



Urząd
Zamówień
Publicznych

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa



ZAMÓWIENIA W DZIEDZINACH OBRONNOŚCI I BEZPIECZEŃSTWA

Warszawa 2011

Wybór i opracowanie:

Joanna Czarnecka

Artur Kowalski

pod kierunkiem Magdaleny Olejarz

ISBN: 978-83-88686-19-1

© Urząd Zamówień Publicznych

Warszawa 2011

SPIIS TREŚCI

Wprowadzenie	5
I. Komunikat wyjaśniający KE w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu . . .	9
II. Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE	17
DEFINICJE, ZAKRES STOSOWANIA I ZASADY OGÓLNE	33
PRZEPISY DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ	37
<i>Przepisy ogólne</i>	37
<i>Progi, centralne jednostki zakupujące i wyłączenia</i>	38
<i>Przepisy dotyczące zamówień na usługi</i>	42
<i>Zasady szczególne dotyczące dokumentacji zamówienia</i>	43
<i>Procedury</i>	49
<i>Zasady dotyczące ogłoszeń i przejrzystości</i>	55
<i>Przeprowadzenie procedury</i>	63
ZASADY DOTYCZĄCE PODWYKONAWSTWA	75
<i>Umowy o podwykonawstwo przyznane przez wybranych oferentów niebędących instytucjami/podmiotami zamawiającymi</i>	75
<i>Umowy o podwykonawstwo przyznane przez wybranych oferentów będących instytucjami/podmiotami zamawiającymi</i>	77
PRZEPISY MAJĄCE ZASTOSOWANIE DO ODWOŁAŃ	77
OBOWIĄZKI STATYSTYCZNE, UPRAWNIENIA WYKONAWCZE ORAZ PRZEPISY KOŃCOWE	85
ZAŁĄCZNIKI	91
III. Rozporządzenie Komisji nr 1177/2009	109
IV. Nota wyjaśniająca KE dotycząca zakresu zastosowania dyrektywy obronnej . .	113
V. Nota wyjaśniająca KE dotycząca wyłączeń szczególnych	121
VI. Nota wyjaśniająca KE dotycząca badań i rozwoju	131
VII. Nota wyjaśniająca KE dotycząca bezpieczeństwa dostaw	137
VIII. Nota wyjaśniająca KE dotycząca bezpieczeństwa informacji	157
IX. Nota wyjaśniająca KE dotycząca podwykonawstwa	169
X. Nota wyjaśniająca KE dotycząca offsetu	181

Mamy przyjemność przedstawić publikację poświęconą zamówieniom publicznym udzielanym w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa.

W myśl art. 346 ust. 1 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, dalej: TFUE, dawniej art. 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską, dalej: TWE, postanowienia Traktatów nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł: a) żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa; b) każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.

Należy jednak pamiętać, że zgodnie z utrwalonym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości Unii Europejskiej powoływanie się na ten przepis jest możliwe w odniesieniu do ściśle ograniczonych, wyjątkowych przypadków i wymaga każdorazowo przeprowadzenia szczegółowej analizy zasadności jego zastosowania, w tym analizy pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności¹. W 2006 r. Komisja wydała *Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności* (COM (2006) 779), zwracając uwagę na restrykcyjne warunki zastosowania wyłączenia przewidzianego w art. 346 Traktatu oraz konieczność zachowania równowagi między interesami państw członkowskich w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa a fundamentalnymi zasadami i celami Unii.

¹ Dotychczasowe orzecznictwo Trybunału Sprawiedliwości dotyczące stosowania tego przepisu można streścić w następujący sposób: przepis art. 346 Traktatu odnosi się do środków, jakie państwo członkowskie może uznać za konieczne dla ochrony podstawowych interesów swego bezpieczeństwa, lub informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z tymi interesami, jednak nie można interpretować go w ten sposób, że przyznaje on państwom członkowskim uprawnienie do odstąpienia od przepisów Traktatu wyłącznie wskutek powołania się na powyższe interesy (zob. orzeczenia z dnia 15 grudnia 2009 r.: w sprawie C-284/05 *Komisja przeciwko Finlandii*, pkt 47; w sprawie C-294/05 *Komisja przeciwko Szwecji*, pkt 45; w sprawie C-372/05 *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 70; w sprawie C-387/05 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 47; w sprawie C-409/05 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 52; w sprawie C-461/05 *Komisja przeciwko Danii*, pkt 53; w sprawie C-239/06 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 48); uznanie istnienia takiego wyjątku, bez względu na określone w Traktacie szczególne wymagania, mogłoby zagrozić wiążącemu charakterowi prawa unijnego i jego jednolitemu stosowaniu (orzeczenie z dnia 15 maja 1986 r. w sprawie C-222/84 *Johnston*, Zb. Orz. [1986] str. 1651, pkt 26; orzeczenie z dnia 26 października 1999 r. w sprawie C-273/97 *Sirdar*, Zb. Orz. [1999] str. I-7403, pkt 16; orzeczenie z dnia 11 stycznia 2000 r. w sprawie C-285/98 *Kreil*, Zb. Orz. [2000] str. I-69, pkt 16; orzeczenie z dnia 11 marca 2003 r. w sprawie C-186/01 *Dory*, Zb. Orz. [2003] str. I-2479, pkt 31; orzeczenie z dnia 8 kwietnia 2008 r. w sprawie C-337/05 *Komisja przeciwko Włochom*, Zb. Orz. [2008] str. I-2173, pkt 43); to na państwie członkowskim, które powołuje się na ten wyjątek, spoczywa obowiązek dostarczenia dowodów, że wyłączenie nie wykracza poza granice wskazane w Traktacie (orzeczenie z dnia 16 września 1999 r. w sprawie C-414/97 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, Zb. Orz. [1999] str. I-5585, pkt 22; cyt. orzeczenie w sprawie C-337/05 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 44); każde zastosowanie odstępstwa od norm mających zapewnić skuteczność praw przyznanych przez Traktat, w szczególności tych przewidzianych w przepisach dotyczących swobodnego przepływu towarów i swobody świadczenia usług, musi podlegać analizie pod kątem zgodności z zasadą proporcjonalności; niezastosowanie tych przepisów może być usprawiedliwione tylko w takim zakresie, w jakim osiągnięcie celu nie może być równie skuteczne za pomocą środków mniej ograniczających prawa przyznane przez Traktat (orzeczenia: z dnia 20 maja 1976 r. w sprawie 104/75 *Adriaan de Peiper*, Zb. Orz. [1976] str. 613, pkt 17; z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 *Evans Medical*, Zb. Orz. [1995] str. I-563, pkt 38). W konsekwencji państwo członkowskie, które chce skorzystać z możliwości powołania się na art. 346 Traktatu, ma wykazać konieczność zastosowania tego odstępstwa w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa (cyt. orzeczenie w sprawie C-372/05 *Komisja przeciwko Niemcom*, pkt 72).

Przed przyjęciem dyrektywy 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 i zmieniającej dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009, str. 76), dalej: dyrektywa obronna albo dyrektywa, zamówienia w dziedzinie obronności, co do zasady, podlegały dyrektywie 2004/18/WE², z wyjątkiem zamówień, do których znajduje zastosowanie art. 346 TFUE, dawniej art. 296 TWE (zob. art. 10 dyrektywy 2004/18/WE). Podobnie zamówienia w dziedzinie bezpieczeństwa podlegały dyrektywie 2004/18/WE, chyba że były objęte wyłączeniem z art. 14 dyrektywy, w myśl którego nie ma ona zastosowania do zamówień publicznych określonych jako tajne, jeżeli ich realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami prawa krajowego, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów tego państwa. Analogiczne wyłączenie zawiera art. 21 dyrektywy 2004/17/WE³.

Wychodząc naprzeciw oczekiwaniom lepszego dostosowania unijnego reżimu udzielania zamówień publicznych do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, Rada i Parlament Europejski, w oparciu o projekt przygotowany przez Komisję, przyjęły w dniu 13 lipca 2009 r. nową dyrektywę obronną, która została opublikowana w dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej w dniu 20 sierpnia 2009 r. z dwudziestoczteromiesięcznym terminem transpozycji. Dyrektywa została następnie zmieniona rozporządzeniem Komisji 1170/2009 z dnia 30 listopada 2009 r. (Dz. Urz. UE L 314 z 1.12.2009, str. 64), które ustaliło progowe wartości zamówień, od których uzależnione jest stosowanie przepisów dyrektywy obronnej, na poziomie 387 000 euro dla dostaw i usług oraz 4 845 000 euro dla robót budowlanych⁴.

Przepisy dyrektywy obronnej są w dużej mierze wzorowane na przepisach dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE oraz dyrektyw 89/665/EWG⁵ i 92/13/EWG⁶ w brzmieniu nadanym dyrektywą 2007/66/WE⁷, jednak dyrektywa obronna ustanawia dla zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa bardziej elastyczny reżim.

Zakres podmiotowy dyrektywy jest tożsamy z zakresem podmiotowym dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE: art. 1 pkt 17 dyrektywy odsyła do definicji „instytucji zamawiających” z art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i definicji „podmiotów zamawiających” z art. 2 dyrektywy 2004/17/WE. Zakres przedmiotowy dyrektywy obronnej został określony w jej art. 2

² dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 114; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 132)

³ dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych (Dz. Urz. UE L 134 z 30.4.2004, str. 1; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne rozdz. 06, t. 7, str. 19)

⁴ Zgodnie z projektem nowego rozporządzenia Komisji w tym zakresie, od dnia 1 stycznia 2012 r. progi te będą wynosiły odpowiednio 400 000 i 5 000 000 euro.

⁵ dyrektywa Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz. Urz. WE L 395 z 30.12.1989, str. 33; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 246)

⁶ dyrektywa Rady z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz. Urz. WE L 76 z 23.3.1992, str. 14; Dz. Urz. UE Polskie wydanie specjalne, rozdz. 06, t. 1, str. 315)

⁷ dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz. Urz. UE L 335 z 20.12.2007, str. 31)

poprzez wskazanie, że znajduje ona zastosowanie do zamówień, których przedmiotem są, w dziedzinie obronności, dostawy sprzętu wojskowego (zdefiniowanego w art. 1 pkt 6 dyrektywy), roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym oraz roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych, zaś w dziedzinie bezpieczeństwa dostawy sprzętu newralgicznego (zdefiniowanego w art. 1 pkt 7), roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z newralgicznym sprzętem oraz newralgiczne roboty budowlane i usługi.

Podstawowymi procedurami udzielania zamówień są procedura ograniczona i negocjacyjna z uprzednią publikacją ogłoszenia o zamówieniu. Zastosowanie procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia oraz dialogu konkurencyjnego możliwe jest jedynie w przypadku zaistnienia wskazanych w dyrektywie szczególnych okoliczności. Dyrektywa obronna zawiera szczegółowe przepisy dotyczące bezpieczeństwa informacji, bezpieczeństwa dostaw i podwykonawstwa, uwzględniające specyfikę sektora obronności i bezpieczeństwa. Spośród ułatwień dla zamawiających przewidzianych dyrektywą obronną można również, tytułem przykładu, wymienić możliwość udzielania zamówień uzupełniających w okresie pięciu lat od udzielenia zamówienia podstawowego, a także dopuszczalność zawierania umów ramowych na okres siedmiu lat. Wreszcie dyrektywa obronna zmienia brzmienie przepisu art. 10 dyrektywy 2004/18/WE, wyraźnie wskazując, że ta ostatnia, z zastrzeżeniem art. 346 Traktatu, znajduje zastosowanie do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z wyjątkiem zamówień objętych dyrektywą obronną. Analogiczny przepis został dodany do dyrektywy 2004/17/WE (zob. art. 70 i 71 dyrektywy obronnej).

Niniejsza publikacja zawiera tekst Komunikatu wyjaśniającego Komisji dotyczącego stosowania art. 346 TFUE, teksty dyrektywy obronnej i rozporządzenia zmieniającego oraz siedem not wyjaśniających opracowanych przed Dyрекcją Generalną ds. Rynku Wewnętrznego i Usług w celu wsparcia państw członkowskich w procesie transpozycji przepisów dyrektywy do krajowych porządków prawnych, poświęconych (i) zakresowi zastosowania dyrektywy obronnej, (ii) wyłączeniom, (iii) zamówieniom związanym z badaniami i rozwojem, (iv) bezpieczeństwu dostaw, (v) bezpieczeństwu informacji, (vi) podwykonawstwu oraz (vii) offsetowi.

I. KOMUNIKAT WYJAŚNIAJĄCY KE W SPRAWIE ZASTOSOWANIA ARTYKUŁU 296 TRAKTATU

*Komunikat wyjaśniający (COM(2006) 779 wersja ostateczna)
w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych
w dziedzinie obronności
(Tekst mający znaczenie dla EOG)*

WSTĘP

Zamówienia w dziedzinie obronności stanowią znaczną część zamówień publicznych w Unii Europejskiej. Połączone budżety obronne państw członkowskich wynoszą około 170 mld EUR, z czego ponad 80 mld EUR stanowią zamówienia publiczne.

Większość z tych wydatków jest podzielona pomiędzy stosunkowo małe i zamknięte rynki krajowe. Sektor obronny w Europie jest rozdrobniony na szczeblu krajowym, mając 25 różnych klientów i 25 różnych ram regulacyjnych. Rozdrobnienie to stanowi główną przeszkodę dla wewnątrzeuropejskiej współpracy i konkurencji. Powoduje powstanie dodatkowych kosztów i niewydolności, mając w ten sposób negatywny wpływ na konkurencyjność europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego oraz na działania państw członkowskich mające na celu odpowiednie wyposażenie sił zbrojnych.

Ważnym czynnikiem takiego rozdrobnienia rynku jest prawo zamówień publicznych w dziedzinie obronności. Większość zamówień w dziedzinie obronności jest zwolniona z przepisów rynku wewnętrznego i udzielana jest według krajowych przepisów zamówień publicznych, które mają bardzo zróżnicowane kryteria wyboru, procedury ogłaszania itp.

Jednocześnie liczba ogłoszeń publikowanych przez ministerstwa obrony znacznie różni się w poszczególnych państwach członkowskich. To wszystko może ograniczać dostęp do rynku dostawcom zagranicznym, ograniczając w ten sposób konkurencję wewnątrzeuropejską.

W swoim komunikacie z marca 2003 r.⁸ Komisja wskazała więc prawo zamówień publicznych jako jeden z obszarów działania na rzecz utworzenia europejskiego rynku wyposażenia obronnego (European Defence Equipment Market – EDEM). Doprowadziło to do opublikowania we wrześniu 2004 r. zielonej księgi w sprawie zamówień publicznych w dziedzinie obronności⁹, w której poproszono zainteresowane strony o przedstawienie uwag do różnych wariantów zwiększenia przejrzystości i otwartości rynków obronnych pomiędzy poszczególnymi państwami członkowskimi UE. Konsultacje potwierdziły, że istniejące ramy legislacyjne dla zamówień publicznych w dziedzinie obronności nie funkcjonują prawidłowo:

- Utrzymuje się niepewność co do zakresu stosowania art. 296 Traktatu WE, który pozwala państwom członkowskim na niestosowanie się do przepisów rynku wewnętrznego, kiedy stawką są podstawowe interesy bezpieczeństwa. Ponieważ granica pomiędzy zakupami w dziedzinie obronności, które są związane z podstawowymi interesami bezpieczeństwa, a zakupami, które nie są z takimi interesami związane, nie jest jednoznaczna, nie zawsze jest jasne, jakie zasady należy stosować do danego zamówienia. W rezultacie zastosowanie art. 296 Traktatu WE nadal sprawia problemy i znacznie różni się w poszczególnych państwach członkowskich.

⁸ COM(2003) 113 z 11 marca 2003 r.

⁹ COM(2004) 608 z 23 września 2004 r.

- Obowiązująca dyrektywa o zamówieniach publicznych, nawet w poprawionej wersji (2004/18/WE), uważana jest za niedostosowaną do wielu zamówień publicznych w dziedzinie obronności, ponieważ nie uwzględnia specyfiki zamówień w tej branży. W rezultacie wiele państw członkowskich niechętnie stosuje tę dyrektywę do zamówień publicznych na wyposażenie obronne, nawet jeżeli nie zostaną spełnione warunki zastosowania art. 296.

Na podstawie tych ustaleń, w grudniu 2005 r. Komisja ogłosiła dwie inicjatywy mające na celu poprawę sytuacji¹⁰:

- (1) Przyjęcie „Komunikatu wyjaśniającego w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu WE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności”. Komunikat ten nie wprowadzi zmian w istniejących ramach prawnych, ale doprowadzi do ich wyjaśnienia;
- (2) Opracowanie ewentualnej nowej dyrektywy o zamówieniach publicznych na wyposażenie obronne, do których nie stosuje się zwolnienie przewidziane w art. 296 Traktatu WE. Dyrektywa ta mogłaby wprowadzić nowe, bardziej elastyczne zasady dostosowane do specyfiki sektora obrony.

Celem niniejszego komunikatu jest uniknięcie ewentualnej błędnej interpretacji i niewłaściwego zastosowania art. 296 Traktatu WE w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności. Aby osiągnąć ten cel, Komisja przedstawi swoje uwagi na temat zasad zastosowania art. 296 Traktatu WE i wyjaśni swoją interpretację warunków zastosowania zwolnienia w świetle orzecznictwa Trybunału. Ostateczna decyzja co do określenia zakresu zastosowania art. 296 należy do Trybunału Sprawiedliwości.

Niniejszy komunikat nie stanowi interpretacji podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich ani nie określa z góry, do których zamówień publicznych stosuje się lub nie stosuje się zwolnienie przewidziane w art. 296 Traktatu WE. Zawiera raczej pewne wskazówki dla podmiotów udzielających zamówienia w zakresie ustalenia, czy zastosowanie zwolnienia jest zasadne.

Wyjaśnienie istniejących ram prawnych jest niezbędnym pierwszym krokiem w kierunku zwiększenia otwartości europejskich rynków obronnych. Jednocześnie Komisja ocenia również wpływ ewentualnej nowej dyrektywy dotyczącej zamówień w dziedzinie obronności. Połączenie niniejszego komunikatu z taką dyrektywą może w praktyce okazać się najwłaściwszą metodą pokonania na szczeblu wspólnotowym trudności związanych z zastosowaniem art. 296 Traktatu WE. Inicjatywy te stanowią uzupełnienie działań państw członkowskich mających na celu zwiększenie konkurencyjności wewnątrz europejskiej w dziedzinie wyposażenia obronnego, którego dotyczy art. 296 Traktatu WE, poprzez kodeks postępowania egzekwowany przez Europejską Agencję Obrony.

Niniejszy komunikat dotyczy wyłącznie zamówień publicznych w dziedzinie obronności udzielanych przez władze krajowe w ramach europejskiego rynku wewnętrznego. Nie obejmuje on handlu bronią z państwami trzecimi, który nadal będzie regulowany postanowieniami WTO, a w szczególności Porozumienia w sprawie zamówień rządowych (GPA)¹¹.

¹⁰ COM(2005) 626 z 6 grudnia 2005 r.

¹¹ Artykuł 23 ust. 1 GPA mówi, że „Postanowienia Umowy nie będą w żadnym przypadku interpretowane w sposób uniemożliwiający Stronom podejmowanie działań lub nieujawnianie informacji, które, zgodnie z opinią Strony, są konieczne dla ochrony bezpieczeństwa Strony w zakresie zakupu broni, amunicji lub materiałów

1. PODSTAWA PRAWNA

Zgodnie z obowiązującym prawem unijnym, zamówienia w dziedzinie obronności podlegają przepisom rynku wewnętrznego. Dyrektywa 2004/18/WE¹² w sprawie udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi stosuje się więc do „zamówień publicznych udzielanych przez instytucje zamawiające w dziedzinie obronności, z zastrzeżeniem art. 296 Traktatu” (art. 10 dyrektywy).

Artykuł 296 Traktatu WE brzmi następująco:

1. *Postanowienia niniejszego Traktatu nie stanowią przeszkody w stosowaniu następujących reguł:*
 - a) *żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa;*
 - b) *każde państwo członkowskie może podejmować środki, jakie uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa, a które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi; środki takie nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.*
2. *Rada, stanowiąc jednomyślnie na wniosek Komisji, może wprowadzać zmiany do sporządzonej przez siebie 15 kwietnia 1958 roku listy produktów, do których mają zastosowanie postanowienia ustępu 1 lit. b).*

Zwolnienie zamówień publicznych w dziedzinie obronności z przepisów rynku wewnętrznego stanowi środek odnoszący się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Zatem jego podstawę prawną stanowi art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE. Państwa członkowskie mogą korzystać z tego zwolnienia w celu udzielania zamówień w dziedzinie obronności, pod warunkiem że spełnione zostaną warunki określone w Traktacie zgodnie z interpretacją Trybunału Sprawiedliwości. Jednocześnie zakres zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE jest ograniczony koncepcją „podstawowych interesów bezpieczeństwa” oraz listą wyposażenia wojskowego, o której mowa w ust. 2 tego artykułu.

Artykuł 296 ust. 1 lit. a) Traktatu WE nie ogranicza się do sektora obrony, ma bowiem za ogólny cel ochronę informacji, których państwa członkowskie nie mogą nikomu ujawnić bez zaszkodzenia podstawowym interesom swojego bezpieczeństwa. Może to również dotyczyć zamówień publicznych na wrażliwy sprzęt, zarówno w sektorze obrony, jak i bezpieczeństwa.

Jednak, ogólnie rzecz biorąc, ewentualne wymogi poufności w związku z procesem udzielania zamówień publicznych na sprzęt wojskowy są objęte art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE.

wojskowych lub też w przypadku zamówień niezbędnych dla zabezpieczenia bezpieczeństwa narodowego i obronności państwa”. Zgodnie z tymi postanowieniami aneks 1 część 3 w załączniku 1 do GPA zawiera wykaz materiałów i urządzeń kupowanych przez Ministerstwa Obrony krajów objętych tym porozumieniem. Wykaz ten obejmuje wyłącznie materiały niewojenne.

¹² Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi.

2. INTERESY BEZPIECZEŃSTWA A OBOWIĄZKI WYNIKAJĄCE Z TRAKTATU

Państwa członkowskie mają obowiązek określać i chronić interesy swojego bezpieczeństwa. Artykuł 296 Traktatu WE uwzględnia tę prerogatywę i przewiduje możliwość zwolnienia dla przypadków, w których przestrzeganie prawa europejskiego mogłoby zaszkodzić podstawowym interesom bezpieczeństwa państw członkowskich.

Jednakże zastosowanie art. 296 Traktatu WE dla zamówień publicznych w dziedzinie obronności skutkuje niezastosowaniem dyrektywy 2004/18/WE, która jest instrumentem prawnym mającym na celu zapewnienie poszanowania podstawowych postanowień Traktatu odnoszących się do swobodnego przepływu towarów i usług, a także do swobody przedsiębiorczości w obszarze zamówień publicznych (art. 28, 43 i 49 Traktatu WE). Reguły określone w tej dyrektywie stanowią wyraz podstawowych zasad i celów rynku wewnętrznego. Dlatego też wszelkie zwolnienia na mocy art. 296 Traktatu WE dotyczą istoty Wspólnoty Europejskiej i ze względu na swój charakter stanowią poważną kwestię w sensie prawnym i politycznym.

Traktat zawiera więc restrykcyjne warunki zastosowania tego zwolnienia, równoważące interesy państw członkowskich w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z fundamentalnymi zasadami i celami Wspólnoty. Warunki te mają na celu niedopuszczenie do ewentualnych nadużyć zwolnienia oraz zapewnienie, aby pozostało ono wyjątkiem ograniczającym się do przypadków, w których państwa członkowskie nie mają innego wyboru niż chronić interesy swojej obronności na szczeblu krajowym.

Trybunał Sprawiedliwości konsekwentnie dowodził, że wszelkie zwolnienia od zasad mających na celu zapewnienie skuteczności praw nadanych Traktatem należy interpretować w rygorystyczny sposób¹³. Ponadto potwierdził, że jest tak również w przypadku zwolnień stosujących się „w sytuacjach, które mogą wiązać się z bezpieczeństwem publicznym”. W sprawie Komisja przeciwko Hiszpanii Trybunał orzekł, że artykuły, w których Traktat przewiduje takie zwolnienia (w tym art. 296 Traktatu WE), „dotyczą wyjątkowych i jasno określonych przypadków. Ze względu na swój ograniczony charakter, artykuły te nie podlegają szerokiej interpretacji”¹⁴.

