

Warszawa, 16 grudnia 2022 roku

DP.022.879.2022.KK  
KW-4695/2022

**Pani**  
**Alicja Kulka**  
**p.o. Głównego Geodety Kraju**

*Szanowna Pani,*

w odpowiedzi na pismo z dnia 2 listopada 2022 r. w sprawie interpretacji przepisów ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych (tj. Dz. U. z 2022 poz. 1710 ze zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, Urząd Zamówień Publicznych uprzejmie wyjaśniam, co następuje.

Jak wynika z pisma, przedmiotem zamówienia jest opracowanie zbiorów danych fotogrametrycznych poprzez m.in. przygotowanie cyfrowej ortofotomapy i danych wysokościowych. Opracowanie jej polega m.in. na wykonaniu zdjęć lotniczych obszaru wskazanego w przedmiocie zamówienia, przy czym obszar ten może zawierać „niejawne tereny zamknięte”, czyli tereny o charakterze zastrzeżonym ze względu na obronność i bezpieczeństwo państwa (art. 2 pkt 9 ustawy z dnia 17 maja 1989 r. Prawo geodezyjne i kartograficzne, dalej „ustawy Pgik”). Materiały geodezyjne lub kartograficzne, dotyczące terenów zamkniętych, mogą wykonywać wyłącznie podmioty posiadające odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (Dz.U. z 2019 r. poz. 742), co wynika z art. 10 ust. 2 ustawy Pgik. Efektem prac jest otrzymanie przez zamawiającego ortofotomapy w postaci jawnej. Jeżeli jednak, tereny zamknięte zostaną w trakcie realizacji zamówienia utrwalone na zdjęciach lotniczych służących do wykonania ww. ortofotomapy, na wykonawcy spoczywa obowiązek pogorszenia zdolności rozdzielczej wykonanych zdjęć lotniczych w granicach terenów zamkniętych.

Art. 7 pkt 36 ustawy Pzp stanowi, że poprzez zamówienie w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa należy rozumieć zamówienie udzielane przez zamawiającego publicznego lub zamawiającego sektorowego, którego przedmiotem są m.in. roboty budowlane i usługi przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych, newralgiczne roboty budowlane lub newralgiczne usługi. Z kolei art. 7 pkt 13 ustawy Pzp definiuje newralgiczne usługi jako usługi przeznaczone do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych lub informacji podlegających ochronie ze względów bezpieczeństwa, wymagają ich wykorzystania lub je zawierają.

Powyższe przepisy stanowią transpozycję do polskiego porządku prawnego dyrektywy 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE, zwaną dalej "dyrektywą obronną". Zatem znaczenie norm zawartych w powyższych przepisach ustawy Pzp opierać

się musi w szczególności na wykładni prounijnej, gwarantującej osiągnięcie celu, który wyznacza dyrektywa obronna.

Jak wynika z "Noty wyjaśniającej KE dotyczącej zakresu stosowania dyrektywy obronnej"<sup>1</sup>, cel bezpieczeństwa oznacza, że roboty budowlane i usługi muszą być zamawiane do użycia w (szeroko rozumianym) celu (wojskowym lub niewojskowym) związanym z bezpieczeństwem. Przy czym, nota wyjaśniająca celowo zarysowała pojęcie "bezpieczeństwa" bardzo ogólnie, dostrzegając, że "w dzisiejszym środowisku strategicznym bezpieczeństwo obejmuje szeroki zakres bardzo różnych obszarów, działań i podmiotów. Ponadto, w pewnych obszarach, linia podziału między obronnością i bezpieczeństwem jest niewyraźna, co mnoży podobieństwa między wojskowymi i niewojskowymi potrzebami i zakupami. Celem dyrektywy jest w szczególności uwzględnienie tych „szarych” obszarów".

