odpowiednio:

Nr kategorii, przedmiot wraz z podanym w ww. wykazie Nr referencyjnym CPV

1. Usługi konserwacyjne i naprawcze, w tym 50700000-2 Usługi w zakresie napraw i konserwacji instalacji budynkowych, 50720000-8 Usługi w zakresie napraw i konserwacji centralnego ogrzewania, 50730000-1 Usługi w zakresie napraw i konserwacji układów chłodzących.
4. Usługi w zakresie działalności detektywistycznej i ochroniarskiej,
18. Usługi sprzątnięcia budynków i usługi zarządzania mieniem,

19. Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne,
20. Usługi w zakresie szkolenia i symulacji w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Zaznaczenia wymaga, że jeżeli usługa, nie wiązałby się z korzystaniem z informacji niejawnych, nie wymagała ich wykorzystania lub by je nie zawierała, to przy spełnieniu jedynie przesłanki „usługi do celów bezpieczeństwa” i zamieszczenia jej w wykazie usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym, nie stanowiłaby newralgicznej usługi w rozumieniu art. 2 pkt 5c w zw. z art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy.

Jak już wcześniej wskazano, ze względu na charakter obiektów jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej, które są obiektami szczególnie ważnymi dla bezpieczeństwa i obronności państwa i wymaganiami zamawiającego w zakresie usług do celów bezpieczeństwa wiążących się z korzystaniem informacji niejawnych, usługa ochrony tych obiektów stanowi newralgiczną usługę, do której nie mają zastosowania ww. przepisy rozdziału 6 ustawy.

Stanowisko takie wynika wprost z art. 138g ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przepisów niniejszego rozdziału (rozdziału 6) nie stosuje się do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Dotyczy to wszystkich zamówień, których przedmiotem są zamówienia określone w art. 131a ust. 1 ustawy.

Kwalifikowanie pozostałych z ww. usług, które nie spełniałyby przesłanek newralgicznej usługi jest uzależnione w szczególności od ustalenia, czy jednocześnie dana usługa jest bezpośrednio związana ze sprzętem wojskowym lub newralgicznym sprzętem, tj., czy stanowi usługę, o której mowa w art. 131a ust. 1 pkt 3 ustawy.

Niewątpliwie usługi w zakresie szkolenia i symulacji na symulatorze lotu śmigłowca wojskowego stanowią zamówienie w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, jako usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, jakim jest symulator lotu śmigłowca, która to usługa, jak już wyżej wskazano, została zamieszczona w kategorii 20 Wykazu usług w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa o charakterze priorytetowym.

Szczegółowo była o tym mowa w § 2 część III. 2 Usługi bezpośrednio związane ze SpW i newralgicznym sprzętem (art. 131a ust. 1 pkt 3).

Jeżeli kompleksowa usługa utrzymania czystości pomieszczeń, dróg, chodników, płaszczyzn utwardzonych, terenów zieleni – zlokalizowanych na terenie kompleksu wojskowego wiąże się z korzystaniem przez wykonawcę z informacji niejawnych, wymaga ich wykorzystania lub je zawiera to stanowi ona newralgiczną usługę w rozumieniu art. 2 pkt 5s ustawy, dla których zamawiający stosuje przepisy działu III rozdziału 4a ustawy (art. 131a ust. 1 pkt 4 ustawy).

Nie może budzić wątpliwości, że wspomniana usługa kompleksowego utrzymania czystości kompleksu wojskowego stanowi jednocześnie usługę „do celów bezpieczeństwa”, gdyż dotyczy utrzymania czystości obiektów

szczególnie ważnych dla bezpieczeństwa i obronności państwa, jakimi są obiekty jednostek organizacyjnych podległych Ministrowi Obrony Narodowej.

Wspomniana usługa służy „do celów bezpieczeństwa” jakim jest obowiązek jednostki wojskowej zapewnienia bezpieczeństwa i higieny pracy, czy też bezpieczeństwo sanitarne⁴⁹, które mieszczą się w pojęciu bezpieczeństwa w rozumieniu definicji newralgicznej usługi.

Jak już wcześniej wskazano, przy omawianiu pojęcia „bezpieczeństwa”, pojęcie to, w odniesieniu do zakresu przedmiotowego zamówień w dziedzinach OiB (art. 131a ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy), ma szerokie znaczenie, w przeciwieństwie do istotnego interesu bezpieczeństwa państwa (art. 4 pkt 5 lit. b ustawy), czy podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (art. 4 pkt 5b ustawy) i dotyczy wszystkich obszarów bezpieczeństwa, jakie występują w jednostkach i komórkach organizacyjnych resortu obrony narodowej.