Dlatego też zarówno zakres, jak i warunki zastosowania art. 296 Traktatu WE należy interpretować w sposób restrykcyjny.

3. ZAKRES ZASTOSOWANIA

Artykuł 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE dopuszcza środki „które odnoszą się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi”, znajdujące się na liście, o której mowa w ust. 2. Lista ta została przyjęta w dniu 15 kwietnia 1958 r. jako decyzja Rady nr 255/58.

Według Trybunału jest rzeczą jasną, że art. 296 ust. 1 lit. b) „w założeniu nie ma zastosowania do działań związanych z innymi produktami niż produkty wojskowe wskazane na [tej] liście”¹⁵.

¹³ Wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., sprawa C-367/89 Richardt i Les Accessoires Scientifiques, ust. 20; zamówienia publiczne w szczególności: wyrok z dnia 3 maja 1994 r., sprawa C-328/92 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 15; wyrok z dnia 28 marca 1995 r., sprawa C-324/93 Evans Medical i Macfarlan Smith, ust. 48.

¹⁴ Wyrok z dnia 16 września 1999 r., sprawa C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 21; wyrok z dnia 15 maja 1986 r., sprawa C-222/84 Johnston, ust. 26.

¹⁵ Wyrok z dnia 30 września 2003 r., sprawa T-26/01 Fiocchi Munizioni przeciwko Komisji, ust. 61; patrz również opinia rzecznika generalnego Jacobsa z dnia 8 maja 1991 r., sprawa C-367/89 Richardt i Les Accessoires Scientifiques, ust. 30.

Jednocześnie interpretacja art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE oraz określenie zakresu jego zastosowania muszą uwzględniać również zmienność technologii i polityki w zakresie zamówień publicznych. Jeżeli chodzi o technologię, lista z 1958 r. wydaje się być na tyle ogólna, by obejmować bieżące i przyszłe zmiany. Podobnie art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE może również obejmować zamówienia publiczne na usługi i roboty bezpośrednio związane z towarami znajdującymi się na liście, a także nowoczesne, ukierunkowane na możliwości metody dokonywania zakupów, zawsze jednak pod warunkiem, że spełnione zostaną pozostałe warunki zastosowania art. 296 Traktatu WE.

Z drugiej strony lista z 1958 r. obejmuje wyłącznie wyposażenie o charakterze i przeznaczeniu wyłącznie wojskowym. Prawdą jest, że bezpieczeństwo staje się coraz bardziej złożoną koncepcją, ponieważ nowe zagrożenia zacierają tradycyjną linię podziału pomiędzy wojskowym i niewojskowym, a także zewnętrznym i wewnętrznym wymiarem bezpieczeństwa. Ponieważ jednak role wojskowych i niewojskowych sił bezpieczeństwa nadal są różne, zazwyczaj możliwe jest rozróżnienie zamówień publicznych dla celów wojskowych i niewojskowych.

Charakter produktów znajdujących się w wykazie z 1958 r. oraz wyraźne odniesienie w art. 296 Traktatu WE do produktów przeznaczonych „wyłącznie do celów wojskowych” potwierdzają, że zwolnienie z przepisów wspólnotowych na podstawie art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE dotyczyć może wyłącznie zamówień publicznych dotyczących wyposażenia, które zostało zaprojektowane, opracowane i wyprodukowane specjalnie do celów wojskowych¹⁶.

Natomiast zamówienia publiczne do celów związanych z bezpieczeństwem niewojskowym są wyłączone z zakresu zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE. W przypadku takich zamówień, względy bezpieczeństwa mogą stanowić uzasadnienie dla zwolnienia z przepisów wspólnotowych na podstawie art. 14 dyrektywy 2004/18/WE, pod warunkiem, że spełnione zostaną warunki jego zastosowania¹⁷.

W przeciwieństwie do art. 296 ust. 1 lit. b), art. 296 ust. 1 lit. a) Traktatu WE może obejmować również zamówienia publiczne na wyposażenie podwójnego zastosowania, do celów bezpieczeństwa wojskowego i niewojskowego, jeżeli zastosowanie przepisów wspólnotowych zobowiązywałoby państwo członkowskie do ujawnienia informacji szkodliwych dla podstawowych interesów jego bezpieczeństwa.

4. WARUNKI ZASTOSOWANIA

Artykuły wojskowe znajdujące się na liście z 1958 r. nie są automatycznie zwolnione z przepisów rynku wewnętrznego. Decyzja Rady nr 255/58 sama stwierdza, że lista obejmuje wyposażenie, co do którego państwa mają uzasadniony interes, aby móc zastosować środki przewidziane w art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE. Inaczej mówiąc, sama decyzja Rady nie przewiduje automatycznego zastosowania zwolnienia. Ponadto Trybunał potwierdził kilkakrotnie, że art. 296 Traktatu WE nie wprowadza automatycznego zwolnienia w dziedzinie

¹⁶ Sprawa T-26/01 Fiocchi Munizioni przeciwko Komisji, ust. 59 i 61.

¹⁷ Artykuł 14 dyrektywy 2004/18/WE stanowi: „*Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień publicznych, określonych jako tajne, jeżeli ich realizacji muszą towarzyszyć szczególne środki bezpieczeństwa zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim, albo jeżeli wymaga tego ochrona podstawowych interesów tego państwa.*”

obronności¹⁸. Wręcz przeciwnie, zwolnienie opiera się prawnie na art. 296 Traktatu WE, co oznacza, że elementy znajdujące się na tej liście mogą zostać zwolnione tylko pod warunkiem, że spełnione zostaną warunki zastosowania art. 296 Traktatu WE¹⁹.

Zgodnie z art. 296 Traktatu WE państwa członkowskie mogą podejmować środki, które uznają za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Uznaje się, że postanowienie to zapewnia państwom członkowskim szeroką swobodę decydowania o sposobie ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa²⁰.

Jednakże brzmienie zapisu („konieczne w celu ochrony...”) dowodzi również, że swoboda ta nie jest nieograniczona. Samo istnienie art. 298 Traktatu WE, który określa specjalną procedurę, jaką należy zastosować w przypadku niewłaściwego zastosowania art. 296 Traktatu WE, dowodzi, że państwa członkowskie nie mają całkowitej swobody podejmowania decyzji o zwolnieniu danego zamówienia publicznego z przepisów rynku wewnętrznego. Wręcz przeciwnie, „ciężar dostarczenia dowodów na to, że przedmiotowe zwolnienia nie przekraczają granic takich [wyraźnie określonych] przypadków leży po stronie państw członkowskich, które starają się oprzeć na [art. 296 Traktatu WE]”, podobnie jak udowodnienie, „że zwolnienia ... są niezbędne w celu ochrony podstawowych interesów ich bezpieczeństwa”²¹.

Celem uzasadniającym zwolnienie jest wyłącznie ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Inne względy, w szczególności przemysłowe i gospodarcze, chociaż są powiązane z produkcją i handlem bronią, amunicją i materiałami wojennymi, nie mogą stanowić samodzielnego uzasadnienia dla zwolnienia na podstawie art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE. Na przykład pośrednie offsety nie dotyczące wojskowości, które nie służą szczególnym interesom bezpieczeństwa, a tylko ogólnym interesom gospodarczym, nie są objęte art. 296 Traktatu WE, nawet jeżeli są związane z zamówieniem publicznym w dziedzinie obronności, które podlega zwolnieniu na mocy tego artykułu²².

Jednocześnie należy również rozpatrywać interesy bezpieczeństwa państw członkowskich z perspektywy europejskiej. Mogą one różnić się między sobą, np. z przyczyn geograficznych lub historycznych. Z drugiej strony integracja europejska prowadzi do coraz silniejszej zbieżności interesów narodowych wśród państw członkowskich. Powstanie wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa (CFSP) oraz wspólnej europejskiej polityki bezpieczeństwa i obrony (ESDP) dowodzi, że coraz częściej dzieje się tak również w dziedzinie bezpieczeństwa i obronności. Państwa członkowskie w szczególności podzielają dążenia do zbudowania wspólnego rynku wyposażenia obronnego (Defence Equipment Market) oraz konkurencyjnej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego. Powinny wziąć to pod uwagę oceniając, czy zastosowanie unijnych przepisów o zamówieniach publicznych, które mają za zadanie sprzyjać konkurencji wewnątrz europejskiej, zaszkodzi podstawowym interesom ich bezpieczeństwa.

¹⁸ Wyrok z dnia 26 października 1999 r., sprawa C-273/97 Sirdar, ust. 15–16; wyrok z dnia 11 stycznia 2000 r., sprawa 285/98 Kreil, ust. 16; wyrok z dnia 11 marca 2003 r., sprawa C-186/01 Dory, ust. 30–31.

¹⁹ Patrz również odpowiedź Rady z dnia 3 października 1985 r. dla członka Parlamentu Europejskiego, pani Marijke Van Hemeldonck (1985)0574/F; przez analogię: wyrok z dnia 13 lipca 2000 r., sprawa C-423/98 Albore, ust. 22–23.

²⁰ Sprawa T-26/01 Fiocchi Munizioni przeciwko Komisji, ust. 58.

²¹ Sprawa C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 22.

²² Offsety stanowią kompensację wymaganą przez wiele rządów od zagranicznych kontrahentów w dziedzinie obronności jako warunek zakupu wyposażenia wojskowego. Kompensacje te mogą obejmować szeroki zakres działań: offsety bezpośrednie są bezpośrednio związane z przedmiotem zamówienia publicznego, natomiast offsety pośrednie nie są związane z przedmiotem zamówienia i mogą mieć charakter wojskowy lub cywilny.

Ponadto art. 296 Traktatu WE nie odnosi się do ogólnej ochrony interesów bezpieczeństwa, ale do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Sformułowanie to podkreśla wyjątkowy charakter zwolnienia i wynika z niego jasno, że szczególny charakter wojskowy wyposażenia znajdującego się na liście z 1958 r. nie stanowi sam w sobie wystarczającego uzasadnienia dla zwolnienia z przepisów unijnych w zakresie zamówień publicznych. Wręcz przeciwnie, wyjątkowo mocne sformułowanie („podstawowe”) ogranicza możliwe zwolnienia do zamówień publicznych o najwyższym znaczeniu dla możliwości wojskowych państw członkowskich.

Brzmienie art. 298 Traktatu WE oraz odpowiedniego orzecznictwa, które odnosi się ogólnie do art. 296 potwierdza, że takie rozumowanie powinno dotyczyć zastosowania zarówno ust. 1 lit. a), jak i ust. 1 lit. b) artykułu 296 Traktatu WE.

5. W JAKI SPOSÓB STOSOWAĆ ART. 296 TRAKTATU WE

Określenie podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa stanowi prerogatywę państw członkowskich, a ochrona tych interesów jest ich obowiązkiem. Koncepcja podstawowych interesów bezpieczeństwa daje państwom członkowskim swobodę wyboru środków mających na celu ochronę tych interesów, ale nakłada na nie również szczególny obowiązek przestrzegania zobowiązań wynikających z Traktatu oraz nienadużywania tej swobody. Państwa członkowskie muszą przede wszystkim pamiętać o tym, że zwolnienie na mocy art. 296 Traktatu WE stosuje się tylko w wyraźnie określonych przypadkach, i że należy się upewnić, czy „nie przekracza granic takich przypadków”²³.

W zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, jedynym sposobem na pogodzenie przez państwa członkowskie swoich prerogatyw w dziedzinie bezpieczeństwa z obowiązkami nałożonymi przez Traktat jest dokonywanie w przypadku każdego zamówienia publicznego bardzo starannej oceny zasadności zwolnienia z przepisów wspólnotowych. Taka indywidualna ocena każdego przypadku musi być szczególnie rygorystyczna w przypadkach z pogranicza art. 296 Traktatu WE, gdzie zastosowanie zwolnienia może być przedmiotem kontrowersji.

Oznacza to w szczególności, że podmioty udzielające zamówienia muszą ocenić:

- Jaki podstawowy interes bezpieczeństwa wchodzi w grę?
- Jaki związek istnieje między tym interesem bezpieczeństwa a konkretną decyzją o zamówieniu publicznym?
- Dlaczego niezastosowanie dyrektywy o zamówieniach publicznych jest w tym konkretnym przypadku konieczne dla ochrony tego podstawowego interesu bezpieczeństwa?

Jednocześnie art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE stanowi, że środki podejmowane na mocy tego artykułu „nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”. Jeżeli chodzi o zamówienia publiczne w dziedzinie obronności, taka sytuacja może mieć miejsce w przypadku offsetów, a w szczególności pośrednich offsetów nie dotyczących wojskowości. Państwa

²³ Sprawa C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 22.

członkowskie muszą więc upewnić się, czy umowy offsetowe związane z kontraktami w dziedzinie obronności objętymi art. 296 ust. 1 lit. b) Traktatu WE uwzględniają to postanowienie.

6. ROLA KOMISJI

Do zadań Komisji nie należy ocena podstawowych interesów bezpieczeństwa państw członkowskich ani tego, jakie wyposażenie wojskowe zamawiają państwa członkowskie, by chronić te interesy. Będąc jednak strażnikiem Traktatu, Komisja ma prawo sprawdzać, czy warunki zwolnienia zamówień publicznych na podstawie art. 296 Traktatu WE zostały spełnione.

W takich przypadkach do państw członkowskich należy dostarczenie na żądanie Komisji niezbędnych informacji oraz wykazanie, że zwolnienie jest konieczne w celu ochrony podstawowych interesów ich bezpieczeństwa. Trybunał Sprawiedliwości wielokrotnie stwierdzał, że *„artykuł 10 Traktatu WE stanowi wyraźnie, że państwa członkowskie mają obowiązek współpracy w dobrej wierze we wszelkich postępowaniach wyjaśniających wszczętych przez Komisję w trybie art. 226 Traktatu WE oraz dostarczania Komisji wszelkich informacji żądanych przez nią w tym kontekście”*²⁴. Dotyczy to wszelkich postępowań prowadzonych przez Komisję jako strażnika Traktatu, w tym również ewentualnej weryfikacji zasadności zastosowania art. 296 Traktatu WE do zamówień publicznych w dziedzinie obronności.

Dlatego też kiedy Komisja prowadzi dochodzenie w sprawie zamówienia publicznego w dziedzinie obronności, do państwa członkowskiego należy wykazanie, że w szczególnych warunkach kwestionowanego zamówienia publicznego zastosowanie dyrektywy wspólnotowej zagroziłoby podstawowym interesom jego bezpieczeństwa. Nie wystarczą w tym kontekście ogólne nawiązania do sytuacji geograficznej i politycznej, historii i zobowiązań sojuszniczych.

W drodze art. 287 Traktatu WE gwarantuje się, że Komisja zapewni państwom członkowskim całkowitą poufność otrzymanych informacji.

Zgodnie z art. 298 Traktatu WE, jeżeli środki podjęte na mocy art. 296 Traktatu WE spowodują zakłócenie warunków konkurencji na wspólnym rynku, Komisja może, wraz z państwem, którego to dotyczy, sprawdzić w jaki sposób środki te można dostosować do zasad określonych w Traktacie.

Komisja może również przekazać sprawę bezpośrednio do Trybunału, jeżeli uważa, że państwo członkowskie w niewłaściwy sposób wykorzystuje prawa przewidziane w art. 296 Traktatu WE. W takim przypadku ciężar dowodu w sprawie zasadności zwolnienia leży po stronie państw członkowskich.

Oceniając ewentualne naruszenia prawa, Komisja będzie uwzględniała szczególną wrażliwość sektora obronności. Równocześnie Komisja będzie nadal prowadziła prace przygotowawcze nad ewentualną dyrektywą w sprawie zamówień publicznych na wyposażenie wojskowe, do których nie stosuje się art. 296 Traktatu WE.

²⁴ Wyrok z dnia 13 lipca 2004 r., sprawa 82/03 Komisja przeciwko Republice Włoskiej, ust. 15.

II. DYREKTYWA PARLAMENTU EUROPEJSKIEGO I RADY 2009/81/WE

*Dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r.
w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień
na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje
lub podmioty zamawiające w dziedzinach
obronności i bezpieczeństwa
i zmieniająca dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE.
(Tekst mający znaczenie dla EOG)*

PARLAMENT EUROPEJSKI I RADA UNII EUROPEJSKIEJ,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską, w szczególności jego art. 47 ust. 2 oraz art. 55 i 95,

uwzględniając wniosek Komisji,

uwzględniając opinię Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego²⁵,

stanowiąc zgodnie z procedurą określoną w art. 251 Traktatu²⁶,

a także mając na uwadze, co następuje:

- 1) Zapewnienie bezpieczeństwa narodowego należy wyłącznie do obowiązków każdego państwa członkowskiego, zarówno w dziedzinie obronności, jak i bezpieczeństwa.
- 2) Postępujące kształtowanie europejskiego rynku wyposażenia obronnego jest nieodzowne do wzmocnienia europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego i do rozwoju zdolności wojskowych koniecznych do wprowadzenia w życie europejskiej polityki bezpieczeństwa i obrony.
- 3) Państwa członkowskie są zgodne co do konieczności wspierania, rozwijania i utrzymywania ukierunkowanej na rozwinięcie wysokiego potencjału, wyspecjalizowanej i konkurencyjnej europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego. Aby zrealizować ten cel państwa członkowskie mogą stosować różne narzędzia zgodnie z prawem wspólnotowym, w dążeniu do stworzenia prawdziwego europejskiego rynku wyposażenia obronnego oraz jednakowych warunków zarówno na szczeblu europejskim, jak i globalnym. Powinny one również przyczyniać się do dogłębnego zwiększenia różnorodności europejskiej bazy dostawców w dziedzinie obronności, zwłaszcza poprzez wspieranie zaangażowania małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP) oraz dostawców nietypowych w ramach europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego, wspierając współpracę przemysłową i promując skutecznych i elastycznych dostawców niższego szczebla. W tym kontekście powinny one wziąć pod uwagę komunikat wyjaśniający Komisji z dnia 7 grudnia 2006 r. w sprawie zastosowania art. 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności oraz komunikat Komisji z dnia 5 grudnia 2007 r. w sprawie strategii na rzecz silniejszego i bardziej konkurencyjnego europejskiego przemysłu obronnego.
- 4) Stworzenie europejskiego rynku wyposażenia obronnego musi być poprzedzone ustanowieniem odpowiednich ram legislacyjnych. W dziedzinie zamówień wymaga

²⁵ Dz.U. C 100 z 30.04.2009, s. 114.

²⁶ Opinia Parlamentu Europejskiego z dnia 14 stycznia 2009 r. (dotychczas nieopublikowana w Dzienniku Urzędowym) i decyzja Rady z dnia 7 lipca 2009 r.

to koordynacji procedur udzielania zamówień umożliwiającej spełnienie wymogów bezpieczeństwa państw członkowskich i obowiązków wynikających z Traktatu.

- 5) Aby zrealizować ten cel, Parlament Europejski wezwał Komisję w swojej rezolucji z dnia 17 listopada 2005 r. w sprawie zielonej księgi dotyczącej zamówień publicznych w dziedzinie obronności²⁷ do opracowania dyrektywy, która w szczególności uwzględni interesy bezpieczeństwa państw członkowskich, zapewni dalszy rozwój wspólnej polityki zagranicznej i bezpieczeństwa, przyczyni się do wzmocnienia więzi europejskich oraz zagwarantuje rolę Unii Europejskiej jako „mocarstwa cywilnego”.
- 6) Lepsza koordynacja procedur udzielania zamówień, przykładowo zamówień na usługi logistyczne, transport i magazynowanie może potencjalnie obniżyć koszty w sektorze obrony i znacznie obniżyć oddziaływanie tego sektora na środowisko.
- 7) Procedury te powinny odzwierciedlać globalne podejście Unii do spraw bezpieczeństwa, które stanowi odpowiedź na przemiany zachodzące w środowisku strategicznym. Pojawianie się asymetrycznych i transnarodowych zagrożeń spowodowało progresywne zacieranie się granicy między bezpieczeństwem wewnętrznym a zewnętrznym, wojskowym a niewojskowym.
- 8) Wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest podstawowym elementem zarówno dla bezpieczeństwa, jak i suwerenności państw członkowskich oraz dla autonomii Unii. Dlatego też zakupy towarów i usług w sektorach obronności i bezpieczeństwa mają często charakter zakupów newralgicznych.
- 9) Wynikają z tego szczególne wymogi, zwłaszcza w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. Wymogi te dotyczą przede wszystkim zakupu broni, amunicji i materiałów wojennych a także usług i robót budowlanych bezpośrednio z nimi związanych, przeznaczonych dla sił zbrojnych, ale także niektórych szczególnie newralgicznych zakupów w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego. W obu tych dziedzinach brak ogólnounijnych zasad stoi na drodze otwartości rynków obrony i bezpieczeństwa państw członkowskich. Sytuacja ta wymaga natychmiastowej poprawy. Obowiązujące na terenie całej Unii zasady dotyczące bezpieczeństwa informacji, w tym wzajemne uznawanie krajowych poświadczeń bezpieczeństwa i zezwalanie na wymianę poufnych informacji przez instytucje/podmioty zamawiające i przedsiębiorstwa europejskie byłyby szczególnie korzystne. Jednocześnie państwa członkowskie powinny podjąć konkretne środki w celu poprawy bezpieczeństwa wzajemnych dostaw dążąc do stopniowego utworzenia systemu właściwych gwarancji.
- 10) Dla celów niniejszej dyrektywy, jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.²⁸, a państwa członkowskie mogą ograniczyć się do tego wykazu wyłącznie w przypadku transpozycji niniejszej dyrektywy. W wykazie tym figuruje jedynie sprzęt, który został zaprojektowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych. Wykaz ten ma jednak charakter ogólny i ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadzącego do opracowania nowych typów sprzętu, przykładowo na podstawie wspólnej listy sprzętu wojskowego Unii. Do celów niniejszej dyrektywy termin „sprzęt wojskowy” powinien również obejmować produkty, które — choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego — zostają później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych.

²⁷ Dz.U. C 280 E z 18.11.2006, s. 463.

²⁸ Decyzja w sprawie ustalenia listy produktów (broń, amunicja i materiały wojenne), do których odnoszą się przepisy art. 223 ust. 1 lit. b) — obecnie art. 296 ust. 1 lit. b) — Traktatu (dok. 255/58). Protokół z dnia 15 kwietnia 1958 r.: dok. 368/58.

- 11) W konkretnej dziedzinie sektora bezpieczeństwa niewojskowego, dyrektywa ta powinna dotyczyć zamówień, które posiadają cechy podobne do zamówień w sektorze obrony i mają charakter równie newralgiczny. Może tak być szczególnie w dziedzinach, gdzie te same misje prowadzone są przez siły wojskowe i niewojskowe lub tam, gdzie celem zamówienia jest ochrona bezpieczeństwa Unii lub państw członkowskich przed poważnymi zagrożeniami ze strony podmiotów pozamilitarnych lub pozarządowych na ich własnym terytorium lub poza nim. Może to obejmować przykładowo ochronę granic, działania policji oraz misje kryzysowe.
- 12) Niniejsza dyrektywa powinna uwzględniać potrzeby instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w całym cyklu życia produktu, np. badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcja, naprawa, modernizacja, modyfikacja, konserwacja, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofywanie i unieszkodliwianie. Etapy te obejmują przykładowo badania, oceny, magazynowanie, transport, integracja, serwisowanie, demontaż, niszczenie oraz wszelkie inne usługi wynikające z pierwotnej konstrukcji. Niektóre zamówienia mogą obejmować dostawę części, komponentów lub zespołów, które mają zostać włączone do produktów lub na nich zamontowane lub dostawę konkretnych narzędzi, urządzeń testowych lub wsparcia.
- 13) Do celów niniejszej dyrektywy termin „badania i rozwój” obejmować powinien badania podstawowe, badania stosowane oraz rozwój eksperymentalny. Badania podstawowe obejmują prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie praktyczne. Badania stosowane obejmują również pierwotne prace podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy. Są one jednak przede wszystkim nastawione na konkretne praktyczne zastosowania lub realizację konkretnych celów. Rozwój eksperymentalny obejmuje prace oparte na istniejącej wiedzy uzyskanej w wyniku badań naukowych lub doświadczeń praktycznych w celu rozpoczęcia produkcji nowych materiałów, produktów lub urządzeń, stworzenia nowych procesów, systemów oraz usług bądź w celu znacznej poprawy istniejących już procesów, systemów i usług. Rozwój eksperymentalny może obejmować wykonanie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. urządzeń pokazujących zastosowanie nowej koncepcji lub nowej technologii w rzeczywistym lub reprezentatywnym środowisku. Termin „badania i rozwój” nie obejmuje produkcji i kwalifikacji prototypów przedprodukcyjnych, narzędzi i inżynierii przemysłowej, przemysłowego projektowania i produkcji.
- 14) Niniejsza dyrektywa powinna również uwzględnić potrzeby instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego dotyczące robót i usług, które — choć nie są bezpośrednio powiązane z dostawą sprzętu wojskowego i sprzętu newralgicznego — są niezbędne w celu spełnienia niektórych wymogów wojskowych i wymogów bezpieczeństwa.
- 15) Udzielanie zamówień, na które w państwach członkowskich zawarte zostały umowy przez podmioty zamawiające, o których mowa w dyrektywie 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującej procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki i usług pocztowych²⁹ oraz przez instytucje zamawiające, o których mowa w dyrektywie 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³⁰ odbywa się zgodnie z zasadami Traktatu, a w szczególności z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadcze-

²⁹ Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 1.