Z zarysowanego opisu przedmiotu zamówienia wynika, że analizowane zamówienie w przeważającej mierze jest zamówieniem klasycznym. Zamawiający jest zamawiającym publicznym z art. 4 pkt 1 ustawy Pzp, który udzielając tego zamówienia, kieruje się podstawowym celem, jakim jest tworzenie i aktualizowanie bazy danych geodezyjnych. Niemniej jednak zamówienie to posiada także element (aspekt) z dziedziny bezpieczeństwa. W ramach tego elementu zamówienia, obowiązkiem zamawiającego nałożonym na niego art. 10 ustawą Pgik (a zatem także celem, jaki musi osiągnąć przy jego udzielaniu) jest zapewnienie ochrony informacji niejawnych jaka jest, co najmniej, informacja o lokalizacji terenu zamkniętego, podczas wykonywania zdjęć lotniczych. Obowiązek ten polega w szczególności na (a) zapewnieniu, ażeby wykonawcy zamówienia posiadali odpowiednią zdolność do ochrony informacji niejawnych w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych (art. 10 ust. 2 ustawy Pgik), (b) informowaniu wykonawców, czy w granicach obszaru objętego zamówieniem znajdują się tereny zamknięte (art. 10 ust. 3 ustawy Pgik), (c) przekazywaniu wytycznych dotyczących zasad przetwarzania zobrażeń lotniczych zawierających informacje niejawne do postaci jawnej (art. 10 ust. 4 ustawy Pgik), etc. Wydaje się, że ten element zamówienia wpisuje się w definicję newralgicznej usługi, o jakiej mowa w art. 7 pkt 36 ustawy Pzp, dotyczy bowiem celu bezpieczeństwa (zapewnienie bezpieczeństwa terenom zamkniętym podczas wykonywania zdjęć lotniczych) oraz wymaga, wykorzystuje lub zawiera informacje niejawne. Podkreślić w tym miejscu należy, że elementem definiującym usługę newralgiczną (w tym także występującą w ramach szerszej usługi, która newralgicznego charakteru nie posiada) nie jest wymierny efekt jaki przynosi jej wykonanie (efektem może być dokument jawny), ale wyłącznie cel oraz występowanie informacji niejawnych (tutaj w rozumieniu przepisów ustawy z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych).

Ustawa Pzp wskazuje, jakie przepisy należy zastosować przy udzielaniu zamówienia klasycznego zawierającego element z dziedziny bezpieczeństwa. W zależności od okoliczności, czy zamówienie takie jest zamówieniem niepodzielnym czy podzielnym zastosowanie znajdą art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp lub art. 24 ustawy Pzp. Przy czym, jeżeli zamówienie jest zamówieniem klasycznym ale zawierającym elementy obronności i bezpieczeństwa zastosowanie znajdzie reguła określona w art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp.

Jak wynika z brzmienia art. 25 ust. 1 pkt 3 ustawy Pzp, jeżeli zamówienie jest niepodzielne na części oraz obejmuje równocześnie elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy,

---

<sup>1</sup> Nota wyjaśniająca KE dotycząca zakresu stosowania dyrektywy obronnej, (w:) Zamówienia w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, Wydawnictwo UZP, Warszawa 2011, s. 113

dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, zamówień sektorowych lub zamówień klasycznych, lub elementy, do których mają zastosowanie przepisy ustawy, i do których tych przepisów nie stosuje się, do udzielenia tego zamówienia stosuje się przepisy ustawy dotyczące zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje elementy obronności i bezpieczeństwa.

Z kolei jeżeli zamówienie takie jest podzielne, to zgodnie z regułą z art. 24 ustawy Pzp zamawiający może udzielić zamówienia w częściach lub jednego zamówienia. W przypadku udzielania zamówienia w częściach, do udzielenia każdego zamówienia stosuje się przepisy ustawy właściwe dla danej części, z uwzględnieniem art. 29 ust. 2 i art. 30 ust. 1, 2 i 4 ustawy Pzp (art. 24 ust. 2 ustawy Pzp), natomiast w przypadku udzielania jednego zamówienia zamawiający stosuje przepisy ustawy dotyczące udzielania zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, jeżeli zamówienie obejmuje część, do której mają zastosowanie te przepisy, a udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione obiektywnymi przyczynami (art. 24 ust. 3 pkt 2 ustawy Pzp).

Z powyższego wynika, że ustawa Pzp nie daje zamawiającym przestrzeni do stosowania przepisów klasycznych przy udzielaniu zamówień w okolicznościach, gdy dane zamówienie (lub jego element) ma charakter „obronnościowy”. Ustawa wskazuje na obowiązek stosowania regulacji zawartych w Dziale VI „Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa” zarówno, gdy zamówienie jest niepodzielne (a jego element dotyczy dziedziny bezpieczeństwa), jak również gdy jest w swojej istocie podzielne, ale zamawiający zamierza udzielić zamówienia bez podziału na części. Wyłączenie w okolicznościach, gdy możliwy jest potencjalny podział zamówienia i po stronie zamawiającego jest wola na dokonanie podziału zamówienia na części – zamawiający ma możliwość zastosowania regulacji klasycznych, ale tylko w zakresie części, która została pozbawiona w opisie przedmiotu zamówienia elementów „obronnościowych”.

Podsumowując powyższe rozważania należy zastrzec, że przytoczone wyjaśnienia mają na celu określenie normatywnego tła przedstawionego zagadnienia, natomiast decyzję dotyczącą, czy dana grupa zamówień będzie podlegała zamówieniom z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, czy też nie podejmuje zamawiający, który jest gospodarzem postępowania. Urząd Zamówień Publicznych nie jest uprawniony do wskazania takiego rozstrzygnięcia w wydawanej opinii prawnej.

Z poważaniem

Dyrektor Departamentu Prawnego