Niektóre newralgiczne usługi ze względu na specyfikę, wielorodzajowość przedmiotu zamówienia wchodzi w skład zamówień mieszanych, które swoim zakresem obejmują również dostawę newralgicznego sprzętu, a jeżeli jest to wymagane również wykonanie newralgicznych robót budowlanych, odpowiadających rodzajowi przedmiotu zamówienia. Przykładowo takim zamówieniem będą usługi instalacji wraz z dostawą newralgicznego sprzętu (urządzeń) jego montażem i związanymi z tym robotami budowlanymi oraz uruchomieniem systemów zabezpieczeń i infrastruktury teleinformatycznej.

Powyższe wynika z charakteru tych zamówień, jako zamówień w dziedzinach (do celów) bezpieczeństwa, które co do zasady wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych. Oznacza to, że do udzielania zamówień, których przedmiotem są newralgiczne usługi, podobnie jak newralgiczne roboty budowlane i dostawy newralgicznego sprzętu, stosuje się zasady i tryb udzielania zamówień określone w rozdziale 4a. W takim przypadku zamawiający w szczególności stosuje tryb przetargu ograniczonego, albo negocjacji z ogłoszeniem, jako podstawowe tryby udzielania zamówień w dziedzinach OiB, a w okolicznościach określonych w rozdziale 4a tryb, o którym mowa w art. 131h ustawy.

W zakresie uprawnień zamawiającego do określenia wymagań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych, do których odnosi się definicja newralgicznych usług, zastosowanie mają przepisy rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane oraz przepisy ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych.

W odniesieniu do wymagań związanych z zapewnieniem bezpieczeństwa informacji niejawnych aktualne są uwagi dotyczące newralgicznych robót budowlanych.

⁴⁹ Sanitarny «dotyczący spraw zdrowia, higieny i profilaktyki»: Słownik Języka Polskiego PWN.

§ 9. Stosowanie przepisów z dziedzin obronności i bezpieczeństwa do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej (art. 131a ust. 1a ustawy)

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw rozszerzyła zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB poprzez dodanie w art. 131a po ust. 1 ust. 1a.

Zgodnie z tym przepisem, przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej, o której mowa w ustawie z dnia 26 kwietnia 2007 r. o zarządzaniu kryzysowym (t.j. Dz. U. z 2019 r. poz. 1398).

W wyniku z powyższej zmiany, zgodnie z art. 3 pkt 2 ustawy o zarządzaniu kryzysowym, zamówieniami w dziedzinach OiB będą zamówienia dotyczące infrastruktury krytycznej, obejmujące m.in. systemy: zaopatrzenia w energię, surowce energetyczne i paliwa; łączności; zaopatrzenia w żywność, w wodę; ochrony zdrowia; transportowe.

Brzmienie art. 131a ust. 1a „przepisy niniejszego rozdziału stosuje się”, prowadzi do wniosku, że przepisy działu 3 rozdział 4a ustawy stosuje się do zamówień dotyczącej infrastruktury krytycznej, jeżeli ich przedmiotem jest zamówienie w dziedzinach OiB w rozumieniu art. 131a ust 1 ustawy. Wynika to z treści przywołanego przepisu, określającego zakres przedmiotowy zamówień w dziedzinach OiB, zgodnie z którym „Przepisy niniejszego rozdziału stosuje się do zamówień udzielanych przez zamawiających, o których mowa w art. 3 ust. 1 pkt 1-4 ustawy, jeżeli przedmiotem zamówienia są: (...)”.

Stanowisko to znajduje również swoje uzasadnienie w definicji „zamówień w OiB przez które należy rozumieć zamówienia, o których mowa w art. 131a ust. 1 (art. 2 pkt 15 ustawy).

W związku z powyższym, za opinią Urzędu Zamówień Publicznych stwierdzić należy, że dodanie w dziale III rozdział 4a ustawy przepisu dotyczącego zamówień krytycznych - art. 131a ust. 1a nie zmieniło zakresu przedmiotowego stosowania przepisów z dziedzin OiB, określonych w powołanym przepisie art. 131a ust. 1 ustawy.

W dalszym ciągu, możliwość skorzystania z procedur przewidzianych dla zamówień udzielanych w dziedzinach OiB dotyczy tylko tych zamówień, które spełniają przesłanki stosowania przepisów z dziedzin obronności i bezpieczeństwa w rozumieniu dyrektywy. O okoliczności, czy dane zamówienie (w tym przypadku zamówienie dotyczące infrastruktury krytycznej) stanowi zamówienie z dziedzin obronności i bezpieczeństwa, rozstrzyga odniesienie zakresu zamówienia do definicji zawartych w dyrektywie, nie zaś sama przynależność zamówienia do określonej grupy (zamówień w ramach infrastruktury krytycznej).⁵⁰

⁵⁰ Zob. UZP: Art. 131a ust. 1a ustawy – stosowanie przepisów z dziedzin obronności i bezpieczeństwa do zamówień dotyczących infrastruktury krytycznej.