³⁰ Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 114.

nia usług, a także zasad z nich wynikających, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.

Zobowiązania w dziedzinie przejrzystości i konkurencji dotyczące zamówień o wartości poniżej progów stosowania niniejszej dyrektywy powinny być określane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami i przy uwzględnieniu szczególnie sytuacji istnienia interesów transgranicznych. W szczególności państwa członkowskie będą określać najbardziej odpowiednie warunki udzielania takich zamówień.

W przypadku zamówień powyżej pewnej wartości wskazane jest opracowanie wspólnotowych przepisów koordynujących krajowe procedury udzielania takich zamówień, które będą oparte na tych zasadach w sposób gwarantujący ich skuteczność i skuteczne otwarcie zamówień na konkurencję. Wspomniane przepisy służące koordynacji powinny być zatem interpretowane zgodnie z wymienionymi powyżej regułami i zasadami oraz innymi postanowieniami Traktatu.

- 16) Traktat przewiduje w art. 30, 45, 46, 55 oraz 296 szczególne wyjątki od stosowania ustalonych zasad, a w konsekwencji od stosowania prawa wynikającego z tych zasad. W związku z tym żaden przepis niniejszej dyrektywy nie powinien zabraniać nakładania ani stosowania środków, które byłyby konieczne do ochrony interesów uznanych za uzasadnione przez wyżej wymienione postanowienia Traktatu.

Oznacza to w szczególności, że udzielanie zamówień objętych zakresem stosowania niniejszej dyrektywy może podlegać wyłączeniu, jeżeli jest uzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego lub konieczne dla obrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Może tak być w przypadku zamówień zarówno w dziedzinie obronności jak i bezpieczeństwa, które wymagają takich wyjątkowo surowych wymogów bezpieczeństwa dostaw lub które mają charakter tak tajny lub mają tak ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy niniejszej dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich.

- 17) Jednakże zgodnie z orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości Wspólnot Europejskich możliwość zastosowania takich wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane artykuły pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie niniejszej dyrektywy musi być zarazem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług.
- 18) Zamówienia na broń, amunicję i materiały wojenne, udzielane przez instytucje/podmioty zamawiające działające w sektorze obronności, są wyłączone z zakresu stosowania Porozumienia w sprawie zamówień rządowych zawartego w ramach Światowej Organizacji Handlu. Inne zamówienia objęte niniejszą dyrektywą są również wyłączone z zakresu stosowania Porozumienia w sprawie zamówień rządowych na mocy art. XXIII tego porozumienia. Artykuł 296 Traktatu i art. XXIII ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych mają różny zakres stosowania i podlegają różnym normom kontroli sądowej. Państwa członkowskie mogą nadal powoływać się na art. XXIII ust. 1 Porozumienia w sprawie zamówień rządowych w przypadkach, gdy nie mogą odwołać się do art. 296 Traktatu. Dwa omawiane postanowienia muszą zatem spełniać różne warunki stosowania.

Wyłączenie to oznacza również, że w konkretnym kontekście rynków obronności i bezpieczeństwa państwa członkowskie zachowują uprawnienia do decydowania, czy ich instytucje/podmioty zamawiające mogą pozwolić wykonawcom z krajów trzecich na

uczestnictwo w procedurach udzielania zamówień. Powinny one podjąć taką decyzję na podstawie relacji wartości do ceny, uznając potrzebę konkurencyjnej na rynku światowym bazy przemysłowej i technologicznej europejskiego sektora obronnego, znaczenie otwartych i uczciwych rynków, a także czerpania wspólnych korzyści. Państwa członkowskie powinny domagać się coraz szerszego otwierania rynków. Ich partnerzy powinni również wykazać się otwartością na podstawie reguł uzgodnionych na szczelbu międzynarodowym, zwłaszcza dotyczących otwartej i uczciwej konkurencji.

- 19) Zamówienie można uznać za zamówienie na roboty budowlane tylko wtedy, jeśli jego przedmiotem jest dokładnie wykonywanie działalności objętych działem 45 „Wspólnego Słownika Zamówień” ustalonego rozporządzeniem (WE) nr 2195/2002 Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 5 listopada 2002 r. w sprawie Wspólnego Słownika Zamówień (CPV)³¹ (zwanego dalej „CPV”), nawet jeśli zamówienie obejmuje inne usługi konieczne do realizacji tych działań. Zamówienia na usługi mogą, w pewnych przypadkach, obejmować roboty budowlane. Jednakże o ile takie roboty budowlane mają charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia oraz stanowią jego ewentualną konsekwencję lub uzupełnienie, fakt włączenia takich robót w zakres zamówienia nie uzasadnia zakwalifikowania zamówienia jako zamówienia na roboty budowlane.
- 20) Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa zawierają często poufne informacje, które na mocy przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych obowiązujących w danym państwie członkowskim muszą być ze względów bezpieczeństwa chronione przed dostępem ze strony osób nieupoważnionych. W dziedzinie wojskowej istnieją w państwach członkowskich systemy opatrywania takich informacji klauzulą tajności w celach wojskowych. W zakresie bezpieczeństwa niewojskowego nie wszystkie państwa członkowskie posiadają system opatrywania takich informacji klauzulą tajności. W związku z tym właściwe jest zastosowanie koncepcji, która wzięłaby pod uwagę różnorodność praktyk w państwach członkowskich i która pozwoliłaby objąć zarówno aspekty wojskowe, jak i niewojskowe. W każdym razie ewentualne udzielanie zamówień w tych dziedzinach nie powinno naruszać zobowiązań wynikających z decyzji Komisji 2001/844/WE, EWWiS, Euratom z dnia 29 listopada 2001 r. zmieniającej jej wewnętrzny regulamin³² lub decyzji Rady 2001/264/WE z dnia 19 marca 2001 r. w sprawie przyjęcia przepisów Rady dotyczących bezpieczeństwa³³.
Ponadto art. 296 ust. 1 lit. a) Traktatu oferuje państwom członkowskim możliwość zwolnienia zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z obowiązku stosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli jej zastosowanie zobligowałoby je do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznałyby za sprzeczne z istotnymi interesami ich bezpieczeństwa. Taka sytuacja może zaistnieć zwłaszcza w przypadkach, gdy zamówienie jest tak newralgiczne, że nawet sam fakt jego istnienia powinien zostać objęty tajemnicą.
- 21) Należy pozwolić instytucjom/podmiotom zamawiającym na zawieranie umów ramowych. Trzeba więc wprowadzić definicję umowy ramowej i przepisy szczególne. Na mocy tych zasad, w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zawiera, zgodnie z przepisami niniejszej dyrektywy, umowę ramową odnoszącą się, w szczególności do ogłoszeń, terminów i warunków składania ofert, może ona udzielić zamówienia na podstawie takiej umowy ramowej w okresie jej obowiązywania, stosując warunki określone w umowie ramowej lub — jeśli nie wszystkie warunki zostały z góry określone

³¹ Dz.U. L 340 z 16.12.2002, s. 1.

³² Dz.U. L 317 z 3.12.2001, s. 1.

³³ Dz.U. L 101 z 11.04.2001, s. 1.

w tej umowie — poprzez ponowne otwarcie zamówienia na konkurencję pomiędzy stronami tej umowy. Ponowne otwarcie zamówienia na konkurencję powinno odbyć się w sposób zgodny z określonymi przepisami, których celem jest zagwarantowanie koniecznej elastyczności oraz poszanowania zasad ogólnych, a w szczególności zasady równego traktowania. Z tych powodów okres obowiązywania umów ramowych powinien być ograniczony i nie powinien przekraczać siedmiu lat, z wyjątkiem przypadków odpowiednio uzasadnionych przez instytucje/podmioty zamawiające.

- 22) Należy umożliwić instytucjom/podmiotom zamawiającym korzystanie z elektronicznych technik dokonywania zakupów, pod warunkiem że ich wykorzystanie będzie zgodne z przepisami niniejszej dyrektywy oraz zasadami równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości. Ponieważ wykorzystanie techniki aukcji elektronicznych będzie się prawdopodobnie zwiększało, należy opracować wspólnotową definicję takich aukcji, a także rządzące nimi konkretne reguły, aby zapewnić pełną zgodność ich funkcjonowania z tymi zasadami. W tym celu należy wprowadzić przepisy stanowiące, że takie aukcje elektroniczne stosowane będą wyłącznie w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane, dostawy lub usługi, w przypadku których możliwe jest precyzyjne określenie specyfikacji. Może to dotyczyć w szczególności powtarzających się zamówień na dostawy, roboty budowlane i usługi. W tym samym celu musi również być możliwe stworzenie odpowiedniego rankingu oferentów na dowolnym etapie aukcji elektronicznej. Korzystanie z aukcji elektronicznych umożliwia instytucjom/podmiotom zamawiającym zaproszenie oferentów do przedstawienia nowych, obniżonych cen oraz w przypadku udzielania zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie także zaproszenie do ulepszenia innych niż cena elementów ofert. W celu zagwarantowania zgodności z zasadą przejrzystości, przedmiotem aukcji elektronicznych mogą być jedynie elementy odpowiednie do automatycznej oceny za pomocą środków elektronicznych, bez jakiegokolwiek ingerencji lub oceny ze strony instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, to znaczy, jedynie elementy, które są wymierne, a zatem mogą być wyrażone w postaci liczbowej lub procentowej. Z drugiej strony, te aspekty ofert, które wymagają oceny niewymiernych elementów, nie powinny być przedmiotem aukcji elektronicznych. W konsekwencji niektóre zamówienia na roboty budowlane oraz niektóre zamówienia na usługi, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, takie jak zaprojektowanie robót budowlanych, nie powinny być przedmiotem aukcji elektronicznych.
- 23) Scentralizowane techniki zakupów pozwalają stymulować konkurencję i usprawniają dokonywanie zakupów. Zatem państwa członkowskie powinny mieć prawo przewidzieć możliwość dokonywania przez instytucje/podmioty zamawiające zakupu towarów, robót budowlanych lub usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej. Należy zatem zapewnić stworzenie wspólnotowej definicji centralnych jednostek zakupujących i zdefiniować warunki, na podstawie których można uznać, zgodnie z zasadami niedyskryminacji oraz równego traktowania, że instytucje/podmioty zamawiające dokonujące zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej, postępują zgodnie z niniejszą dyrektywą. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, które mają obowiązek stosowania niniejszej dyrektywy, powinny w każdym przypadku kwalifikować się do pełnienia funkcji centralnej jednostki zakupującej. Jednocześnie państwa członkowskie powinny mieć swobodę mianowania europejskich organów publicznych niepodlegających przepisom niniejszej dyrektywy, takich jak Europejska Agencja Obrony centralnymi jednostkami zakupującymi, pod warunkiem że takie organy stosują do tych zakupów reguły udzielania zamówień zgodne ze wszystkimi przepisami niniejszej dyrektywy.

- 24) Instytucje/podmioty zamawiające mogą zostać zobligowane do udzielenia pojedynczego zamówienia na zakupy objęte częściowo niniejszą dyrektywą, których pozostała część jest objęta zakresem stosowania dyrektywy 2004/17/WE albo dyrektywy 2004/18/WE lub nie podlega niniejszej dyrektywie, dyrektywie 2004/17/WE lub dyrektywie 2004/18/WE. Reguła ta ma zastosowanie, gdy poszczególne postępowania z przyczyn obiektywnych nie mogą zostać rozdzielone i przyznane w ramach oddzielnych kontraktów. W takich przypadkach instytucje/podmioty zamawiające powinny móc udzielić pojedyncze zamówienie pod warunkiem jednak, że decyzja nie jest podjęta w celu wyłączenia zamówienia ze stosowania niniejszej dyrektywy lub dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE.
- 25) Mnogość progów odnoszących się do stosowania przepisów koordynujących stanowi utrudnienie dla instytucji/podmiotów zamawiających. Biorąc pod uwagę średnią wartość kontraktów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, właściwe jest dostosowanie progów stosowania niniejszej dyrektywy do progów, których podmioty zamawiające muszą przestrzegać stosując dyrektywę 2004/17/WE. Progi stosowania niniejszej dyrektywy powinny również zostać poddane rewizji jednocześnie z progami dyrektywy 2004/17/WE w przypadku zmiany tych ostatnich progów.
- 26) Należy ponadto przewidzieć sytuacje, w których nie stosuje się przepisów niniejszej dyrektywy z uwagi na zastosowanie zasad szczególnych dotyczących udzielania zamówień wynikających z umów międzynarodowych lub też uzgodnień pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi. Zasady stosowane w ramach pewnych uzgodnień odnoszące się do stacjonowania wojsk państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim lub w państwie trzecim lub stacjonowania wojsk z państwa trzeciego w państwie członkowskim powinny również wykluczać stosowanie procedur udzielania zamówień w niniejszej dyrektywie. Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do zamówień udzielanych przez organizacje międzynarodowe do celów własnych lub do zamówień, które muszą zostać udzielone przez państwo członkowskie zgodnie z zasadami szczególnymi dla tych organizacji.
- 27) W dziedzinie obronności i bezpieczeństwa niektóre zamówienia mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich niniejszej dyrektywy byłoby niewłaściwe, pomimo jej szczególnej natury. Dotyczy to zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie. Dotyczy to również innych, szczególnie newralgicznych zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, takich jak przykładowo pewne zakupy przewidziane do ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez policję i służby bezpieczeństwa.
- 28) Państwa członkowskie prowadzą często programy współpracy w celu wspólnego opracowania nowego sprzętu obronnego. Programy takie mają szczególne znaczenie, ponieważ pomagają one w opracowywaniu nowych technologii i wiążą się z wysokimi kosztami w dziedzinie badań i opracowywania złożonych systemów broni. Niektórymi z tych programów zarządzają organizacje międzynarodowe, a mianowicie Organisation conjointe de coopération en matière d'armement (OCCAR) i NATO (za pośrednictwem konkretnych agencji) lub agencje Unii, takie jak Europejska Agencja Obrony, która udziela zamówień w imieniu państw członkowskich. Niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania do tego rodzaju umów. W przypadku innych podobnych programów współpracy zamówienia są udzielane przez instytucje/podmioty zamawiające jednego państwa członkowskiego, także w imieniu jednego lub większej liczby

państw członkowskich. Również w tych przypadkach niniejsza dyrektywa nie powinna mieć zastosowania.

- 29) W przypadku gdy siły zbrojne lub siły bezpieczeństwa państw członkowskich prowadzą działania poza granicami Unii, i gdy jest to podyktowane wymogami operacyjnymi, należy zezwolić instytucjom/podmiotom zamawiającym, które znajdują się na terenie operacji, na niestosowanie przepisów niniejszej dyrektywy, w przypadku gdy udzielają one zamówień wykonawcom mającym siedzibę w miejscu prowadzenia działań, łącznie z zakupami cywilnymi bezpośrednio powiązanymi z prowadzeniem tych operacji.
- 30) Biorąc pod uwagę specyficzny charakter sektora obronności i bezpieczeństwa, zakupy sprzętu, a także robót budowlanych i usług dokonywane przez rząd od innego rządu powinny zostać wyłączone z zakresu niniejszej dyrektywy.
- 31) W kontekście usług zamówienia na zakup lub wynajem nieruchomości lub praw do tego rodzaju mienia mają szczególne cechy, które powodują, że zasady dotyczące udzielania zamówień nie znajdują zastosowania.
- 32) Usługi arbitrażowe i pojednawcze są zwykle świadczone przez podmioty lub osoby prywatne wyznaczone lub wybrane w sposób, który nie może być regulowany przy pomocy zasad dotyczących udzielania zamówień.
- 33) Usługi finansowe są również powierzane osobom lub podmiotom na warunkach, które nie są zgodne z regułami stosowania zasad dotyczących udzielania zamówień.
- 34) Zgodnie z art. 163 Traktatu zachęcanie do działalności badawczej i rozwoju technologicznego stanowi jeden ze środków wzmacniania naukowej i technologicznej bazy przemysłu Wspólnoty, zaś otwieranie zamówień publicznych na usługi przyczynia się do osiągnięcia tego celu. Niniejsza dyrektywa nie powinna obejmować współfinansowania programów badawczych i rozwojowych. Nie są w związku z tym objęte niniejszą dyrektywą zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe inne niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie podmiotowi zamawiającemu/instytucji zamawiającej dla użytku zgodnego z jego działalnością, a usługi te są w całości opłacane przez podmioty/instytucje zamawiające.
- 35) Zatrudnienie i praca stanowią kluczowe elementy gwarantujące wszystkim równe szanse i przyczyniające się do integracji społeczeństwa. W tym kontekście zakłady i programy pracy chronionej skutecznie przyczyniają się do integracji lub reintegracji osób niepełnosprawnych na rynku pracy. Jednakże zakłady takie mogą nie być zdolne do uzyskania zamówień w normalnych warunkach konkurencji. Należy zatem umożliwić państwom członkowskim zastrzeżenie prawa takich zakładów do udziału w procedurach udzielania zamówień lub zagwarantowanie im realizacji zamówień w ramach programów pracy chronionej.
- 36) Dla celów stosowania niniejszej dyrektywy na potrzeby zamówień na usługi objęte jej zakresem, a także na potrzeby nadzoru usługi powinny zostać podzielone na kategorie odpowiadające określonym tytułom w klasyfikacji CPV i zebrane w dwóch załącznikach, według przepisów, którym podlegają. W odniesieniu do usług wymienionych w załączniku II odpowiednie przepisy niniejszej dyrektywy nie powinny kolidować ze wspólnotowymi zasadami odnoszącymi się konkretnie do tych usług. Jednak, aby stosować przepisy niniejszej dyrektywy zamiast przepisów dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE należy stwierdzić, czy dane zamówienie na usługi wchodzi w zakres stosowania niniejszej dyrektywy.

- 37) W odniesieniu do zamówień na usługi, pełne zastosowanie niniejszej dyrektywy powinno zostać ograniczone, w okresie przejściowym, do zamówień, w przypadku których zastosowanie jej przepisów pozwoli na pełne wykorzystanie możliwości zwiększenia obrotu transgranicznego. Konieczne jest monitorowanie zamówień na inne usługi w tym okresie przejściowym zanim podjęta zostanie decyzja dotycząca pełnego zastosowania niniejszej dyrektywy.
- 38) Specyfikacje techniczne sporządzone przez instytucje/podmioty zamawiające muszą umożliwiać otwarcie procesu udzielania zamówień na konkurencję. W tym celu powinna istnieć możliwość składania ofert odzwierciedlających różnorodność rozwiązań technicznych. Należy zatem umożliwić sporządzanie specyfikacji technicznych pod względem wymogów w zakresie wykonania i funkcjonalności. Z drugiej strony, w przypadku odniesienia do normy europejskiej lub do norm międzynarodowych lub krajowych, w tym norm właściwych dla dziedziny obronności, instytucje/podmioty zamawiające muszą brać pod uwagę oferty oparte na innych równoważnych rozwiązaniach. Równoważność ta winna być w szczególności oceniana w stosunku do wymagań interoperacyjności i skuteczności operacyjnej. W celu wykazania równoważności należy umożliwić oferentom przedstawienie dowodów w dowolnej formie. Instytucje/podmioty zamawiające muszą być w stanie uzasadnić każdą decyzję, w której stwierdzają brak równoważności w danym przypadku. Istnieją ponadto międzynarodowe porozumienia dotyczące standaryzacji, których celem jest zapewnienie interoperacyjności sił zbrojnych, i które mogą być wiążące prawnie w państwach członkowskich. W przypadku gdy obowiązuje jedno z takich porozumień, instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać, aby oferty były zgodne z normami opisanymi w tym porozumieniu. Specyfikacje techniczne powinny być jasno sformułowane, aby wszyscy oferenci wiedzieli, jakie kryteria określone przez instytucje/podmioty zamawiające należy spełnić.
- 39) Zgodnie z praktyką przyjętą w państwach członkowskich informacje dodatkowe dotyczące zamówień muszą zostać ujęte w specyfikacji warunków każdego zamówienia lub w innym równoważnym dokumencie.
- 40) Potencjalni podwykonawcy nie powinni być dyskryminowani ze względu na narodowość. W kontekście obronności i bezpieczeństwa właściwe może być zobligowanie wybranego oferenta przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający do zorganizowania przejrzystego i niedyskryminacyjnego konkursu w celu udzielenia zamówień na podwykonawstwo osobom trzecim. Zobowiązanie to może odnosić się do wszystkich umów podwykonawstwa lub tylko do konkretnych umów podwykonawstwa wybranych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Ponadto wydaje się właściwym uzupełnienie prawa oferenta do zlecenia części zadań opcją zaproponowaną państwu członkowskiemu, aby zezwoliło podmiotom/instytucjom zamawiającym lub postawiło im wymóg wnioskowania, aby zamówienia na podwykonawstwo stanowiące przynajmniej pewien udział wartości zamówienia były udzielane osobom trzecim przy założeniu, że przedsiębiorstwa powiązane nie będą uważane za osoby trzecie. W sytuacjach, gdy taki udział jest wymagany wybrany oferent powinien udzielać zamówień na podwykonawstwo w wyniku przejrzystego i niedyskryminacyjnego konkursu, aby wszystkie zainteresowane przedsiębiorstwa miały tę samą możliwość skorzystania z zalet podwykonawstwa. Jednocześnie nie powinno to zagrażać prawidłowemu funkcjonowaniu łańcucha dostaw wybranego oferenta. Dlatego też część, która może zostać podzlecona osobie trzeciej na wniosek instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego powinna odpowiadać przedmiotowi i wartości zamówienia.

W trakcie procedury negocjacyjnej lub dialogu konkurencyjnego z wymogiem podzlecenia instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający oraz oferenci mogą omówić wymogi

podzlecenia lub dotyczące go warunki w celu zagwarantowania pełnego powiadomienia instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego o wpływie różnych opcji podzlecenia szczególnie na koszty, jakość lub ryzyko. W każdym przypadku podwykonawcy wstępnie wytypowani przez wybranego oferenta powinni mieć możliwość uczestnictwa w konkursach organizowanych w celu udzielenia zleceń podwykonawczych.

W kontekście rynku obronności i bezpieczeństwa państwa członkowskie i Komisja powinny również zachęcać do opracowywania oraz propagowania wzorców w państwach członkowskich i przemyśle europejskim w celu wspierania swobodnego przemieszczania się oraz konkurencyjności unijnych rynków podzleceń, a także skutecznego zarządzania dostawcami oraz małymi i średnimi przedsiębiorstwami w celu uzyskania najlepszego stosunku jakości do ceny. Państwa członkowskie powinny informować wszystkich wybranych oferentów o zaletach przejrzystych i konkurencyjnych procedur przetargowych i różnorodności wykonawców na podzlecenia, a także opracowywać i propagować wzorce w zakresie zarządzania łańcuchem dostaw na rynku obronności i bezpieczeństwa.

- 41) Warunki realizacji zamówienia są zgodne z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz że są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.
- 42) W szczególności warunki realizacji zamówienia mogą zawierać wymogi instytucji/podmiotów zamawiających w zakresie bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw. Wymogi te są szczególnie ważne ze względu na newralgiczny charakter wyposażenia, którego dotyczy niniejsza dyrektywa, i dotyczą całości łańcucha dostaw.
- 43) W celu zagwarantowania bezpieczeństwa informacji instytucje/podmioty zamawiające mogą domagać się szczególnie od wykonawców lub podwykonawców zobowiązania ochrony poufnych informacji przed dostępem ze strony osób nieupoważnionych oraz wystarczających informacji o ich zdolnościach do realizacji tego zobowiązania. Wobec braku przepisów wspólnotowych dotyczących bezpieczeństwa informacji, instytucje/podmioty zamawiające lub państwa członkowskie określają te wymogi zgodnie z prawem lub przepisami krajowymi oraz ustalają, czy poświadczenia bezpieczeństwa wydane zgodnie z prawem krajowym innego państwa członkowskiego są równoważne z poświadczeniami wydawanymi przez ich własne właściwe organy.
- 44) Bezpieczeństwo dostaw może wiązać się z szeregiem wymogów, włączając w to na przykład wewnętrzne uregulowania przedsiębiorstwa w zakresie własności intelektualnej, obowiązujące między podmiotem zależnym a podmiotem głównym lub świadczenie usług o kluczowym znaczeniu, możliwości konserwacji i naprawy w celu zagwarantowania serwisu zakupionego sprzętu w trakcie całego jego okresu użytkowania.
- 45) W każdym przypadku żaden warunek realizacji zamówienia nie może zawierać wymogów innych niż te, które są związane z realizacją samego zamówienia.
- 46) Przepisy ustawowe i wykonawcze oraz układy zbiorowe, zarówno na poziomie krajowym, jak i wspólnotowym, obowiązujące w zakresie warunków zatrudnienia oraz bezpieczeństwa pracy, stosowane są podczas realizacji zamówień, pod warunkiem że zarówno przepisy te, jak i ich stosowanie, zgodne są z prawem wspólnotowym. W sytuacjach transgranicznych, gdy pracownicy jednego państwa członkowskiego świadczą usługi w innym państwie członkowskim w celu realizacji zamówienia, dyrektywa 96/71/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 16 grudnia 1996 r. dotycząca delegowania pracowników w ramach świadczenia usług³⁴ określa warunki minimalne, które muszą być spełnione przez kraj goszczący w stosunku do takich oddelegowa-

³⁴ Dz.U. L 18 z 21.01.1997, s. 1.

nych pracowników. Jeżeli prawo krajowe zawiera regulacje w tym zakresie, nieprzestrzeganie tych obowiązków można uznać za poważne uchybienie lub za wykroczenie ze strony wykonawcy naruszające zasady etyki zawodowej, które może prowadzić do wykluczenia tego wykonawcy z udziału w procedurze udzielania zamówienia.

- 47) Cechą charakterystyczną zamówień, których dotyczy niniejsza dyrektywa, są szczególne wymogi w zakresie złożoności, bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw. Spełnienie tych wymogów wymaga niejednokrotnie szczegółowych negocjacji w trakcie udzielania zamówienia. Zatem jeżeli chodzi o zamówienia, których dotyczy niniejsza dyrektywa, instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować procedurę ograniczoną, jak również procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia o zamówieniu.
- 48) W przypadku instytucji/podmiotów zamawiających, które realizują szczególnie złożone projekty, zdefiniowanie sposobów zaspokojenia ich potrzeb lub dokonanie oceny rozwiązań technicznych lub rozwiązań finansowych albo prawnych, które oferuje rynek, może okazać się obiektywnie niemożliwe, za co instytucje te nie mogą być obarczane odpowiedzialnością. Do takiej sytuacji może dojść w szczególności podczas wdrażania projektów zintegrowanych lub wymagających powiązania wielu możliwości technologicznych i operacyjnych, lub podczas realizacji projektów obejmujących złożone procesy finansowania o kompleksowej strukturze, których postaci finansowej ani prawnej nie można z góry określić. W takim wypadku zastosowanie procedury ograniczonej czy też procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu nie jest możliwe ze względu na trudności związane z odpowiednio precyzyjnym określeniem zamówienia, umożliwiającym kandydatom sporządzenie ofert. Należy więc przewidzieć procedurę elastyczną, która będzie chroniła konkurencję pomiędzy wykonawcami, a zarazem stwarzała dla instytucji/podmiotów zamawiających możliwość przedyskutowania wszystkich aspektów danego zamówienia z poszczególnymi kandydatami. Niemniej jednak procedura ta nie może być stosowana w sposób ograniczający lub zakłócający konkurencję, zwłaszcza przez zmianę podstawowych elementów ofert, nałożenie nowych, istotnych wymagań na oferenta, którego oferta została wybrana, lub poprzez zaangażowanie jakiegokolwiek innego oferenta, niż ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.
- 49) Przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia instytucje/podmioty zamawiające mogą, przy wykorzystaniu dialogu technicznego, poszukiwać lub korzystać z doradztwa, które może znaleźć zastosowanie w trakcie przygotowywania specyfikacji, pod warunkiem jednak, że takie doradztwo nie uniemożliwia konkurencji.
- 50) Niektóre wyjątkowe okoliczności mogą uniemożliwić zastosowanie procedury z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub sprawić, że byłaby ona całkowicie nieodpowiednia. Instytucje/podmioty zamawiające powinny więc mieć możliwość, w pewnych dokładnie określonych przypadkach i okolicznościach, zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.
- 51) Niektóre okoliczności powinny być częściowo takie same jak okoliczności przewidziane w dyrektywie 2004/18/WE. W tym względzie trzeba szczególnie brać pod uwagę fakt, że wyposażenie obronne i dotyczące bezpieczeństwa jest często bardzo złożone technicznie. Dlatego też niekompatybilność lub nieproporcjonalne trudności techniczne związane z ich stosowaniem i konserwacją, uzasadniające skorzystanie z procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia w przypadku zamówień wyposażenia dla dostaw uzupełniających, powinny być oceniane w świetle tej właśnie złożoności i związanych z tym wymogów interoperacyjności oraz standaryzacji wyposażenia. Dotyczy to m.in. przypadku integracji nowych komponentów z istniejącymi systemami lub modernizacji takich systemów.

- 52) Może się zdarzyć, że w przypadku niektórych zakupów objętych zakresem niniejszej dyrektywy tylko jeden wykonawca będzie w stanie wykonać zamówienie z uwagi posiadania wyłącznych praw lub ze względów technicznych. W takich przypadkach instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinny mieć prawo udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych bezpośrednio z tym jedynym wykonawcą. Jednak względy techniczne decydujące o tym, że tylko jeden wykonawca może zrealizować zamówienie, powinny być rygorystycznie zdefiniowane i uzasadnione w każdym indywidualnym przypadku. Może to obejmować przykładowo niemożność ze względów ściśle technicznych ze strony kandydata innego, niż wybrany wykonawca, realizacji wymaganych celów lub konieczność korzystania z wiedzy fachowej, narzędzi lub środków, którymi dysponuje tylko jeden wykonawca. Sytuacja taka może wystąpić przykładowo w przypadku modyfikacji lub modernizacji szczególnie złożonego sprzętu. Względy techniczne mogą wynikać również z wymogów szczególnej interoperacyjności lub bezpieczeństwa, które muszą zostać spełnione, aby zapewnić funkcjonowanie sił zbrojnych lub służb bezpieczeństwa.
- 53) Co więcej, specyfika zamówień podlegających niniejszej dyrektywie ukazuje konieczność przewidzenia nowych okoliczności, jakie mogą zaistnieć w dziedzinach nią objętych.
- 54) Ponadto siły zbrojne państw członkowskich mogą zostać wezwane do interwencji w sytuacji kryzysowej zagranicą, na przykład w ramach operacji pokojowych. W czasie uruchamiania, lub w czasie trwania takiej interwencji, bezpieczeństwo państw członkowskich i ich sił zbrojnych może spowodować konieczność szybkiego udzielenia pewnych zamówień, co nie da się pogodzić ze zwykłymi terminami wymaganymi przez procedury udzielania zamówień ustanowione niniejszą dyrektywą. Takie sytuacje mogą również dotyczyć sił bezpieczeństwa, na przykład w przypadku ataku terrorystycznego na terytorium Unii.
- 55) Stymulowanie działalności badawczej i rozwoju stanowi podstawowy środek wzmacniania europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego, a otwarcie zamówień będzie sprzyjać realizacji tego celu. Znaczenie badań naukowych i rozwoju w tej specyficznej dziedzinie usprawiedliwia maksymalną elastyczność udzielania zamówień na dostawy i usługi na ich potrzeby. Jednocześnie taka elastyczność nie powinna jednak uniemożliwiać uczciwej konkurencji na dalszych etapach cyklu życia produktu. Zamówienia w dziedzinie badań naukowych i rozwoju powinny zatem obejmować działania jedynie do momentu, w których możliwe jest dokonanie oceny dojrzałości nowych technologii i uznanie ich za niewiążące się z ryzykiem. Po tym etapie zamówienia w dziedzinie badań naukowych i rozwoju nie powinny być wykorzystywane jako środek unikania przepisów niniejszej dyrektywy, także przy wyborze oferenta do realizacji kolejnych etapów.
- Z drugiej strony instytucja/podmiot zamawiający nie powinny organizować odrębnego przetargu na kolejne etapy, jeżeli zamówienie, które obejmuje działania badawcze, zawiera już opcję dotyczącą tych etapów i udzielane jest w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub, w stosownych przypadkach, w drodze dialogu konkurencyjnego.
- 56) W celu zagwarantowania przejrzystości należy przewidzieć reguły dotyczące publikacji przez instytucje/podmioty zamawiające właściwych informacji przed rozpoczęciem procedury udzielania zamówienia oraz po jej zakończeniu. Ponadto kandydaci i oferenci powinni otrzymywać dalsze konkretne informacje dotyczące wyników procedury. Instytucje/podmioty zamawiające powinny jednakże mieć prawo do nieujawniania niektórych tego rodzaju informacji w przypadkach, gdy ich ujawnienie utrudniłoby stosowanie przepisów lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, mogłoby zaszkodzić

uzasadnionym interesom handlowym wykonawców lub mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi. Biorąc pod uwagę charakter i cechy robót, dostaw i usług objętych niniejszą dyrektywą, wzgląd na interes publiczny odnoszący się do poszanowania obowiązujących przepisów krajowych z zakresu bezpieczeństwa narodowego, a w szczególności jeżeli chodzi o obronność i bezpieczeństwo, ma w tym zakresie szczególne znaczenie.

- 57) Biorąc pod uwagę postęp w dziedzinie nowych technologii informacyjnych i komunikacyjnych oraz ułatwień, jakie ze sobą niosą, należy uznać, że elektroniczne środki komunikacji powinny być traktowane na równi z tradycyjnymi środkami komunikacji i wymiany informacji. Wybrane środki i technologie powinny być w możliwie największym stopniu kompatybilne z technologiami wykorzystywanymi w innych państwach członkowskich.
- 58) Do zapewnienia rozwoju efektywnej konkurencji w dziedzinie zamówień publicznych, których dotyczy niniejsza dyrektywa, niezbędne jest, aby ogłoszenia o zamówieniach, sporządzane przez instytucje/podmioty zamawiające państw członkowskich, publikowane były w całej Wspólnocie. Informacje zawarte w tych ogłoszeniach muszą umożliwiać wykonawcom ze Wspólnoty stwierdzenie, czy opublikowane zamówienia są dla nich interesujące. W tym celu należy im udostępnić odpowiednie informacje na temat przedmiotu zamówienia oraz związanych z nim warunków. Należy więc zapewnić lepszą przejrzystość ogłoszeń publicznych, stosując odpowiednie instrumenty, takie jak standardowe formularze ogłoszeń oraz CPV, który stanowi nomenklaturę odniesienia dla zamówień.
- 59) Dyrektywa 1999/93/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 13 grudnia 1999 r. w sprawie wspólnotowych ram w zakresie podpisów elektronicznych³⁵ oraz dyrektywa 2000/31/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 8 czerwca 2000 r. w sprawie niektórych aspektów prawnych usług społeczeństwa informacyjnego, w szczególności handlu elektronicznego w ramach rynku wewnętrznego (dyrektywa o handlu elektronicznym)³⁶ powinny w kontekście niniejszej dyrektywy mieć zastosowanie do przysyłania informacji za pomocą środków elektronicznych. Procedury udzielania zamówień wymagają wyższego poziomu bezpieczeństwa i poufności niż poziom wymagany w tych dyrektywach. W związku z tym urzędnicy do elektronicznego składania wniosków o dopuszczenie do udziału i ofert powinny spełniać określone wymogi dodatkowe. W tym celu zaleca się wykorzystywanie podpisów elektronicznych, w szczególności zaawansowanych podpisów elektronicznych, jeżeli istnieje taka możliwość. Co więcej, istnienie dobrowolnych systemów akredytacji mogłoby stanowić korzystne ramy dla podniesienia jakości usług certyfikacyjnych świadczonych dla tych urzędów.
- 60) Wykorzystanie środków elektronicznych prowadzi do oszczędności czasu. A zatem należy przewidzieć możliwość skrócenia minimalnych terminów dla składania ofert i wniosków o dopuszczenie w przypadku zastosowania środków elektronicznych z zastrzeżeniem, że są one kompatybilne z określonym sposobem transmisji przewidzianym na poziomie wspólnotowym.
- 61) Weryfikacja predyspozycji oferentów i ich wybór powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować podczas kwalifikacji uczestników, oraz środki, które wykonawcy mogą wykorzystywać w celu udowodnienia spełnienia tych kryteriów. Mając na uwadze tę przejrzystość, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający niezwłocznie po otwarciu danego zamówienia na konkurencję musi wskazać kryteria kwalifika-

³⁵ Dz.U. L 13 z 19.01.2000, s. 12.

³⁶ Dz.U. L 178 z 17.07.2000, s. 1.

cji, które będzie stosowała podczas kwalifikacji, oraz szczególny poziom kompetencji, jakiego w uzasadnionych przypadkach może żądać od wykonawców w celu dopuszczenia ich do udziału w procedurze udzielenia zamówienia.

- 62) Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może ograniczyć liczbę kandydatów w procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz w przypadku dialogu konkurencyjnego. Ograniczenie liczby kandydatów odbywa się na podstawie obiektywnych kryteriów wskazanych w ogłoszeniu o zamówieniu. W przypadku kryteriów odnoszących się do podmiotowej sytuacji wykonawców, wystarczające może się okazać ogólne odniesienie w ogłoszeniu o zamówieniu do okoliczności określonych w niniejszej dyrektywie.
- 63) W przypadku dialogu konkurencyjnego oraz procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia z uwagi na elastyczność, która może być wymagana, oraz wysoki poziom kosztów związanych z zastosowaniem takich metod udzielania zamówień, instytucje/podmioty zamawiające powinny mieć prawo do przeprowadzania tej procedury etapami w celu stopniowego zmniejszenia, na podstawie przedstawionych wcześniej kryteriów udzielania zamówień, liczby ofert, które zostaną poddane dyskusji lub negocjacjom. W stopniu, w jakim pozwala na to liczba odpowiednich rozwiązań lub kandydatów, redukcja taka powinna zapewnić warunki prawdziwej konkurencji.
- 64) Przepisy wspólnotowe dotyczące wzajemnego uznawania dyplomów, świadectw i innych dowodów posiadania formalnych kwalifikacji mają zastosowanie, gdy dowód posiadania konkretnych kwalifikacji wymagany jest w celu wzięcia udziału w procedurze udzielania zamówienia.
- 65) Należy unikać udzielania zamówień wykonawcom, którzy byli członkami organizacji przestępczej lub których uznano winnymi korupcji lub oszustwa ze szkodą dla interesów finansowych Wspólnot Europejskich, prania pieniędzy czy finansowania terroryzmu lub przestępstw terrorystycznych i związanych z terroryzmem. W stosownych przypadkach instytucje/podmioty zamawiające powinny zwracać się do kandydatów lub oferentów o dostarczenie odpowiednich dokumentów oraz, w przypadku wątpliwości dotyczących podmiotowej sytuacji kandydata lub oferenta, mogą zwrócić się o współpracę do właściwych organów danego państwa członkowskiego. Wykluczenie takich wykonawców powinno nastąpić niezwłocznie po uzyskaniu przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający informacji o prawomocnym wyroku w sprawie o takie wykroczenia, wydanego zgodnie z prawem krajowym. Jeżeli istnieją stosowne przepisy prawa krajowego, nieprzestrzeganie ustawodawstwa dotyczącego niezgodnych z prawem porozumień w ramach procedur udzielania zamówień, które stanowiło przedmiot prawomocnego wyroku sądu lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane za wykroczenie ze strony wykonawcy naruszające zasady etyki zawodowej lub za poważne uchybienie. Wykluczenie wykonawców powinno być również możliwe w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zagrożenie takie może wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez kandydata lub z jego struktury własności.
- 66) Nieprzestrzeganie krajowych przepisów wdrażających dyrektywę Rady 2000/78/WE z dnia 27 listopada 2000 r. ustanawiającą ogólne warunki ramowe równego traktowania w zakresie zatrudnienia i pracy³⁷ i dyrektywę Rady 76/207/EWG z dnia 9 lutego 1976 r. w sprawie wprowadzenia w życie zasady równego traktowania kobiet i męż-

³⁷ Dz.U. L 303 z 2.12.2000, s. 16.

czyż w zakresie dostępu do zatrudnienia, kształcenia i awansu zawodowego oraz warunków pracy³⁸, które było przedmiotem ostatecznego orzeczenia sądowego lub decyzji mającej równoważny skutek, może zostać uznane za wykroczenie przeciwko etyce zawodowej wykonawcy lub za jej poważne naruszenie.

- 67) Ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji. Ponadto żaden przepis niniejszej dyrektywy nie może uniemożliwić instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu wykluczenia wykonawcy na jakimkolwiek etapie procesu udzielania zamówienia, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiadają informacje, z których wynika, że udzielenie całości lub którejkolwiek z części zamówienia wykonawcy mogłoby wiązać się z zagrożeniem podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa członkowskiego.
- 68) Wobec braku przepisów wspólnotowych dotyczących bezpieczeństwa informacji, instytucje/podmioty zamawiające lub państwa członkowskie określają poziom kwalifikacji technicznych wymaganych w tej dziedzinie, aby uczestniczyć w procedurze udzielania zamówienia oraz oceniają, czy kandydaci zapewniają wymagany poziom bezpieczeństwa. W wielu przypadkach państwa członkowskie zawarły dwustronne porozumienia dotyczące bezpieczeństwa określające zasady wzajemnego uznawania krajowych poświadczeń bezpieczeństwa. Nawet w przypadkach istnienia takich porozumień weryfikacji można podać możliwości wykonawców z innych państw członkowskich w odniesieniu do bezpieczeństwa informacji, weryfikacja taka powinna odbyć się zgodnie z zasadami niedyskryminacji, równego traktowania i proporcjonalności.
- 69) Zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji. W rezultacie należy dopuścić stosowanie tylko dwóch kryteriów udzielania zamówień, mianowicie „najniższej ceny” i „oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”.
- 70) Aby zapewnić przestrzeganie zasady równego traktowania przy udzielaniu zamówień, należy wprowadzić ustanowiony w orzecznictwie obowiązek zapewnienia niezbędnej przejrzystości, umożliwiającą uzyskanie przez wszystkich oferentów wiarygodnych informacji na temat kryteriów i rozwiązań, które będą stosowane w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Obowiązkiem instytucji/podmiotów zamawiających jest więc określenie kryteriów udzielania zamówień wraz z przypisaną poszczególnym kryteriom wagą w odpowiednim czasie umożliwiającym kandydatom wzięcie ich pod uwagę podczas sporządzania ofert. Instytucje/podmioty zamawiające mogą odstąpić od określenia wagi kryteriów udzielania zamówień w należycie uzasadnionych przypadkach, których występowanie muszą być w stanie umotywować, jeżeli wagi takiej nie można ustalić z góry, w szczególności ze względu na złożoność zamówienia. W takich przypadkach muszą one wskazać kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.
- 71) W przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które, potraktowane łącznie, muszą umożli-

³⁸ Dz.U. L 39 z 14.02.1976, s. 40.

wić wyłonienie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert.

- 72) Przestrzeganie zobowiązań dotyczących przejrzystości i konkurencji należy zapewnić za pomocą skutecznego systemu odwoławczego opartego na systemie, który dyrektywy Rady 89/665/EWG³⁹ i 92/13/EWG⁴⁰, zmienione dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady⁴¹, przewidują dla zamówień objętych dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE. W szczególności należy zapewnić możliwość zakwestionowania procedury udzielania zamówienia przed podpisaniem umowy, a także gwarancje niezbędne w celu zapewnienia skuteczności odwołania, takie jak okres zawieszenia. Należy również zapewnić możliwość zakwestionowania bezpośredniego udzielania zamówień lub zawierania umów, które jest nielegalne i stanowi naruszenie przepisów niniejszej dyrektywy.
- 73) Procedury odwoławcze powinny jednak uwzględniać ochronę interesów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa w związku z procedurami organów odwoławczych, wyborem środków tymczasowych lub sankcji nałożonych za niewywiązanie się z zobowiązań odnoszących się do przejrzystości i konkurencji. Szczególnie państwa członkowskie powinny móc postanowić, że organ odwoławczy niezależny od instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn, o których mowa w niniejszej dyrektywie, jeżeli stwierdzi on, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym wymagają utrzymania skutków umowy w mocy. W świetle charakteru i cech robót, dostaw i usług objętych zakresem niniejszej dyrektywy takie nadrzędne przyczyny powinny przede wszystkim wiązać się z ogólnymi interesami obronności i bezpieczeństwa państw członkowskich. Mogłoby tak być przykładowo w przypadku gdy nieskuteczność umowy poważnie zagroziłaby nie tylko realizacji konkretnego projektu będącego przedmiotem umowy, ale także istnieniu szerszego programu w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, którego projekt jest częścią.
- 74) Niezbędne będzie przyjęcie niektórych warunków technicznych, a w szczególności związanych z ogłoszeniami i sprawozdaniami statystycznymi, jak również używanej nomenklatury oraz warunków stosowania odniesień do tej nomenklatury, a także wprowadzanie w nich stosownych zmian w świetle zmieniających się wymagań technicznych. W tym celu należy więc ustanowić procedurę elastycznego i sprawnego przyjmowania wspomnianych zmian.
- 75) Środki niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy powinny zostać przyjęte zgodnie z decyzją Rady 1999/468/WE z dnia 28 czerwca 1999 r. ustanawiającą warunki wykonywania uprawnień wykonawczych przyznanych Komisji⁴².

³⁹ Dyrektywa Rady 89/665/EWG z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.U. L 395 z 30.12.1989, s. 33).

⁴⁰ Dyrektywa Rady 92/13/EWG z dnia 25 lutego 1992 r. koordynująca przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne odnoszące się do stosowania przepisów wspólnotowych w procedurach zamówień publicznych podmiotów działających w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i telekomunikacji (Dz.U. L 76 z 23.03.1992, s. 14).

⁴¹ Dyrektywa 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniająca dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.U. L 335 z 20.12.2007, s. 31).

⁴² Dz.U. L 184 z 17.07.1999, s. 23.

76) W szczególności, Komisja powinna uzyskać uprawnienia do przeglądu kwot progowych dla zamówień poprzez dopasowanie ich do kwot progowych określonych w dyrektywie 2004/17/WE oraz zmiany niektórych liczb odniesienia w nomenklaturze CPV oraz procedur w ogłoszeniach dotyczących niektórych nagłówków w CPV oraz szczegółów technicznych i charakterystyk urządzeń do odbioru elektronicznego.

Ponieważ środki te mają charakter ogólny i mają na celu zmianę elementów innych niż istotne niniejszej dyrektywy, muszą one zostać przyjęte zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą przewidzianą w art. 5a decyzji 1999/468/WE.

77) W przypadku gdy ze względu na niezmiennie pilny charakter sprawy, zwykłe terminy procedury regulacyjnej połączonej z kontrolą nie mogą zostać dochowane, Komisja powinna mieć możliwość zastosowanie procedury pilnej określonej w art. 5a ust. 6 decyzji 1999/468/WE dla przyjęcia tych środków.

78) Zgodnie z pkt 34 Porozumienia międzyinstytucjonalnego w sprawie lepszego stanowienia prawa⁴³ zachęca się państwa członkowskie do sporządzania — do własnych potrzeb i w interesie Wspólnoty — i podania do publicznej wiadomości własnych tabel jak najdokładniej odzwierciedlających korelacje między niniejszą dyrektywą a środkami jej transpozycji.

79) Komisja powinna przeprowadzać okresową ocenę, czy rynek wyposażenia obronnego funkcjonuje w sposób otwarty, przejrzysty i konkurencyjny, obejmującą wpływ niniejszej dyrektywy na rynek, na przykład w zakresie zaangażowania ze strony MŚP,

PRZYJMUJĄ NINIEJSZĄ DYREKTYWĘ:

TYTUŁ I

DEFINICJE, ZAKRES STOSOWANIA I ZASADY OGÓLNE

Artykuł 1

Definicje

Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

- 1) „Wspólny Słownik Zamówień (CPV)” oznacza nomenklaturę odniesienia stosowaną w zamówieniach udzielanych przez instytucje/podmioty zamawiające, przyjętą na mocy rozporządzenia (WE) nr 2195/2002;
- 2) „zamówienia” oznaczają umowy o charakterze odpłatnym zawierane na piśmie, o których mowa w art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE i art. 1 ust. 2 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE;
- 3) „zamówienia na roboty budowlane” oznaczają zamówienia, których przedmiotem jest albo wykonanie, albo zarówno zaprojektowanie, jak i wykonanie robót budowlanych związanych z jednym z działań określonych w dziale 45 CPV lub obiektu budowlanego, albo realizacja, za pomocą dowolnych środków, obiektu budowlanego odpowiadającego wymogom określonym przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. Terminem „obiekt budowlany” określa się wynik całości robót w zakresie budownictwa lub inżynierii, który może samoistnie spełniać funkcję gospodarczą lub techniczną;

⁴³ Dz.U. C 321 z 31.12.2003, s. 1.

- 4) „zamówienia na dostawy” oznaczają zamówienia, inne niż zamówienia na roboty budowlane, których przedmiotem jest kupno, dzierżawa, najem lub leasing, z opcją lub bez opcji wykupu, produktów.

Zamówienie, którego przedmiotem jest dostawa produktów, obejmujące dodatkowo ich rozmieszczenie i instalację, uważa się za „zamówienie na dostawy”;

- 5) „zamówienia na usługi” oznaczają zamówienia, inne niż zamówienia na roboty budowlane lub dostawy, których przedmiotem jest świadczenie usług.

Zamówienie, którego przedmiotem są zarówno produkty, jak i usługi, uważa się za „zamówienie na usługi”, jeżeli wartość usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem.

Zamówienie, którego przedmiotem są usługi i które obejmuje działania wymienione w dziale 45 CPV, które mają jedynie charakter dodatkowy w stosunku do głównego przedmiotu zamówienia, uważa się za zamówienie na usługi;

- 6) „sprzęt wojskowy” oznacza sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicję lub materiały wojenne;
- 7) „newralgiczny sprzęt”, „newralgiczne roboty budowlane” i „newralgiczne usługi” oznaczają sprzęt, roboty budowlane i usługi do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagają ich wykorzystania lub zawierają je;
- 8) „informacje niejawne” oznaczają wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które — w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim — wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem;
- 9) „władze publiczne” oznaczają władze państwowe, regionalne lub lokalne państwa członkowskiego lub kraju trzeciego;
- 10) „sytuacja kryzysowa” oznacza jakąkolwiek sytuację w państwie członkowskim lub w państwie trzecim, w której wystąpiło zdarzenie szkody, wyraźnie przekraczające swoim rozmiarem zdarzenia szkody mające miejsce w codziennym życiu, a przy tym w znacznej mierze naraziło życie i zdrowie wielu ludzi, lub mające poważne następstwa dla dóbr materialnych lub wymagające podjęcia działań w celu dostarczenia ludności środków niezbędnych dla życia; sytuacja kryzysowa ma miejsce także wówczas, gdy takie zdarzenie należy uznać za nieuchronne; konflikty zbrojne i wojny stanowią sytuacje kryzysowe w rozumieniu niniejszej dyrektywy;
- 11) „umowa ramowa” oznacza umowę zawartą pomiędzy jedną lub więcej instytucjami/podmiotami zamawiającymi a jednym lub więcej wykonawcami, której celem jest określenie warunków dotyczących zamówień, które zostaną udzielone w danym okresie, w szczególności w odniesieniu do ceny oraz, o ile ma to zastosowanie, przewidywanych ilości;
- 12) „aukcja elektroniczna” oznacza powtarzalny proces obejmujący zastosowanie urządzenia elektronicznego do przedstawiania nowych, obniżanych cen lub nowych wartości dotyczących niektórych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert, umożliwiającej ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny.

W konsekwencji niektóre zamówienia na usługi oraz niektóre zamówienia na roboty budowlane, których przedmiotem są świadczenia o charakterze intelektualnym, takie jak zaprojektowanie robót budowlanych, nie mogą być przedmiotem aukcji elektronicznych;

- 13) „przedsiębiorca budowlany”, „dostawca” oraz „usługodawca” oznacza każdą osobę fizyczną lub prawną, podmiot publiczny lub grupa takich osób lub podmiotów, oferujących na rynku, odpowiednio, wykonanie robót lub obiektu budowlanego, dostawę produktów lub świadczenie usług;
- 14) „wykonawca” oznacza przedsiębiorcę budowlanego, dostawcę lub usługodawcę;
- 15) „kandydat” oznacza wykonawcę ubiegającego się o zaproszenie do udziału w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej lub w dialogu konkurencyjnym;
- 16) „oferent” oznacza wykonawcę, który złożył ofertę w procedurze ograniczonej lub negocjacyjnej lub w dialogu konkurencyjnym;
- 17) „instytucje/podmioty zamawiające” oznaczają instytucje zamawiające, o których mowa w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i podmioty zamawiające, o których mowa w art. 2 dyrektywy 2004/17/WE;
- 18) „centralna jednostka zakupująca” oznacza instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, o których mowa w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE i w art. 2 ust. 1 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE lub europejski organ publiczny, który:
 - nabywa dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji zamawiających/podmiotów zamawiających, lub
 - udziela zamówień lub zawiera umowy ramowe na roboty budowlane, dostawy lub usługi przeznaczone dla instytucji/podmiotów zamawiających;
- 19) „procedury ograniczone” oznaczają procedury, o udział w których ubiegać się może każdy wykonawca oraz, w ramach których oferty mogą składać tylko wykonawcy zaproszeni przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający;
- 20) „procedury negocjacyjne” oznaczają procedury, w ramach których instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zwraca się do wybranych przez siebie wykonawców i negocjuje z jednym lub kilkoma z nich warunki zamówienia;
- 21) „dialog konkurencyjny” oznacza procedurę, o udział w której ubiegać się może każdy wykonawca oraz w ramach której instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający prowadzi dialog z dopuszczonymi do udziału kandydatami w celu wypracowania co najmniej jednego odpowiedniego rozwiązania mogącego spełnić jej wymogi, a na podstawie tego rozwiązania wybrani kandydaci są następnie zapraszani do składania ofert;
W celu skorzystania z procedury, o której mowa w akapicie pierwszym, zamówienie uważa się za „szczególnie złożone”, w przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające nie są obiektywnie w stanie:
 - określić środków technicznych, zgodnie z art. 18 ust. 3 lit. b), c) lub d), umożliwiających zaspokojenie ich potrzeb lub realizację celów, lub
 - określić struktury prawnej lub finansowej projektu;
- 22) „umowa o podwykonawstwo” oznacza umowę o charakterze odpłatnym zawierana na piśmie pomiędzy wybranym do realizacji zamówienia oferentem i jednym wykonawcą lub większą ich liczbą do celów realizacji tego zamówienia i dotycząca robót budowlanych, dostaw produktów lub świadczenia usług;
- 23) „przedsiębiorstwo powiązane” oznacza każde przedsiębiorstwo, na które wybrany oferent może wywierać, bezpośrednio lub pośrednio, dominujący wpływ, lub przedsiębiorstwo, które może wywierać dominujący wpływ na wybranego oferenta, lub przedsiębiorstwo, które jako wybrany oferent podlega dominującemu wpływowi innego przedsiębiorstwa w wyniku stosunku własności, udziału finansowego lub zasad określających jego działanie. Zakłada się, iż przedsiębiorstwo pozostaje pod dominu-

jącym wpływem innego przedsiębiorstwa, jeżeli to drugie przedsiębiorstwo, bezpośrednio lub pośrednio:

- posiada większość subskrybowanego kapitału tego przedsiębiorstwa,
- kontroluje większość głosów przypadających na akcje emitowane przez to przedsiębiorstwo,
- mogą powoływać ponad połowę składu organu administracyjnego, zarządzającego lub nadzorczego tego przedsiębiorstwa;

- 24) „pisemne” lub „na piśmie” oznacza każde wyrażenie złożone ze słów lub cyfr, które można odczytać, powielić, a następnie przekazać. Może ono obejmować informacje przekazywane i przechowywane za pomocą środków elektronicznych;
- 25) „środki elektroniczne” oznaczają środki wykorzystujące sprzęt elektroniczny w celu przetwarzania (w tym także kompresji cyfrowej) i przechowywania danych, które są przesyłane, przenoszone i odbierane za pomocą przewodów, fal radiowych, środków optycznych lub innych środków elektromagnetycznych;
- 26) „cykl życia” oznacza wszelkie możliwe kolejne fazy produktów, tj. badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcja, naprawa, modernizacja, zmiana, utrzymanie, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofanie i usuwanie;
- 27) „badania i rozwój” oznacza każdą działalność dotyczącą podstawowych badań, badań stosowanych i projektów eksperymentalnych, przy czym te ostatnie mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach;
- 28) „zakupy cywilne” oznacza zamówienia niepodlegające art. 2, obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych i zawierane zgodnie z warunkami określonymi w art. 17.

Artykuł 2

Zakres stosowania

Z zastrzeżeniem art. 30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu, niniejszą dyrektywę stosuje się do zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa i obrony, których przedmiotem są:

- a) dostawy wyposażenia wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- b) dostawy newralgicznego wyposażenia, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów;
- c) roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z wyposażeniem, o którym mowa w lit. a) i b) w przypadku wszelkich elementów związanych z jego okresem funkcjonowania;
- d) roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi.

Artykuł 3

Zamówienia mieszane

1. Zamówienie dotyczące robót budowlanych, dostaw lub usług objęte zakresem stosowania niniejszej dyrektywy i częściowo dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE jest przyznawane zgodnie z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

2. Przyznanie zamówienia dotyczącego robót budowlanych, dostaw lub usług objętego częściowo zakresem stosowania niniejszej dyrektywy, a którego część nie podlega ani niniejszej dyrektywie, ani dyrektywie 2004/17/WE lub dyrektywie 2004/18/WE nie podlega postanowieniom niniejszej dyrektywy, pod warunkiem że udzielenie jednego zamówienia jest uzasadnione z przyczyn obiektywnych.

3. Decyzja o udzieleniu jednego zamówienia nie może być jednak podjęta w celu wyłączenia zamówienia ze stosowania niniejszej dyrektywy lub dyrektywy 2004/17/WE lub dyrektywy 2004/18/WE.

Artykuł 4

Zasady udzielania zamówień

Instytucje/podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.

TYTUŁ II

PRZEPISY DOTYCZĄCE ZAMÓWIEŃ

ROZDZIAŁ I

Przepisy ogólne

Artykuł 5

Wykonawcy

1. Kandydaci lub oferenci, którzy zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym mają siedzibę, są uprawnieni do świadczenia danych usług, nie mogą zostać odrzuceni jedynie na podstawie tego, że zgodnie z prawem państwa członkowskiego, w którym zamówienie jest udzielane, wymagane jest posiadanie przez nich statusu osób fizycznych lub prawnych.

Niemniej jednak w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, jak również zamówień na dostawy, obejmujących ponadto usługi lub prace dotyczące rozmieszczenia i instalacji, od osób prawnych można wymagać wskazania w ofercie lub wniosku o dopuszczenie do udziału nazwisk i odpowiednich kwalifikacji zawodowych osób, które będą odpowiedzialne za realizację danego zamówienia.

2. Grupy wykonawców mogą składać oferty lub wysuwać swoje kandydatury. W celu złożenia oferty lub wniosku o dopuszczenie do udziału instytucje/podmioty zamawiające nie mogą wymagać, aby grupy wykonawców przybierały określoną formę prawną; jednakże można wymagać, aby wybrana grupa podlegała wspomnianemu wymogowi, w przypadku gdyby udzielono jej zamówienia, w zakresie w jakim zmiana taka niezbędna jest do należytej realizacji zamówienia.

Artykuł 6

Zobowiązania instytucji/podmiotów zamawiających w zakresie poufności

Nie naruszając niniejszej dyrektywy, w szczególności jej przepisów dotyczących obowiązku podania do wiadomości publicznej informacji o udzielonych zamówieniach oraz informowania kandydatów i oferentów zgodnie z art. 30 ust. 3 oraz art. 35, a także zgodnie z prawem

krajowym, któremu podlega instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, w szczególności przepisów dotyczących dostępu do informacji instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, z zastrzeżeniem praw nabytych na podstawie umowy, nie ujawnia informacji oznaczonych jako poufne przez wykonawców, którzy je przekazali; informacje takie obejmują, w szczególności, tajemnice techniczne lub handlowe oraz poufne aspekty ofert.

Artykuł 7

Ochrona informacji niejawnych

Instytucje/podmioty zamawiające mogą nałożyć na wykonawców wymagania mające na celu ochronę niejawnych informacji, które przekazują w trakcie procedury zbierania ofert i udzielania zamówień. Mogą również wymagać od tych wykonawców zagwarantowania zastosowania się do tych wymagań przez podwykonawców.

ROZDZIAŁ II

Progi, centralne jednostki zakupujące i wyłączenia

Sekcja 1

Progi

Artykuł 8

Wartości progowe zamówień

Niniejszą dyrektywę stosuje się do zamówień, których szacunkowa wartość, nieobejmująca podatku od wartości dodanej (VAT), jest równa lub wyższa od podanych poniżej progów:

- a) 412000 EUR dla zamówień na dostawy i usługi;
- b) 5150000 EUR dla zamówień na roboty budowlane.

Artykuł 9

Metody obliczania szacunkowych wartości zamówień i umów ramowych

1. Podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia jest całkowita kwota należna, bez VAT, oszacowana przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. W obliczeniu takim uwzględnia się całkowitą kwotę szacunkową, obejmującą także wszelkie opcje lub wznowienia zamówienia.

W przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający przewiduje nagrody lub wynagrodzenia dla kandydatów lub oferentów, uwzględnia on/ona je przy obliczaniu szacunkowej wartości zamówienia.

2. Oszacowana w ten sposób kwota musi być ważna w chwili wysłania ogłoszenia o zamówieniu, o którym mowa w art. 32 ust. 2, lub, w przypadku gdy ogłoszenie takie nie jest wymagane, w chwili rozpoczęcia przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający procedury udzielania zamówienia.

3. Żaden projekt budowlany ani żadne planowane nabycie pewnej ilości dostaw lub usług nie mogą być podzielone w celu sporządzenia zasadniczo identycznych umów częściowych lub dzielone w inny sposób z zamiarem uniknięcia stosowania niniejszej dyrektywy.

4. W odniesieniu do zamówień na roboty budowlane podczas obliczania ich szacunkowej wartości uwzględnia się zarówno koszt robót, jak i szacunkową całkowitą wartość dostaw niezbędnych do ich wykonania oraz oddawanych do dyspozycji przedsiębiorcy budowlanego przez instytucje/podmioty zamawiające.

5. a) W przypadku gdy przewidywany projekt lub nabycie usług może zostać udzielone w tym samym czasie w postaci odrębnych części, uwzględnia się całkowitą szacunkową wartość wszystkich takich części.

W przypadku gdy łączna wartość części jest równa lub większa od wartości progowej określonej w art. 8, niniejszą dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia.

Niemniej jednak instytucje/podmioty zamawiające mogą odstąpić od takiego stosowania w odniesieniu do części, których szacunkowa wartość bez VAT wynosi mniej niż 80000 EUR dla usług lub 1000000 EUR dla robót budowlanych, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż dwadzieścia procent całkowitej wartości wszystkich części.

b) Jeśli w przypadku zamiaru nabycia podobnych dostaw może dojść do zamówień udzielanych w tym samym czasie w różnych częściach, całkowita wartość szacunkowa wszystkich takich części jest uwzględniana przy stosowaniu art. 8 lit. a) i b).

W przypadku gdy łączna wartość części jest równa lub większa od wartości progowej określonej w art. 8, niniejszą dyrektywę stosuje się do udzielenia każdej z części zamówienia.

Niemniej jednak instytucje/podmioty zamawiające mogą odstąpić od stosowania niniejszej dyrektywy w odniesieniu do części, których szacunkowa wartość bez VAT wynosi mniej niż 80000 EUR dla usług, pod warunkiem że łączna wartość tych części wynosi nie więcej niż 20% całkowitej wartości wszystkich części.

6. W odniesieniu do zamówień na dostawy, dotyczących dzierżawy, najmu lub leasingu produktów podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia jest:

a) w przypadku zamówień udzielanych na czas określony, gdy czas ich trwania jest równy lub mniejszy niż 12 miesięcy, całkowita szacunkowa wartość zamówienia w okresie jego trwania, gdy zaś czas trwania przekracza 12 miesięcy, całkowita wartość zamówienia łącznie z szacowaną pozostałą wartością;

b) w przypadku zamówień udzielanych na czas nieokreślony lub zamówień, których czas trwania nie może zostać określony, wartość miesięczna pomnożona przez 48.

7. W przypadku zamówień na dostawy lub usługi powtarzających się lub podlegających odnowieniu w oznaczonym czasie, podstawą obliczania szacunkowej wartości zamówienia jest:

a) rzeczywista całkowita wartość kolejnych zamówień tego samego typu, udzielonych w ciągu poprzednich dwunastu miesięcy lub w poprzednim roku budżetowym, dostosowana, jeżeli to możliwe, w celu uwzględnienia zmian w ilości lub w wartości, które mogą się pojawić w ciągu 12 miesięcy następujących od udzielenia pierwszego zamówienia; albo

- b) szacunkowa całkowita wartość zamówień udzielanych kolejno przez dwanaście miesięcy następujących po realizacji pierwszej dostawy lub w ciągu roku budżetowego, jeżeli jest on dłuższy niż dwanaście miesięcy.

Wybór metody wykorzystywanej do obliczania szacunkowej wartości zamówienia nie może być dokonywany z zamiarem wyłączenia tego zamówienia z zakresu stosowania niniejszej dyrektywy.

8. W odniesieniu do zamówień na usługi, podstawę obliczania szacunkowej wartości zamówienia stanowią, odpowiednio:

- a) dla następujących usług:
 - (i) usług ubezpieczeniowych: należna składka oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
 - (ii) zamówień na wykonanie projektu: należne opłaty, prowizje oraz inne rodzaje wynagrodzenia;
- b) dla zamówień, które nie określają całkowitej ceny:
 - (i) w przypadku zamówień na czas określony, gdy ten czas jest równy lub mniejszy niż 48 miesięcy: całkowita wartość szacunkowa zamówienia przez okres ich trwania;
 - (ii) w przypadku zamówień na czas nieokreślony lub przekraczający 48 miesięcy: miesięczna wartość pomnożona przez 48.

9. W odniesieniu do umów ramowych, uwzględnieniu podlega maksymalna szacunkowa wartość, bez VAT, wszystkich zamówień, których udzielenia przewiduje się przez cały okres obowiązywania umowy ramowej.

Sekcja 2

Centralne jednostki zakupujące

Artykuł 10

Zamówienia oraz umowy ramowe zawierane przez centralne jednostki zakupujące

- 1.** Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość zakupu przez instytucje/podmioty zamawiające robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej.
- 2.** Uznaje się, że instytucje/podmioty zamawiające, które dokonują zakupu robót budowlanych, dostaw lub usług od lub za pośrednictwem centralnej jednostki zakupującej w przypadkach określonych w art. 1 ust. 18, stosują się do niniejszej dyrektywy, o ile:
 - stosują się do niej centralne jednostki zakupujące, lub
 - w przypadku gdy centralna jednostka zamawiająca nie jest instytucją zamawiającą/podmiotem zamawiającym, stosowane przez nią zasady udzielania zamówień są zgodne ze wszystkimi postanowieniami niniejszej dyrektywy, a udzielone zamów-

wienia mogą podlegać skutecznym środkom ochrony prawnej porównywalnym z przewidzianymi w tytule IV.

Sekcja 3

Zamówienia objęte wyłączeniem

Artykuł 11

Korzystanie z wyłączeń

Nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień, o których mowa w niniejszej sekcji w celu omijania postanowień niniejszej dyrektywy.

Artykuł 12

Zamówienia udzielane na podstawie procedur międzynarodowych

Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do zamówień podlegających:

- a) szczególnym zasadom proceduralnym zgodnie z umową międzynarodową lub porozumieniem zawartym między jednym lub wieloma państwami członkowskimi a jednym lub wieloma państwami trzecimi;
- b) szczególnym zasadom proceduralnym na podstawie zawartej umowy międzynarodowej lub zawartego porozumienia międzynarodowego związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorstw państwa członkowskiego lub kraju trzeciego;
- c) szczególnym zasadom proceduralnym organizacji międzynarodowej, zakupującej do swoich celów lub do zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie zgodnie z tymi zasadami.

Artykuł 13

Wyłączenia szczególne

Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do:

- a) zamówień, w przypadku których stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa;
- b) zamówień do celów działalności wywiadowczej;
- c) zamówień udzielonych w ramach programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez przynajmniej dwa państwa członkowskie nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części okresu funkcjonowania tego produktu. Po rozpoczęciu takiego programu współpracy wyłącznie między państwami członkowskimi, państwa członkowskie informują Komisję o części wydatków na badania i rozwój odnoszących się do ogólnych kosztów programu współpracy, porozumienia o podziale kosztów, a także o planowanych zakupach dla każdego państwa członkowskiego, o ile są one przewidziane;

- d) zamówień udzielonych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił poza terytorium Unii, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań;
- e) zamówień publicznych na usługi mających na celu nabycie lub dzierżawę, bez względu na sposób finansowania, gruntu, istniejących budynków lub innych nieruchomości albo praw do nich;
- f) zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi związanych z:
 - (i) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu;
 - (ii) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem; lub
 - (iii) robotami budowlanymi i usługami szczególnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami;
- g) usług związanych z arbitrażem i mediacją;
- h) usług finansowych z wyjątkiem usług ubezpieczeniowych;
- i) umów o pracę;
- j) usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na potrzeby jej/jego własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający.

Sekcja 4

Szczególne uzgodnienia

Artykuł 14

Zamówienia zastrzeżone

Państwa członkowskie mogą zastrzec prawo do uczestnictwa w procedurach udzielania zamówień dla zakładów pracy chronionej lub zdecydować, aby takie zamówienia były realizowane w ramach programów pracy chronionej, gdzie większość pracowników jest niepełnosprawna i ze względu na charakter lub stopień niepełnosprawności nie może wykonywać pracy w normalnych warunkach.

Ogłoszenie o zamówieniu zawiera odniesienie do tego przepisu.

ROZDZIAŁ III

Przepisy dotyczące zamówień na usługi

Artykuł 15

Zamówienia na usługi wymienione w załączniku I

Zamówień, których przedmiotem są usługi objęte art. 2, które są wymienione w załączniku I, udziela się zgodnie z art. 18–54.

Artykuł 16

Zamówienia na usługi wymienione w załączniku II

Zamówienia, których przedmiotem są usługi objęte art. 2, wymienione w załączniku II, podlegają wyłącznie art. 18 i art. 30 ust. 3.

Artykuł 17

Zamówienia mieszane obejmujące usługi wymienione w załącznikach I i II

Zamówień, których przedmiotem są usługi objęte art. 2, które są wymienione zarówno w załączniku I jak i w załączniku II, udziela się zgodnie z art. 18–54, w przypadku gdy wartość usług wymienionych w załączniku I jest większa niż wartość usług wymienionych w załączniku II. W innych przypadkach zamówień udziela się zgodnie z art. 18 i art. 30 ust. 3.

ROZDZIAŁ IV

Zasady szczególne dotyczące dokumentacji zamówienia

Artykuł 18

Specyfikacje techniczne

1. Specyfikacje techniczne, o których mowa w pkt 1 załącznika III, zamieszczane są w dokumentach zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe).
2. Specyfikacje techniczne powinny umożliwiać oferentom jednakowy dostęp do zamówienia i nie mogą powodować tworzenia nieuzasadnionych przeszkód w otwarciu zamówień na konkurencję.
3. Nie naruszając ani obowiązujących krajowych norm technicznych (w tym związanych z bezpieczeństwem produktu), ani wymogów technicznych, jakie państwo członkowskie powinno spełnić na mocy międzynarodowych porozumień normalizacyjnych, w celu zagwarantowania interoperacyjności wymaganej w tych porozumieniach i pod warunkiem że są one zgodne z prawem wspólnotowym, specyfikacje techniczne są określone:
 - a) albo przez odniesienie do specyfikacji technicznych określonych w załączniku III oraz, w kolejności preferencji, do:
 - krajowych norm cywilnych transponujących normy europejskie,
 - europejskich aprobat technicznych,
 - wspólnych cywilnych specyfikacji technicznych,
 - krajowych norm cywilnych transponujących normy międzynarodowe,
 - innych międzynarodowych norm cywilnych,
 - innych systemów referencji technicznych ustanowionych przez europejskie organy normalizacyjne, lub, w przypadku ich braku, do innych cywilnych norm krajowych, krajowych aprobat technicznych lub krajowych specyfikacji technicznych odnoszących się do projektowania, obliczania i realizacji robót, a także wykorzystania produktów,

- cywilnych specyfikacji technicznych wywodzących się z przemysłu i szeroko przez niego uznanych, czy też
- krajowe „normy obronne” określone w pkt 3 załącznika III oraz specyfikacje w dziedzinie sprzętu obronnego podobne do tych norm.

Każdemu odniesieniu towarzyszą słowa „lub równoważny”;

- b) albo w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności; przy czym wymagania te mogą obejmować opis oddziaływania na środowisko.

Parametry takie muszą być jednak dostatecznie precyzyjne, aby umożliwić oferentom ustalenie przedmiotu zamówienia, a instytucjom/podmiotom zamawiającym udzielenie zamówienia;

- c) albo w kategoriach charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, o których mowa w lit. b), odnosząc się do specyfikacji wymienionych w lit. a), jako środka domniemanej zgodności z tymi charakterystykami lub wymogami;
- d) albo przez odniesienie w przypadku niektórych charakterystyk do specyfikacji, o których mowa w lit. a), oraz przez odniesienie w przypadku innych charakterystyk do charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności, o których mowa w lit. b).

4. W przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający korzysta z możliwości odniesienia do specyfikacji wymienionych w ust. 3 lit. a), nie mogą one odrzucić oferty na podstawie faktu, iż produkty i usługi będące przedmiotem oferty nie są zgodne ze specyfikacjami, do których się one odnoszą, jeżeli oferent za pomocą odpowiedniego środka udowodni w swojej ofercie w sposób zadowalający instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, że proponowane przez nie rozwiązania w równoważnym stopniu spełniają wymagania określone w specyfikacjach technicznych.

Odpowiednim środkiem może być dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzony przez uznaną instytucję.

5. W przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający korzysta z opcji określonej w ust. 3 polegającej na określeniu charakterystyki i wymagań w zakresie funkcjonalności, nie mogą one odrzucić oferty na roboty budowlane, produkty lub usługi zgodne z normą krajową przenoszącą normę europejską, z europejską aprobatą techniczną, wspólną specyfikacją techniczną, normą międzynarodową lub systemem referencji technicznych opracowanym przez europejską instytucję normalizacyjną, jeżeli specyfikacje te odpowiadają charakterystyce i wymaganiom w zakresie funkcjonalności określonym przez tę instytucję/ten podmiot.

W swojej ofercie oferent musi uzasadnić za pomocą odpowiedniego środka w sposób zadowalający instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, że roboty budowlane, produkty lub usługi zgodne z normą spełniają wymagania w zakresie wykonania lub funkcjonalności, określone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Odpowiednim środkiem może być dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzony przez uznaną instytucję.

6. W przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające określają sposób oddziaływania na środowisko w kategoriach wymagań w zakresie wykonania lub funkcjonalności, o których mowa w ust. 3 lit. b), mogą one wykorzystać szczegółowe specyfikacje lub, jeżeli jest to ko-

nieczne, ich części, określone w ekoetykietach europejskich, krajowych, ekoetykietach stosowanych w kilku krajach lub wszelkich innych ekoetykietach, pod warunkiem że:

- (wielo-)narodowych albo w jakichkolwiek innych ekoetykietach, pod warunkiem że: specyfikacje te umożliwiają odpowiednie zdefiniowanie dostaw lub usług będących przedmiotem zamówienia,
- wymagania dotyczące etykiet określa się na podstawie informacji naukowych,
- ekoetykiety przyjmowane są zgodnie z procedurą, w której mogą brać udział wszystkie zainteresowane podmioty, takie jak instytucje rządowe, konsumenci, producenci, dystrybutorzy oraz organizacje związane z ochroną środowiska, oraz
- są one dostępne dla wszystkich zainteresowanych stron.

Instytucje/podmioty zamawiające mogą zaznaczyć, że produkty i usługi opatrzone ekoetykietami uznaje się za zgodne ze specyfikacjami technicznymi określonymi w dokumentach zamówienia; przyjmują one wszelkie inne odpowiednie dowody, takie jak dossier techniczne producenta lub raport z testów sporządzany przez uznaną instytucję.

7. „Uznane instytucje”, w rozumieniu niniejszego artykułu, oznaczają laboratoria testowe i kalibracyjne oraz instytucje ds. certyfikacji i inspekcji, które spełniają wymagania odpowiednich norm europejskich.

Instytucje/podmioty zamawiające akceptują świadectwa wydane przez uznane instytucje działające w innych państwach członkowskich.

8. Jeżeli nie uzasadnia tego przedmiot zamówienia, specyfikacje techniczne nie zawierają odniesienia do konkretnej marki ani do źródła, ani też do żadnego szczególnego procesu, znaku handlowego, patentu, typu, pochodzenia lub produkcji, które mogłyby prowadzić do uprzywilejowania lub wyeliminowania pewnych przedsiębiorstw albo produktów. Odniesienie takie jest dopuszczalne wyłącznie w wyjątkowych sytuacjach, gdy dostatecznie precyzyjny i zrozumiały opis przedmiotu zamówienia, zgodny z ust. 3 i 4, nie jest możliwy; odniesieniu takiemu towarzyszą słowa „lub równoważny”.

Artykuł 19

Oferty wariantowe

1. W przypadku gdy kryterium udzielenia zamówienia jest oferta najkorzystniejsza ekonomicznie, instytucje/podmioty zamawiające mogą zezwolić oferentom na składanie ofert wariantowych.

2. Instytucje/podmioty zamawiające zaznaczają w ogłoszeniu o zamówieniu, czy dozwolone jest składanie ofert wariantowych; bez takiej wzmianki składanie ofert wariantowych nie jest dopuszczalne.

3. Instytucje/podmioty zamawiające dopuszczające składanie ofert wariantowych określają w specyfikacji warunków zamówienia minimalne wymagania, które muszą spełniać warianty oraz wszelkie szczególne wymagania dotyczące ich składania.

Rozpatrywane są jedynie oferty wariantowe spełniające minimalne wymagania określone przez instytucje/podmioty zamawiające.

4. W ramach procedury udzielania zamówienia na dostawy lub usługi instytucje/podmioty zamawiające, które dopuściły składanie ofert wariantowych, nie mogą odrzucić wariantu wyłącznie na podstawie tego, że prowadziłoby to do udzielenia zamówienia na usługi zamiast na dostawy lub zamówienia na dostawy zamiast na usługi.

Artykuł 20

Warunki realizacji zamówień

Instytucje/podmioty zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty oraz zostały wskazane w dokumentach zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe). Warunki te mogą w szczególności dotyczyć podwykonawstwa lub zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych oraz bezpieczeństwa dostaw wymaganych przez instytucje/podmioty zamawiające zgodnie z art. 21, 22 i 23, lub uwzględnienia względów społecznych i środowiskowych.

Artykuł 21

Podwykonawstwo

1. Wybrany oferent może wybrać podwykonawców do wszystkich części realizowanych w ramach podwykonawstwa, które nie są objęte wymogami, o których mowa w ust. 3 i 4, a w szczególności nie można od niego wymagać dyskryminacji potencjalnych podwykonawców ze względu na narodowość.

2. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może żądać lub zostać zobowiązana przez państwo członkowskie do wezwania oferenta do:

- wskazania w jego ofercie tej części zamówienia, której wykonanie zamierza zlecić osobom trzecim oraz podania wszystkich proponowanych podwykonawców, a także przedmiotu umów o podwykonawstwo, dla których są oni proponowani, lub
- poinformowania o wszelkich zmianach na poziomie podwykonawców w trakcie realizacji zamówienia.

3. Instytucja/podmiot zamawiający może zobowiązać lub państwo członkowskie może od niej/niego wymagać zobowiązania wybranego oferenta do stosowania postanowień określonych w tytule III do wszystkich lub niektórych umów o podwykonawstwo, jakie wybrany oferent zamierza powierzyć osobom trzecim.

4. Państwa członkowskie mogą postanowić, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zwrócić się lub zostać zobowiązana/y do zwrócenia się do wybranego oferenta o powierzenie podwykonawstwa części zamówienia stronom trzecim. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, która/y narzuca podwykonawstwo wyraża ten minimalny procent w formie przedziału wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent. Maksymalny procent nie może przekroczyć 30% wartości zamówienia. Przedział ten jest proporcjonalny do przedmiotu i wartości zamówienia oraz charakteru zaangażowanego sektora przemysłu, obejmującego poziom konkurencji na danym rynku oraz odpowiednie kwalifikacje techniczne bazy przemysłowej.

Każdy procent podwykonawstwa mieszczący się w przedziale wartości wskazanym przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający jest uznawany za spełniającego wymogi dotyczące podwykonawstwa określone w niniejszym ustępie.

Oferenci mogą zaproponować realizację w ramach podwykonawstwa części całkowitej wartości, która wykracza poza przedział wymagany przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zwraca się do oferentów o sprecyzowanie w ofercie, którą(-e) część(-ci) oferty zamierzają powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia wymogów, o których mowa w pierwszym akapicie.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zwrócić się lub może zostać zobowiązana(-y) przez państwo członkowskie do zwrócenia się do oferentów również o sprecyzowanie, którą(-e) część(-ci) oferty, powyżej wymaganego procentu, zamierzają powierzyć podwykonawcom, jak również o poinformowanie o podwykonawcach, których już wybrali.

Wybrany oferent przyznaje zamówienia na podwykonawstwo odpowiadające procentowi, jakiego realizacji w ramach podwykonawstwa wymaga od niego instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zgodnie z przepisami tytułu III.

5. W każdym przypadku państwo członkowskie stanowi, że instytucje/podmioty zamawiające mogą odrzucić wybranych przez oferenta podwykonawców na etapie procedury udzielania głównego zamówienia lub przez wybranego oferenta podczas realizacji zamówienia; odrzucenie to może się opierać wyłącznie na kryteriach stosowanych przy wyborze oferentów w przypadku głównego zamówienia. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający odrzuca podwykonawcę, musi przedstawić oferentowi lub oferentowi, któremu przyznano zamówienie, pisemne uzasadnienie, określające, dlaczego uważa, że podwykonawca(-y) nie spełnia(-ją) kryteriów.

6. Wymogi, o których mowa w ust. 2–5, są określone w ogłoszeniu o zamówieniu.

7. Ustępy 1–5 nie naruszają odpowiedzialności głównego wykonawcy.

Artykuł 22

Bezpieczeństwo informacji

Jeśli chodzi o zamówienia obejmujące informacje niejawne, wymagające ich lub je zawierające, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający określa w dokumentacji zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe) środki i wymogi konieczne do zapewnienia bezpieczeństwa tych informacji na wymaganym poziomie.

W tym celu instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać by oferta zawierała między innymi następujące szczegółowe informacje:

- a) zobowiązanie oferenta i już zidentyfikowanych podwykonawców do odpowiedniego chronienia poufności wszystkich informacji niejawnych w ich posiadaniu, lub z którymi zapoznają się w trakcie trwania zamówienia i po upływie lub zakończeniu zamówienia, zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi;
- b) zobowiązanie oferenta do uzyskania zobowiązania przewidzianego w lit. a) od innych podwykonawców, którym zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia;
- c) wystarczające informacje na temat już zidentyfikowanych podwykonawców, które umożliwią instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu stwierdzenie, czy

każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do odpowiedniej ochrony poufności informacji niejawnych, do których mają dostęp lub, które wytworzą w związku z realizacją ich działań w zakresie podwykonawstwa;

- d) zobowiązanie oferenta do dostarczenia informacji wymaganych w lit. c) dotyczących wszystkich nowych podwykonawców przed udzieleniem im zamówienia.

W przypadku braku harmonizacji krajowych systemów sprawdzania bezpieczeństwa na poziomie Wspólnoty, państwa członkowskie mogą przewidzieć, że środki i wymogi, o których mowa w drugim akapicie muszą się zgadzać z ich krajowymi przepisami w dziedzinie sprawdzania bezpieczeństwa. Państwa członkowskie uznają certyfikaty bezpieczeństwa, które uważają za równoważne z certyfikatami wydanymi zgodnie z ich prawem krajowym, posiadają jednak możliwość przeprowadzania i uwzględniania dalszych samodzielnych analiz, jeżeli uznaje się je za konieczne.

Artykuł 23

Bezpieczeństwo dostaw

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający określa w dokumentacji zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe) swoje wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw.

W tym celu instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać by oferta zawierała między innymi następujące szczegółowe informacje:

- a) certyfikację lub dokumentację wskazującą w sposób zadowalający instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, że oferent będzie w stanie spełnić wymogi w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem, w tym wszelkie dokumenty towarzyszące uzyskane od odnośnego państwa członkowskiego lub odnośnych państw członkowskich;
- b) wskazanie wszelkich ograniczeń obowiązujących instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami, które wynikłyby z postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa;
- c) certyfikację i dokumentację wykazującą, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw oferenta umożliwią mu spełnienie wymogów instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w łańcuchu dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami;
- d) zobowiązanie oferenta do ustanowienia lub utrzymania zdolności wymaganej do sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, na warunkach do uzgodnienia;
- e) wszelką dokumentację dodatkową otrzymaną od władz państwowych oferenta dotyczącą zaspokojenia ewentualnego wzrostu potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej;
- f) zobowiązanie oferenta do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia;

- g) zobowiązanie oferenta do informowania instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego na czas o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;
- h) zobowiązanie oferenta do zapewnienia instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na warunkach do uzgodnienia, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania, jeżeli nie jest on już w stanie zapewnić tych dostaw.

Nie można wymagać od oferenta, by uzyskał od państwa członkowskiego zobowiązanie ograniczające swobodę tego państwa członkowskiego w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub wspólnotowego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt w warunkach panujących w chwili podejmowania decyzji w sprawie takich zezwoleń.

Artykuł 24

Obowiązki związane z podatkami, ochroną środowiska, przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkami pracy

1. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może określić lub zostać zobligowana przez państwo członkowskie do określenia w specyfikacji warunków zamówienia organu lub organów, od których kandydat lub oferent może uzyskać odpowiednie informacje na temat obowiązków związanych z podatkami, ochroną środowiska, a także przepisami o ochronie zatrudnienia oraz warunkach pracy obowiązującymi w danym państwie członkowskim, regionie, miejscu lub kraju trzecim, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane oraz mającymi zastosowanie wobec robót budowlanych przeprowadzanych na danym terenie lub usług świadczonych podczas realizacji zamówienia.

2. Udzielając informacji, o których mowa w ust. 1, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający żąda od oferentów zaznaczenia, aby podczas sporządzania swoich ofert uwzględnili oni obowiązki wynikające z przepisów o ochronie zatrudnienia i warunkach pracy mające zastosowanie w miejscu, w którym zamówienie ma zostać zrealizowane.

Akapit pierwszy pozostaje bez uszczerbku dla stosowania przepisów art. 49 dotyczących rozpatrywania rażąco niskich ofert.

ROZDZIAŁ V

Procedury

Artykuł 25

Stosowane procedury

Podczas udzielania zamówień instytucje/podmioty zamawiające stosują krajowe procedury dostosowane do celów niniejszej dyrektywy.

Instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówień stosując procedurę ograniczoną lub procedurę negocjacyjną z publikacją ogłoszenia o zamówieniu.

W okolicznościach, o których mowa w art. 27, mogą one/oni udzielać zamówień w drodze dialogu konkurencyjnego.

W szczególnych przypadkach i okolicznościach, wyszczególnionych w art. 28, instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

Artykuł 26

Procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia o zamówieniu

1. W procedurach negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu instytucje/podmioty zamawiające negocjują z oferentami złożone przez nich oferty w celu dostosowania ich do wymagań, określonych przez te instytucje w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach technicznych zamówienia oraz ewentualnie w dokumentach dodatkowych, w celu wyłonienia najlepszej oferty zgodnie z art. 47.
2. Podczas negocjacji instytucje/podmioty zamawiające zapewniają równe traktowanie wszystkich oferentów. W szczególności nie mogą one udzielać, w sposób dyskryminacyjny, informacji, które pozwalałyby niektórym spośród oferentów na uzyskanie przewagi nad pozostałymi.
3. Aby ograniczyć liczbę ofert będących przedmiotem negocjacji, instytucje/podmioty zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach technicznych zamówienia. Możliwość skorzystania z takiego rozwiązania jest wskazana w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach technicznych zamówienia.

Artykuł 27

Dialog konkurencyjny

1. W przypadku szczególnie złożonych zamówień państwa członkowskie mogą przewidzieć, iż jeżeli instytucje/podmioty zamawiające uznają, że zastosowanie procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu nie pozwoli na udzielenie zamówienia, te ostatnie mogą skorzystać z procedury dialogu konkurencyjnego zgodnie z niniejszym artykułem.

Zamówienia udziela się wyłącznie na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

2. Instytucje/podmioty zamawiające publikują ogłoszenie o zamówieniu, określając swoje potrzeby i wymagania, które powinny zostać zdefiniowane w tym ogłoszeniu lub w dokumencie opisowym.
3. Instytucje/podmioty zamawiające rozpoczynają z kandydatami wybranymi zgodnie z odpowiednimi przepisami art. 38–46 dialog, którego celem jest określenie i zdefiniowanie środków, które najlepiej zaspokoją ich potrzeby. W ramach dialogu mogą one omówić wszystkie aspekty zamówienia z wybranymi kandydatami.

Podczas prowadzenia dialogu konkurencyjnego instytucje/podmioty zamawiające zapewniają wszystkim oferentom równe traktowanie. W szczególności nie mogą one udzielać, w sposób

dyskryminacyjny, informacji, które pozwalałyby niektórym spośród oferentów na uzyskanie przewagi nad pozostałymi.

Instytucje/podmioty zamawiające nie mogą ujawniać innym uczestnikom proponowanych rozwiązań ani innych informacji poufnych udzielanych przez kandydata biorącego udział w dialogu bez zgody tego kandydata.

4. Aby ograniczyć liczbę rozwiązań omawianych na etapie dialogu, instytucje/podmioty zamawiające mogą przewidzieć, że procedura toczyć się będzie w następujących po sobie etapach, stosując kryteria udzielania zamówienia określone w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym. Możliwość skorzystania z takiego rozwiązania instytucja zamawiająca wskazuje w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym.

5. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający prowadzi dialog do momentu, gdy jest w stanie wskazać, w razie potrzeby po przeprowadzeniu porównania, rozwiązanie lub rozwiązania, które mogą zaspokoić jej potrzeby.

6. Po oświadczeniu, iż dialog dobiegł końca oraz poinformowaniu o tym fakcie jego uczestników, instytucje/podmioty zamawiające zapraszają uczestników do składania ostatecznych ofert, opierających się na rozwiązaniu lub rozwiązaniach przedstawionych i określonych podczas dialogu. Oferty te zawierają wszystkie elementy wymagane i niezbędne do realizacji projektu.

Oferty te mogą być wyjaśniane, precyzowane i poprawiane na żądanie instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego. Jednakże takie wyjaśnienie, sprecyzowanie, poprawienie lub dodatkowe informacje nie mogą pociągać za sobą zmiany podstawowych właściwości oferty ani zaproszenia do składania ofert, co mogłoby spowodować zakłócenie konkurencji lub mogłoby mieć charakter dyskryminacyjny.

7. Instytucje/podmioty zamawiające oceniają otrzymane oferty na podstawie kryteriów udzielenia zamówienia określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub dokumencie opisowym, a następnie zgodnie z art. 47 wybierają ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie.

Na żądanie instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego oferent wyłoniony jako ten, który złożył ofertę najkorzystniejszą ekonomicznie, może zostać poproszony o udzielenie wyjaśnień dotyczących pewnych jej aspektów lub o potwierdzenie zobowiązań sformułowanych w ofercie, o ile takie wyjaśnienia nie spowodują modyfikacji zasadniczych aspektów oferty lub zaproszenia do składania ofert i nie niesie ryzyka zakłócenia konkurencji ani nie ma charakteru dyskryminacyjnego.

8. Instytucje/podmioty zamawiające mogą przewidzieć nagrody lub płatności dla uczestników dialogu.

Artykuł 28

Przypadki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu

W następujących przypadkach instytucje/podmioty zamawiające mogą udzielać zamówień w drodze procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia, uzasadniając wyko-

rzystanie tej procedury w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zgodnie z wymogami art. 30 ust. 3:

- 1) w przypadku zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi:
 - a) jeżeli w toku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub też dialogu konkurencyjnego nie złożono żadnej oferty lub żadnej odpowiedniej oferty lub żadnego wniosku, o ile początkowe warunki zamówienia nie ulegają zasadniczym zmianom oraz pod warunkiem że odpowiednia informacja zostanie przesłana Komisji na jej wniosek;
 - b) w przypadku stwierdzenia nieprawidłowości w złożonych ofertach lub napływu ofert niemożliwych do przyjęcia w świetle krajowych przepisów zgodnych z art. 5, 19, 21–24 oraz rozdziałem VII tytułu II, w wyniku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej poprzedzonej publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub też dialogu konkurencyjnego, o ile:
 - (i) pierwotne warunki zamówienia nie uległy zasadniczym zmianom; i
 - (ii) uwzględniają w procedurze negocjacyjnej wszystkich i jedynie tych oferentów, którzy spełniają kryteria określone w art. 39–46 i którzy podczas wcześniejszej procedury ograniczonej lub dialogu konkurencyjnego złożyli oferty zgodne z formalnymi wymogami procedury przetargowej;
 - c) kiedy pilnej konieczności wynikającej z sytuacji kryzysowej nie da się pogodzić z terminami wymaganymi dla procedury ograniczonej i negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, w tym skróconymi terminami, o których mowa w art. 33 ust. 7. Może to na przykład mieć zastosowanie w przypadkach, o których mowa w art. 23 ust. 2 lit. d);
 - d) w zakresie, w jakim jest to absolutnie konieczne, ze względu na wystąpienie pilnej konieczności spowodowanej wydarzeniami, których instytucje/podmioty zamawiające nie mogły przewidzieć, terminy przewidziane dla procedury ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, w tym skrócone terminy, o których mowa w art. 33 ust. 7 nie mogą być dotrzymane. Zaistnienie okoliczności uzasadniających taką pilną konieczność nie może być w żadnym wypadku przypisane instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;
 - e) kiedy, z przyczyn technicznych lub związanych z ochroną praw wyłącznych, zamówienie może zostać udzielone jedynie określonemu wykonawcy;
- 2) w przypadku zamówień na usługi i dostawy:
 - a) do celów usług badawczych lub rozwojowych innych niż te, o których mowa w art. 13;
 - b) jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych, z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub amortyzowanie kosztów badań i rozwoju;
- 3) w przypadku zamówień na dostawy:
 - a) w przypadku dodatkowych dostaw realizowanych przez pierwotnego dostawcę, których celem jest częściowe wznowienie dostaw lub odnowienie instalacji bieżącego użytku lub zwiększenie dostaw czy rozbudowa instalacji istniejących, jeżeli zmiana dostawcy zobowiązywałaby instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający

do nabywania materiałów o innych właściwościach technicznych, co powodowałoby niekompatybilność lub nieproporcjonalnie duże trudności techniczne w użytkowaniu i utrzymaniu.

Czas trwania takich zamówień, a także zamówień odnawialnych nie może przekraczać pięciu lat, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności określonych przy uwzględnieniu oczekiwanego cyklu życia dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana dostawcy;

- b) w przypadku towarów notowanych i nabywanych na giełdzie towarowej;
 - c) w odniesieniu do nabywania dostaw na szczególnie korzystnych warunkach albo od dostawcy definitywnie likwidującego swoją działalność albo od syndyków masy upadłości lub likwidatorów, lub też w wyniku układu z wierzycielem lub podobnej procedury przewidzianej przez krajowe przepisy lub regulacje;
- 4) w przypadku zamówień na roboty budowlane i usługi:
- a) w odniesieniu do dodatkowych robót budowlanych lub usług nieuwzględnionych we wstępnie rozpatrywanym projekcie lub w pierwotnej umowie, które jednak z powodu nieprzewidzianych okoliczności stały się niezbędne dla realizacji robót budowlanych lub usług opisanych w wyżej wskazanych dokumentach, pod warunkiem że zamówienia udziela się wykonawcy realizującemu te roboty budowlane lub usługi:
 - (i) gdy takich dodatkowych robót budowlanych lub usług nie można oddzielić technicznie ani ekonomicznie od pierwotnego zamówienia bez przysporzenia poważnych niedogodności instytucjom/podmiotom zamawiającym, lub
 - (ii) gdy takie roboty budowlane lub usługi są absolutnie niezbędne dla zakończenia realizacji pierwotnego zamówienia, mimo iż można je z niej wyodrębnić.

Łączna wartość zamówień udzielonych w celu realizacji dodatkowych robót budowlanych lub usług nie może jednak przekroczyć 50% kwoty, na którą opiewa pierwotne zamówienie;

- b) w odniesieniu do nowych robót budowlanych lub usług polegających na powtarzaniu podobnych robót lub usług powierzonych wykonawcy, któremu te same instytucje/podmioty zamawiające udzieliły pierwotnego zamówienia, pod warunkiem że takie roboty budowlane lub usługi pozostają w zgodności z podstawowym projektem, na który udzielono pierwotnego zamówienia zgodnie z procedurą ograniczoną, procedurą negocjacyjną z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialogiem konkurencyjnym.

Możliwość zastosowania tej procedury musi być wskazana w zaproszeniu do ubiegania się o realizację pierwszego projektu, a całkowita wartość zamówienia na kolejne roboty budowlane lub usługi jest uwzględniana przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający w zakresie stosowania przez nią art. 8.

Procedura ta może być stosowana wyłącznie w okresie pięciu lat od chwili zawarcia pierwotnej umowy, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności określonych z uwzględnieniem oczekiwanego czasu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana dostawcy;

- 5) w przypadku zamówień związanych ze świadczeniem usług transportu lotniczego i morskiego dla sił zbrojnych państwa członkowskiego uczestniczącego lub mającego

uczestniczyć w misji zagranicznej, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi zwrócić się o takie usługi do wykonawców, którzy gwarantują ważność swoich ofert jedynie na takie krótkie terminy, że terminy przewidziane dla procedury ograniczonej lub negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia, w tym skrócone terminy, o których mowa w art. 33 ust. 7 nie mogą być dotrzymane.

Artykuł 29

Umowy ramowe

1. Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość zawierania umów ramowych przez instytucje/podmioty zamawiające.

2. W celu zawarcia umowy ramowej instytucje/podmioty zamawiające przestrzegają reguł proceduralnych, o których mowa w niniejszej dyrektywie, na wszystkich etapach aż do udzielenia zamówienia na podstawie umowy ramowej. Strony umowy ramowej wybierane są poprzez zastosowanie kryteriów udzielenia zamówienia określonych zgodnie z art. 47.

Zamówień opartych na umowach ramowych udziela się zgodnie z procedurami określonymi w ust. 3 i 4. Procedury te mogą być stosowane wyłącznie pomiędzy instytucjami/podmiotami zamawiającymi i wykonawcami, którzy byli początkowo stronami umowy ramowej.

Podczas udzielania zamówień na podstawie umowy ramowej strony nie mogą w żadnym wypadku dokonywać istotnych zmian w warunkach określonych w danej umowie, w szczególności w przypadku, o którym mowa w ust. 3.

Okres obowiązywania umowy ramowej nie może przekroczyć siedmiu lat, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności określonych z uwzględnieniem oczekiwanego czasu funkcjonowania dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana dostawcy.

W takich nadzwyczajnych okolicznościach instytucje/podmioty zamawiające dostarczają odpowiednie uzasadnienie tych okoliczności w formie ogłoszenia informacyjnego, o którym mowa w art. 30 ust. 3.

Instytucje/podmioty zamawiające nie mogą stosować umów ramowych w sposób nieodpowiedni ani też w sposób wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

3. W przypadku gdy umowę ramową zawiera się z jednym wykonawcą, zamówień opartych na takiej umowie udziela się na warunkach w niej określonych.

Na potrzeby udzielania takich zamówień instytucje/podmioty zamawiające mogą na piśmie konsultować się z wykonawcą będącym stroną umowy ramowej, żądając od niego uzupełnienia oferty, jeżeli okaże się to konieczne.

4. W przypadku gdy umowa ramowa zawierana jest z kilkoma wykonawcami, ich liczba nie może być mniejsza od trzech, o ile istnieje wystarczająca liczba wykonawców spełniających kryteria kwalifikacji lub dopuszczalnych ofert spełniających kryteria udzielania zamówień.

Zamówienia oparte na umowach ramowych zawartych z kilkoma wykonawcami mogą być udzielane poprzez:

- zastosowanie warunków określonych w umowie ramowej bez ponownego poddawania zamówienia procedurze konkurencyjnej, lub
- w przypadku gdy nie wszystkie warunki określone zostały w umowie ramowej, po ponownym poddaniu zamówienia procedurze konkurencyjnej dla stron umowy na tych samych i, jeśli to konieczne, szczegółowiej sprecyzowanych warunkach oraz, w stosownych przypadkach, na innych warunkach wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia umowy ramowej, zgodnie z następującą procedurą:
 - a) w odniesieniu do każdego zamówienia, które ma zostać udzielone, instytucje/podmioty zamawiające konsultują się na piśmie z wykonawcami zdolnymi do realizacji zamówienia;
 - b) instytucje/podmioty zamawiające wyznaczają termin wystarczający, aby umożliwić złożenie ofert w odniesieniu do każdego zamówienia, uwzględniając czynniki takie, jak złożoność przedmiotu zamówienia oraz okres potrzebny do złożenia ofert;
 - c) oferty składa się na piśmie, zaś ich treść pozostaje poufna aż do upływu terminu przewidzianego na odpowiedź;
 - d) instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówienia temu oferentowi, który złożył najlepszą ofertę w świetle kryteriów udzielania zamówień określonych w specyfikacji warunków zamówienia umowy ramowej.

ROZDZIAŁ VI

Zasady dotyczące ogłoszeń i przejrzystości

Sekcja 1

Publikacja ogłoszeń

Artykuł 30

Ogłoszenia

1. Instytucje/podmioty zamawiające mogą podać do wiadomości za pomocą wstępnego ogłoszenia informacyjnego, publikowanego przez Komisję lub przez nie same na swoich „profilach nabywcy”, opisanych w załączniku VI pkt 2:

- a) w odniesieniu do dostaw, szacunkową całkowitą wartość zamówień lub umów ramowych w podziale na grupy produktów, których zamierzają udzielić w ciągu następnych dwunastu miesięcy.

Grupy produktów są określane przez instytucje/podmioty zamawiające poprzez odniesienie do nomenklatury CPV;

- b) w odniesieniu do usług, szacunkową całkowitą wartość zamówień lub umów ramowych w każdej z kategorii usług, których zamierzają udzielić w ciągu następnych dwunastu miesięcy;
- c) w odniesieniu do robót budowlanych, podstawowe cechy zamówień lub umów ramowych, których zamierzają udzielić.

Ogłoszenia, o których mowa w akapicie pierwszym, przesyłane są Komisji lub publikowane na profilu nabywcy, tak szybko jak to możliwe, po podjęciu decyzji zatwierdzającej projekt,

dla którego zrealizowania instytucje/podmioty zamawiające zamierzają udzielić zamówień lub umów ramowych.

Instytucje/podmioty zamawiające, które publikują wstępne ogłoszenie informacyjne na swoich profilach nabywcy, przesyłają Komisji drogą elektroniczną ogłoszenie o publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego na profilu nabywcy, zgodnie z formatem i szczegółowymi procedurami przesyłania ogłoszeń, o których mowa w załączniku VI pkt 3.

Publikacja ogłoszeń, o których mowa w akapicie pierwszym, jest obowiązkowa jedynie w przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające korzystają z możliwości skrócenia terminów składania ofert, określonej w art. 33 ust. 3.

Niniejszy ustęp nie ma zastosowania do procedur negocjacyjnych bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

2. Instytucje/podmioty zamawiające, które zamierzają udzielić zamówienia lub zawrzeć umowę ramową w drodze procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialogu konkurencyjnego, powiadamiają o swoim zamiarze za pomocą ogłoszenia o zamówieniu.

3. Instytucje/podmioty zamawiające, które udzieliły zamówienia lub zawarły umowę ramową, przesyłają ogłoszenie o wynikach procedury udzielenia zamówienia nie później niż czterdzieści osiem dni po udzieleniu takiego zamówienia lub zawarciu umowy ramowej.

W przypadku umów ramowych zawartych zgodnie z art. 29 instytucje/podmioty zamawiające nie są zobowiązane do przesyłania ogłoszeń o wynikach procedury udzielenia zamówienia dla każdego zamówienia opartego na takiej umowie.

Można odstąpić od publikacji pewnych informacji dotyczących udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ujawnienie takich informacji mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obroną lub bezpieczeństwem, mogłoby zaszkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Artykuł 31

Publikacja nieobowiązkowa

Instytucje/podmioty zamawiające mogą publikować, zgodnie z art. 32, ogłoszenia o zamówieniach, które nie podlegają wymogom publikacji określonym w niniejszej dyrektywie.

Artykuł 32

Forma i sposób publikacji ogłoszeń

1. Ogłoszenia zawierają informacje, o których mowa w załączniku IV oraz, o ile ma to zastosowanie, wszelkie inne informacje, które instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna za przydatne, według formatu standardowych formularzy przyjętych przez Komisję zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 67 ust. 2.

2. Ogłoszenia przesyłane są Komisji przez instytucje/podmioty zamawiające albo za pośrednictwem środków elektronicznych, zgodnie z formatem i warunkami transmisji wskazanymi w załączniku VI pkt 3, albo za pomocą innych środków. W przypadku zastosowania procedury przyspieszonej określonej w art. 33 ust. 7, ogłoszenia muszą być przesłane faksem lub środkami elektronicznymi zgodnie z formatem i procedurami przesyłania wskazanymi w załączniku VI pkt 3.

Ogłoszenia publikowane są zgodnie z technicznymi właściwościami publikacji określonymi w załączniku VI pkt 1 lit. a) i b).

3. Ogłoszenia sporządzane i przesyłane środkami elektronicznymi, zgodnie z formatem i warunkami transmisji wskazanymi w załączniku VI pkt 3, publikowane są nie później niż w ciągu pięciu dni od daty ich wysłania.

Ogłoszenia, które nie są przesyłane środkami elektronicznymi, zgodnie z formatem i warunkami transmisji wskazanymi w załączniku VI pkt 3, publikowane są nie później niż w ciągu dwunastu dni od daty ich wysłania lub, w przypadku procedury przyspieszonej, o której mowa w art. 33 ust. 7, nie później niż w ciągu pięciu dni od daty ich wysłania.

4. Ogłoszenia o zamówieniach publikowane są w całości w jednym z oficjalnych języków Wspólnoty, wybranym przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, przy czym ta oryginalna wersja językowa stanowi jedyny autentyczny tekst ogłoszenia. Streszczenie obejmujące istotne elementy każdego ogłoszenia publikowane jest w pozostałych oficjalnych językach Wspólnoty.

Koszty publikacji ogłoszeń przez Komisję ponosi Wspólnota.

5. Ogłoszeń oraz ich treści nie można publikować na poziomie krajowym ani na profilu nabywcy przed datą ich wysłania do Komisji.

Ogłoszenia publikowane na poziomie krajowym nie mogą zawierać informacji innych od informacji zawartych w ogłoszeniach przesłanych Komisji lub opublikowanych na profilu nabywcy, zgodnie z art. 30 ust. 1 akapit pierwszy, ale muszą wskazywać datę wysłania ogłoszenia Komisji lub datę jego publikacji na profilu nabywcy.

Wstępne ogłoszenia informacyjne nie mogą zostać opublikowane na profilu nabywcy przed wysłaniem do Komisji ogłoszenia o ich publikacji w takiej formie; wskazują one datę tego wysłania.

6. Treść ogłoszeń, które nie są przesyłane środkami elektronicznymi zgodnie z formatem i warunkami transmisji określonymi w załączniku VI pkt 3, ograniczona jest do około 650 słów.

7. Instytucje/podmioty zamawiające muszą być w stanie udowodnić datę wysłania ogłoszeń.

8. Komisja przekazuje instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu potwierdzenie opublikowania przesłanych informacji, podając datę takiej publikacji. Potwierdzenie takie stanowi dowód publikacji.

Sekcja 2

Terminy

Artykuł 33

Terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz terminy składania ofert

1. Podczas ustalania terminów składania wniosków o dopuszczenie do udziału i składania ofert instytucje/podmioty zamawiające uwzględniają w szczególności złożoność zamówienia oraz czas wymagany do sporządzenia ofert, z zastrzeżeniem terminów minimalnych określonych w niniejszym artykule.

2. W przypadku procedur ograniczonych, procedur negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz w przypadku zastosowania dialogu konkurencyjnego minimalny termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału wynosi 37 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

W odniesieniu do procedur ograniczonych minimalny termin składania ofert wynosi 40 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert.

3. Po opublikowaniu wstępnego ogłoszenia informacyjnego przez instytucje/podmioty zamawiające minimalny termin składania ofert, o którym mowa w ust. 2 akapit drugi, może zgodnie z ogólną zasadą zostać skrócony do 36 dni, lecz w żadnym wypadku nie może być krótszy niż 22 dni.

Termin składania ofert liczy się od daty wysłania zaproszenia do składania ofert.

Dopuszcza się stosowanie terminów skróconych, o których mowa w akapicie pierwszym, pod warunkiem że wstępne ogłoszenie informacyjne zawierało wszystkie informacje wymagane dla ogłoszenia o zamówieniu, zgodnie z załącznikiem IV, w zakresie, w jakim informacje te są dostępne w momencie publikacji tego ogłoszenia, oraz o ile wstępne ogłoszenie informacyjne wysłano do publikacji na co najmniej 52 dni i nie więcej niż 12 miesięcy przed datą wysłania ogłoszenia o zamówieniu.

4. W przypadku gdy ogłoszenia są sporządzane i przesyłane za pomocą środków elektronicznych zgodnie z formatem i warunkami przesyłania wskazanymi w załączniku VI pkt 3, terminy składania wniosków o dopuszczenie do udziału, o których mowa w ust. 2 akapit pierwszy, mogą zostać skrócone o siedem dni.

5. Terminy składania ofert, o których mowa w ust. 2 akapit drugi, mogą ulec skróceniu o pięć dni, w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający oferuje nieograniczony i pełny bezpośredni dostęp, za pomocą środków elektronicznych, do specyfikacji warunków zamówienia oraz wszelkich dokumentów dodatkowych, począwszy od daty publikacji ogłoszenia zgodnie z załącznikiem VI, wskazując w tekście ogłoszenia adres internetowy, pod którym dokumenty te są dostępne.

Takie skrócenie terminu można zastosować łącznie ze skróceniem terminu, o którym mowa w ust. 4.

6. Jeżeli z jakiegokolwiek przyczyny specyfikacja warunków zamówienia, dodatkowe dokumenty lub informacje, pomimo złożonego terminowo wniosku, nie zostaną dostarczone

w terminach określonych w art. 34 lub, w przypadku gdy oferty mogą zostać złożone jedynie po odbyciu wizyty na miejscu albo po dokonaniu na miejscu sprawdzenia dokumentów dodatkowych specyfikacji warunków zamówienia, terminy składania ofert przedłuża się tak, aby wszyscy zainteresowani wykonawcy mogli uzyskać informacje niezbędne do sporządzenia ofert.

7. W przypadku procedur ograniczonych i negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, jeżeli ze względu na pilną konieczność terminy ustanowione w niniejszym artykule nie mogą być zachowane, instytucje/podmioty zamawiające mogą ustalić następujące terminy:

- termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału, wynoszący nie mniej niż 15 dni od daty wysłania ogłoszenia o zamówieniu lub nie mniej niż 10 dni, jeżeli ogłoszenie przesłano za pomocą środków elektronicznych zgodnie z formatem i procedurami przysyłania ogłoszeń wskazanymi w załączniku VI pkt 3, oraz
- w przypadku procedur ograniczonych, termin składania ofert, wynoszący nie mniej niż 10 dni od daty wysłania zaproszenia do składania ofert.

Sekcja 3

Treść i sposób przekazywania informacji

Artykuł 34

Zaproszenie do składania ofert, udziału w negocjacjach lub dialogu

1. W procedurach ograniczonych, procedurach negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia oraz dialogu konkurencyjnym instytucje/podmioty zamawiające zapraszają równocześnie, na piśmie, wybranych kandydatów do składania ofert lub negocjacji albo, w przypadku dialogu konkurencyjnego, do udziału w dialogu.

2. Zaproszenie dla kandydatów zawiera:

- egzemplarz specyfikacji warunków zamówienia lub dokumentu opisowego oraz wszelkich dokumentów dodatkowych, lub
- odniesienie do dostępu do dokumentów, o których mowa w tiret pierwszym, jeżeli zostały one bezpośrednio udostępnione za pomocą środków elektronicznych zgodnie z art. 33 ust. 5.

3. W przypadku gdy specyfikacja warunków zamówienia, dokument opisowy lub dokumenty dodatkowe znajdują się w posiadaniu podmiotu innego niż instytucja/podmiot zamawiająca(-y) odpowiedzialna(-y) za procedurę udzielania zamówień, zaproszenie powinno zawierać adres instytucji, do której można zwrócić się z wnioskiem o taką dokumentację oraz, jeżeli stosowne, ostateczną datę, do której można składać wnioski o udostępnienie takich dokumentów, jak również kwotę należną za ich udostępnienie wraz z określeniem sposobu płatności. Właściwy podmiot przesyła żadaną dokumentację wykonawcom niezwłocznie po otrzymaniu ich wniosków.

4. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający lub właściwy podmiot wysyła informacje dodatkowe na temat specyfikacji warunków zamówienia, dokumentu opisowego lub dokumentów dodatkowych nie później niż na sześć dni przed ostatecznym terminem skła-

danía ofert, pod warunkiem złożenia z odpowiednim wyprzedzeniem stosownego wniosku. W przypadku procedury ograniczonej lub negocjacyjnej przyspieszonej termin ten wynosi cztery dni.

5. Poza elementami przewidzianymi w ust. 2, 3 i 4 zaproszenie musi zawierać co najmniej:

- a) odniesienie do opublikowanego ogłoszenia o zamówieniu;
- b) ostateczną datę składania ofert, adres, na który muszą być one wysłane oraz język albo języki, w jakich muszą być sporządzone; w przypadku dialogu konkurencyjnego informacje te muszą znaleźć się nie w zaproszeniu do udziału w dialogu, lecz w zaproszeniu do składania ofert;
- c) w przypadku dialogu konkurencyjnego datę i adres rozpoczęcia konsultacji oraz informację o wykorzystywanym w nim języku lub językach;
- d) odniesienie do wszelkich dokumentów, które należy ewentualnie załączyć na poparcie weryfikowanych oświadczeń składanych przez kandydata zgodnie z art. 38 albo w celu uzupełnienia informacji przewidzianych w tym artykule i na tych samych warunkach jak te określone w art. 41 i 42;
- e) względną wagę kryteriów udzielenia zamówienia lub, w stosownych przypadkach, uporządkowanie kryteriów ustalonych do wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie od najważniejszego do najmniej ważnego, jeśli nie zostało to podane w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia lub dokumencie opisowym.

Artykuł 35

Informowanie kandydatów i oferentów

1. Tak szybko jak to możliwe instytucje/podmioty zamawiające informują kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, w tym także o podstawach do podjęcia decyzji o rezygnacji z udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej, dla których wszczęto postępowanie, lub o ponownym wszczęciu postępowania; informacje takie udzielane są na piśmie na podstawie wniosków przedkładanych instytucjom/podmiotom zamawiającym.

2. Na wniosek zainteresowanej strony, z zastrzeżeniem ust. 3, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, niezwłocznie, i nie później niż w ciągu 15 dni od otrzymania pisemnego wniosku, informuje:

- a) każdego odrzuconego kandydata o przyczynach odrzucenia jego wniosku;
- b) każdego odrzuconego oferenta o przyczynach odrzucenia jego oferty, w tym, w szczególności, w przypadkach, o których mowa w art. 18 ust. 4 i 5, o przyczynach podjęcia decyzji o nierównoważności lub decyzji, że roboty budowlane, dostawy lub usługi nie spełniają wymogów dotyczących charakterystyki lub wymagań w zakresie funkcjonalności, a w przypadkach, o których mowa w art. 22 i 23, o przyczynach podjęcia decyzji o niezgodności z wymogami w zakresie bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw;
- c) każdego oferenta, który złożył dopuszczalną ofertę, która została odrzucona, o cechach i względnej przewadze oferty, która została wybrana, jak również o nazwie wybranego oferenta lub nazwach stron umowy ramowej.

3. Instytucje/podmioty zamawiające mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji, o których mowa w ust. 1, w odniesieniu do udzielania zamówień lub zawierania umów ramowych, jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem, mogłoby szkodzić zgodnym z prawem interesom handlowym wykonawców, publicznych lub prywatnych, lub też mogłoby zaszkodzić uczciwej konkurencji pomiędzy nimi.

Sekcja 4

Komunikacja

Artykuł 36

Zasady dotyczące komunikacji

1. Wszelka komunikacja i wymiana informacji, o których mowa niniejszym tytule, może odbywać się, zgodnie z wyborem instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, za pomocą poczty, faksu, środków elektronicznych zgodnie z ust. 4 i 5, telefonu w przypadkach i okolicznościach określonych w ust. 6 lub za pomocą połączenia tych środków komunikacji.

2. Wybrane środki komunikacji muszą być ogólnie dostępne i nie mogą ograniczać dostępu wykonawców do procedury przetargowej.

3. Komunikacja, wymiana i przechowywanie informacji muszą odbywać się w sposób zapewniający integralność danych oraz poufność wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert, jak również to, że instytucje/podmioty zamawiające zapoznają się z treścią wniosków oraz ofert jedynie po upływie terminu przeznaczonego na ich składanie.

4. Narzędzia wykorzystywane do celów komunikacji za pośrednictwem środków elektronicznych, jak również ich właściwości techniczne, muszą mieć charakter niedyskryminacyjny, ogólnodostępny i kompatybilny z technologiami informatycznymi i komunikacyjnymi będącymi w powszechnym użyciu.

5. W odniesieniu do urzędzeń do elektronicznego przesyłania i przyjmowania ofert oraz urzędzeń do składania wniosków o dopuszczenie do udziału drogą elektroniczną stosuje się następujące zasady:

- a) informacje na temat specyfikacji niezbędnych do elektronicznego składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału, w tym kodowania, dostępne są dla zainteresowanych stron. Ponadto urządzenia do elektronicznego składania ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału spełniają wymagania określone w załączniku VIII;
- b) państwa członkowskie mogą, zgodnie z art. 5 dyrektywy 1999/93/WE, wymagać, aby oferty elektroniczne opatrywane były zaawansowanym podpisem elektronicznym zgodnie z jego ust. 1;
- c) państwa członkowskie mogą wprowadzić lub stosować systemy dobrowolnej akredytacji mające na celu podniesienie poziomu świadczenia usług certyfikacyjnych w odniesieniu do tych urzędzeń;

- d) kandydaci zobowiązują się do złożenia przed upływem terminu składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału dokumentów, zaświadczeń oraz oświadczeń, o których mowa w art. 39–44 i 46, jeżeli dokumenty te nie są dostępne w postaci elektronicznej.

6. W odniesieniu do przesyłania wniosków o dopuszczenie do udziału zastosowanie mają następujące zasady:

- a) wnioski o dopuszczenie do udziału w procedurach udzielania zamówień można zgłaszać na piśmie lub telefonicznie;
- b) w przypadku telefonicznego zgłaszania wniosków o dopuszczenie do udziału wysyła się pisemne potwierdzenie ich wysłania przed upływem terminu składania takich wniosków;
- c) instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać, aby wnioski o dopuszczenie do udziału, składane za pomocą faksu, były potwierdzane za pomocą poczty lub środków elektronicznych, w przypadku gdy jest to konieczne dla celów dowodowych. Wymóg taki, w tym termin przesyłania potwierdzeń pocztą lub środkami elektronicznymi, zostaje wskazany przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu.

Sekcja 5

Sprawozdania

Artykuł 37

Treść sprawozdań

1. W odniesieniu do każdego zamówienia oraz każdej umowy ramowej instytucje/podmioty zamawiające sporządzają pisemne sprawozdanie w celu potwierdzenia, że procedura kwalifikacji została przeprowadzona w przejrzysty i niedyskryminacyjny sposób, zawierające co najmniej:

- a) nazwę i adres instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, przedmiot i wartość zamówienia lub umowy ramowej;
- b) wybraną procedurę udzielenia zamówienia;
- c) w przypadku dialogu konkurencyjnego — okoliczności uzasadniające zastosowanie tej procedury;
- d) w przypadku procedury negocjacyjnej bez uprzedniej publikacji ogłoszenia o zamówieniu okoliczności, o których mowa w art. 28, uzasadniające zastosowanie tej procedury; w stosownych przypadkach — uzasadnienie przekroczenia terminów określonych w drugim akapicie art. 28 ust. 3 lit. a) oraz trzecim akapicie art. 28 ust. 4 lit. b) i uzasadnienie przekroczenia limitu 50% określonego w drugim akapicie art. 28 ust. 4 lit. a);
- e) powody, jeśli zachodzi taki przypadek, usprawiedliwiające czas trwania umowy ramowej przekraczający siedem lat;
- f) nazwy dopuszczonych kandydatów oraz powody ich wyboru;
- g) nazwy odrzuconych kandydatów oraz powody ich odrzucenia;
- h) powody odrzucenia ofert;

- i) nazwę oferenta, którego oferta została wybrana, oraz powody wyboru jego oferty, a także, jeśli jest to wiadome, wskazanie tej części zamówienia lub umowy ramowej, którą wybrany oferent zamierza zlecić do wykonania osobom trzecim lub będzie zobowiązany to zrobić;
 - j) w stosownym przypadku, powody, dla których instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zrezygnował(-a) z udzielenia zamówienia lub zawarcia umowy ramowej.
2. Instytucje/podmioty zamawiające podejmują odpowiednie działania zmierzające do udokumentowania przebiegu przeprowadzania procedur udzielania zamówień publicznych za pomocą środków elektronicznych.
 3. Sprawozdanie lub jego główne elementy są przekazywane Komisji na jej żądanie.

ROZDZIAŁ VII

Przeprowadzenie procedury

Sekcja 1

Przepisy ogólne

Artykuł 38

Weryfikacja predyspozycji kandydatów i kwalifikacja uczestników oraz udzielanie zamówień

1. Zamówień udziela się na podstawie kryteriów określonych w art. 47 i 49, z uwzględnieniem art. 19, po zweryfikowaniu przez instytucje/podmioty zamawiające predyspozycji wykonawców, którzy nie zostali wykluczeni zgodnie z art. 39 lub 40, na podstawie kryteriów dotyczących ich sytuacji ekonomicznej i finansowej, wiedzy lub możliwości zawodowych i technicznych, o których mowa w art. 41–46 oraz, w stosownych przypadkach, na podstawie niedyskryminacyjnych reguł i kryteriów, o których mowa w ust. 3.
2. Instytucje/podmioty zamawiające mogą żądać od kandydatów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności zgodnie z art. 41 i 42.

Zakres informacji, o których mowa w art. 41 i 42, oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.

Wspomniane minimalne wymogi określa się w ogłoszeniu o zamówieniu.

3. W przypadku procedur ograniczonych, negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu oraz dialogu konkurencyjnego, instytucje/podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do składania ofert lub negocjacji. W takim przypadku:

— instytucje/podmioty zamawiające podają w ogłoszeniu o zamówieniu obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria lub reguły, które zamierzają stosować, minimalną liczbę kandydatów, których zamierzają zaprosić oraz, w stosownych przypadkach, ich maksymalną liczbę. Minimalna liczba kandydatów, których zamierzają zaprosić, nie może być mniejsza od trzech,

- następnie instytucje/podmioty zamawiające zapraszają kandydatów w liczbie nie mniejszej niż ustalona wcześniej liczba minimalna, pod warunkiem że dostępna jest wystarczająca liczba odpowiednich kandydatów.

W przypadku gdy liczba kandydatów spełniających kryteria kwalifikacji oraz posiadających wymagane minimum zdolności jest mniejsza od liczby minimalnej, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może kontynuować procedurę zapraszając kandydata lub kandydatów posiadających wymagane kwalifikacje.

Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna, że liczba odpowiednich kandydatów jest zbyt niska, aby zapewnić rzeczywistą konkurencję, może zawiesić procedurę i ponownie opublikować pierwotne ogłoszenie o zamówieniu zgodnie z art. 30 ust. 2 i art. 32, określając nowy termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału. W takim przypadku zaprasza się kandydatów wybranych po pierwszej publikacji ogłoszenia oraz kandydatów wybranych po drugiej publikacji ogłoszenia zgodnie z art. 34. Opcja ta nie narusza możliwości unieważnienia trwającej procedury udzielenia zamówienia przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający oraz wszczęcia nowej procedury.

4. W kontekście procedury udzielenia zamówienia instytucja zamawiająca, podmiot zamawiający nie może uwzględnić innych wykonawców niż tych, którzy złożyli wniosek o dopuszczenie do udziału, ani też kandydatów nieposiadających wymaganych możliwości.

5. W przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające korzystają z możliwości ograniczenia liczby rozwiązań do dyskusji lub ofert do negocjacji, zgodnie z art. 26 ust. 3 oraz art. 27 ust. 4, stosują one przy tym kryteria udzielania zamówień, o których mowa w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacji warunków zamówienia. Liczba uzyskana w ostatnim etapie zapewnienia prawdziwą konkurencję, o ile istnieje wystarczająca liczba rozwiązań lub odpowiednich kandydatów.

Sekcja 2

Kryteria kwalifikacji podmiotowej

Artykuł 39

Podmiotowa sytuacja kandydata lub oferenta

1. Z udziału w zamówieniu wyklucza się każdego kandydata lub oferenta, który został skazany prawomocnym wyrokiem sądu, znanym instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, z powodu dopuszczenia się co najmniej jednego z poniższych czynów:

- a) udział w organizacji przestępczej, zgodnie z definicją takiej organizacji zawartą w art. 2 ust. 1 wspólnego działania 98/733/WSiSW⁴⁴;
- b) korupcja, zgodnie z definicją zawartą w art. 3 aktu z dnia 26 maja 1997 r.⁴⁵ oraz art. 2 ust. 1 decyzji ramowej 2003/568/WSiSW⁴⁶;

⁴⁴ Wspólne działanie 98/733/WSiSW z dnia 21 grudnia 1998 r. przyjęte przez Radę na podstawie art. K.3 Traktatu o Unii Europejskiej, w sprawie uznawania za przestępstwa karne uczestnictwa w organizacji przestępczej w państwach członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. L 351 z 29.12.1998, s. 1).

⁴⁵ Akt Rady z dnia 26 maja 1997 r. w sprawie sporządzenia na podstawie artykułu K.3 ustęp 2 litera c) Traktatu o Unii Europejskiej Konwencji w sprawie zwalczania korupcji urzędników Wspólnot Europejskich i urzędników państw członkowskich Unii Europejskiej (Dz.U. C 195 z 25.06.1997, s. 1).

⁴⁶ Decyzja ramowa Rady 2003/568/WSiSW z dnia 22 lipca 2003 r. w sprawie zwalczania korupcji w sektorze prywatnym (Dz.U. L 192 z 31.07.2003, s. 54).

- c) oszustwo w rozumieniu art. 1 Konwencji o ochronie interesów finansowych Wspólnot Europejskich⁴⁷;
- d) przestępstwo terrorystyczne lub przestępstwo związane z działalnością terrorystyczną, zgodnie z definicją zawartą odpowiednio w art. 1 oraz art. 3 decyzji ramowej 2002/475/WSiSW⁴⁸ lub podżeganie, pomocnictwo lub współsprawstwo oraz usiłowanie popełnienia przestępstwa, jak określono w art. 4 tej decyzji ramowej;
- e) udział w praniu pieniędzy i finansowaniu terroryzmu, zgodnie z definicją art. 1 dyrektywy 2005/60/WE⁴⁹.

Państwa członkowskie określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

Mogą one przewidzieć możliwość odstąpienia od przestrzegania wymogu, o którym mowa w akapicie pierwszym, z uwagi na interes ogólny.

Do celów niniejszego ustępu instytucje/podmioty zamawiające proszą, w stosownych przypadkach, kandydatów lub oferentów o dostarczenie dokumentów, o których mowa w ust. 3, i mogą, w przypadku wątpliwości co do podmiotowej sytuacji takich kandydatów lub oferentów, zwrócić się do właściwych organów z wnioskiem o udzielenie wszelkich niezbędnych informacji dotyczących podmiotowej sytuacji tych kandydatów lub oferentów. W przypadku gdy informacja taka dotyczy kandydata lub oferenta posiadającego siedzibę lub miejsce zamieszkania w innym państwie niż to, w którym znajduje się siedziba instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, instytucja ta/podmiot ten może zwrócić się o współpracę do właściwych organów. Uwzględniając krajowe przepisy prawa państwa członkowskiego, w którym znajdują się siedziby lub miejsca zamieszkania kandydatów lub oferentów, wnioski takie odnoszą się do osób prawnych lub osób fizycznych, w tym, stosownie, dyrektorów przedsiębiorstw oraz wszelkich osób posiadających uprawnienia do reprezentowania, decydowania lub sprawowania kontroli w odniesieniu do kandydata lub oferenta.

2. Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

- a) jest w stanie upadłości lub likwidacji, którego działalność jest objęta zarządem sądowym, zawarł układ z wierzycielami, zawiesił działalność gospodarczą albo znajduje się w analogicznej sytuacji, wynikającej z podobnej procedury zgodnej z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- b) jest przedmiotem postępowania o ogłoszenie upadłości, o wydanie nakazu przymusowej likwidacji, o ustanowienie zarządu sądowego, postępowania układowego z wierzycielami lub innego podobnego postępowania zgodnego z krajowymi przepisami ustawowymi i wykonawczymi;
- c) został skazany prawomocnym wyrokiem, zgodnie z krajowymi przepisami, za przestępstwo związane z jego działalnością zawodową, takie jak na przykład naruszenie obowiązujących przepisów dotyczących wywozu wyposażenia obronnego lub wyposażenia związanego z bezpieczeństwem;
- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na przykład

⁴⁷ Dz.U. C 316 z 27.11.1995, s. 49.

⁴⁸ Decyzja ramowa Rady 2002/475/WSiSW z dnia 13 czerwca 2002 r. w sprawie zwalczania terroryzmu (Dz.U. L 164 z 22.06.2002, s. 3).

⁴⁹ Dyrektywa 2005/60/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 26 października 2005 r. w sprawie przeciwdziałania korzystaniu z systemu finansowego w celu prania pieniędzy oraz finansowania terroryzmu (Dz.U. L 309 z 25.11.2005, s. 15).

pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia;

- e) na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego;
- f) nie wypełnił zobowiązań dotyczących opłacania składek na ubezpieczenie społeczne zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawa kraju instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;
- g) nie wypełnił zobowiązań dotyczących płatności podatków zgodnie z przepisami prawa kraju, w którym ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, lub zgodnie z przepisami prawa kraju instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;
- h) jest winny poważnego wprowadzenia w błąd w zakresie przekazania lub nieprzekazania informacji wymaganych na mocy niniejszej sekcji.

Państwa członkowskie określają, zgodnie z przepisami prawa krajowego oraz uwzględniając przepisy prawa wspólnotowego, warunki wykonania przepisów niniejszego ustępu.

3. Jako wystarczający dowód, że do wykonawcy nie stosuje się żaden z przypadków wymienionych w ust. 1 lub ust. 2 lit. a), b), c), f) i g), instytucje/podmioty zamawiające przyjmują:

- a) w odniesieniu do ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c) — wyciąg z rejestru sądowego, a w przypadku jego braku równoważny dokument wykazujący, że wymogi te zostały spełnione, wydany przez właściwy organ sądowy lub administracyjny kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa;
- b) w odniesieniu do ust. 2 lit. f) i g) — zaświadczenie wydane przez właściwe organy państwa członkowskiego, którego to dotyczy.

W przypadku gdy dany kraj nie wydaje takich dokumentów lub zaświadczeń albo też gdy nie obejmują one wszystkich przypadków określonych w ust. 1 oraz ust. 2 lit. a), b) i c), mogą być one zastąpione oświadczeniem złożonym pod przysięgą lub — w państwach członkowskich, w których prawo nie przewiduje składania oświadczeń pod przysięgą — uroczystym oświadczeniem złożonym przez daną osobę przed właściwym organem sądowym lub administracyjnym, notariuszem lub przed właściwą organizacją zawodową lub gospodarczą kraju pochodzenia lub kraju, z którego ta osoba przybywa.

4. Państwa członkowskie wyznaczają organy i instytucje właściwe do wydawania dokumentów, zaświadczeń i oświadczeń, o których mowa w ust. 3, i niezwłocznie powiadamiają o tym Komisję. Powiadomienie takie nie narusza przepisów o ochronie danych.

Artykuł 40

Zdolność prowadzenia działalności zawodowej

Jeżeli kandydat powinien figurować w jednym z rejestrów zawodowych lub handlowych w państwie członkowskim, z którego pochodzi lub w którym ma siedzibę, aby mógł prowadzić działalność zawodową, można od niego żądać dowodu posiadania przezeń wpisu do takiego rejestru bądź dostarczenia oświadczenia pod przysięgą lub zaświadczenia, zgodnie

z opisem zawartym w załączniku VII część A — w odniesieniu do zamówień publicznych na roboty budowlane, w załączniku VII część B — w odniesieniu do zamówień publicznych na dostawy i w załączniku VII część C — w odniesieniu do zamówień na usługi. Wykazy wspomniane w załączniku VII mają charakter indykatywny. Państwa członkowskie informują Komisję i inne państwa członkowskie o wszelkich zmianach w swoich rejestrach oraz środkach dowodowych, o których mowa w tych wykazach.

W procedurach udzielania zamówień na usługi, jeżeli kandydaci muszą posiadać określone zezwolenia lub muszą być członkami określonej organizacji, aby mieć możliwość realizowania w swoim kraju określonej usługi, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać od nich przedstawienia dowodu, iż posiadają oni takie zezwolenie lub status członkowski.

Niniejszy artykuł nie narusza prawa wspólnotowego w zakresie swobody przedsiębiorczości i swobody świadczenia usług.

Artykuł 41

Sytuacja ekonomiczna i finansowa

1. Według ogólnych zasad, dowodem sytuacji finansowej i ekonomicznej wykonawcy może być dostarczony przezeń jeden lub kilka z następujących dokumentów:

- a) odpowiednie oświadczenia banku albo stosowny dowód posiadania ubezpieczenia z tytułu ryzyka zawodowego;
- b) bilans lub wyciągi z bilansów w przypadku gdy opublikowanie bilansów jest wymagane na mocy prawa w kraju, w którym usługodawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania;
- c) oświadczenie o ogólnym obrocie przedsiębiorstwa oraz, w stosownych przypadkach, o obrocie w obszarze objętym zamówieniem za okres nie więcej niż trzech ostatnich lat budżetowych, w zależności od daty utworzenia przedsiębiorstwa lub rozpoczęcia działalności handlowej przez wykonawcę, pod warunkiem dostępności wspomnianych informacji.

2. Wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na możliwościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Musi on w takiej sytuacji udowodnić instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, iż będzie dysponował niezbędnymi zasobami, np. przedstawiając w tym celu stosowne zobowiązanie takich podmiotów.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 4, może polegać na możliwościach innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

4. Instytucje/podmioty zamawiające określają, w ogłoszeniu o zamówieniu, który lub które spośród dokumentów, o których mowa w ust. 1, wybrały, a także jakie inne dokumenty muszą zostać przedstawione.

5. Jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, może udowodnić swą sytuację ekonomiczną i finansową za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna za odpowiedni.

Artykuł 42

Możliwości techniczne lub zawodowe

1. W zależności od charakteru, ilości lub znaczenia, a także przeznaczenia robót budowlanych, dostaw i usług, dowód możliwości technicznych wykonawców może co do zasady stanowić jeden lub kilka z poniższych środków:

- a) (i) wykaz robót budowlanych wykonanych w ciągu ostatnich pięciu lat wraz z zaświadczeniami zadowolającego wykonania najważniejszych robót. Zaświadczenia wskazują wartość, datę i miejsce robót oraz określają, czy roboty budowlane zostały wykonane zgodnie z zasadami sztuki budowlanej i prawidłowo ukończone. W stosownych przypadkach, właściwy organ przedkłada takie zaświadczenie bezpośrednio instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu;
- (ii) wykaz głównych dostaw lub usług zrealizowanych zasadniczo w ciągu ostatnich pięciu lat, z podaniem kwot, dat wykonania oraz odbiorców publicznych lub prywatnych. Dowody dostaw i usług należy przedstawić:
 - w przypadku gdy odbiorcą była instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający — w formie zaświadczeń wydanych lub poświadczonych przez właściwy organ,
 - w przypadku gdy odbiorcą był nabywca prywatny — w postaci zaświadczenia wystawionego przez nabywcę, a w razie braku takiego zaświadczenia — w postaci oświadczenia wykonawcy;
- b) wskazanie zaangażowanych pracowników technicznych lub instytucji technicznych, niezależnie od tego, czy są oni częścią przedsiębiorstwa danego wykonawcy, w szczególności tych odpowiedzialnych za kontrolę jakości, zaś w przypadku zamówień na roboty budowlane — tych, którymi ten przedsiębiorca budowlany będzie dysponował do wykonania robót budowlanych;
- c) opis urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opis zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa, a także przepisy wewnętrzne dotyczące własności intelektualnej;
- d) kontrola możliwości produkcyjnych dostawcy lub możliwości technicznych wykonawcy, a w razie konieczności także dostępnych mu możliwości naukowych i badawczych, jak również środków kontroli jakości, z których będzie korzystał, przeprowadzona przez instytucje/podmioty zamawiające lub, w ich imieniu, przez właściwy organ urzędowy kraju, w którym wykonawca ma siedzibę lub miejsce zamieszkania, z zastrzeżeniem zgody tego organu;
- e) w przypadku zamówień na roboty budowlane, usługi lub dostawy, obejmujących również usługi lub prace dotyczące rozmieszczenia i instalacji — wykształcenie i kwalifikacje zawodowe wykonawcy lub personelu zarządzającego przedsiębiorstwem, w szczególności osoby lub osób odpowiedzialnych za świadczenie usług lub kierowanie robotami budowlanymi;
- f) w odniesieniu do zamówień na roboty budowlane i zamówień na usługi oraz wyłącznie w stosownych przypadkach, wskazanie środków zarządzania środowiskiem, które wykonawca będzie mógł zastosować podczas realizacji zamówienia;
- g) oświadczenie na temat wielkości średniego rocznego zatrudnienia u usługodawcy lub przedsiębiorcy budowlanego oraz liczebność personelu zarządzającego w ostatnich trzech latach;

- h) oświadczenie na temat narzędzi, materiałów i urządzeń technicznych, liczebności personelu i wiedzy specjalistycznej lub źródeł zaopatrzenia, wraz z opisem położenia geograficznego, jeżeli znajdują się poza terytorium Unii, dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w następstwie sytuacji kryzysowych, a także zapewnienia utrzymania, modernizacji czy adaptacji dostaw będących przedmiotem zamówienia;
- i) w odniesieniu do produktów, które mają zostać dostarczone, następujące informacje:
 - (i) próbki, opisy lub fotografie, których autentyczność musi zostać poświadczona na żądanie instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;
 - (ii) zaświadczenia sporządzone przez uznane, właściwe urzędowe instytuty lub agencje kontroli jakości i wyraźnie potwierdzające zgodność produktów przez odniesienie do specyfikacji lub norm;
- j) w odniesieniu do zamówień wymagających informacji poufnych, związanych z nimi lub je zawierających, dowody potwierdzające zdolność przetwarzania, przechowywania i przekazywania takich informacji na poziomie ochrony wymaganym przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

W przypadku braku harmonizacji krajowych systemów bezpieczeństwa na poziomie Wspólnoty, państwa członkowskie mogą przewidzieć, że dowody te muszą spełniać odpowiednie przepisy prawa krajowego dotyczące certyfikatów bezpieczeństwa. Państwa członkowskie uznają certyfikaty bezpieczeństwa, które uważają za równoważne z certyfikatami wydanymi zgodnie z ich prawem krajowym, posiadają jednak możliwość przeprowadzania i uwzględniania dalszych samodzielnych analiz, jeżeli uznaje się je za konieczne.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może w stosownych przypadkach przyznać kandydatom nieposiadającym jeszcze certyfikatu bezpieczeństwa dodatkowy czas na jego uzyskanie. W takim przypadku instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wskazuje na taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu, określając odpowiedni termin.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zwrócić się do krajowego organu bezpieczeństwa państwa członkowskiego kandydata lub do organu bezpieczeństwa wskazanego przez to państwo o sprawdzenie zgodności pomieszczeń i instalacji, które mogą zostać użyte, procedur przemysłowych i administracyjnych, które zostaną zastosowane, sposobów zarządzania informacjami lub sytuacji personelu, który może być wykorzystywany do realizacji zamówienia.

2. Wykonawca może, w stosownych przypadkach oraz w odniesieniu do konkretnego zamówienia, polegać na zdolnościach innych podmiotów, niezależnie od charakteru prawnego łączących go z nimi powiązań. Dowodzi on w takiej sytuacji instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, iż będzie dysponował zasobami niezbędnymi do realizacji zamówienia, na przykład przedstawiając w tym celu zobowiązanie tych podmiotów do oddania mu do dyspozycji niezbędnych zasobów.

3. Na tych samych warunkach grupa wykonawców, o której mowa w art. 5, może polegać na zdolnościach innych członków tej grupy lub innych podmiotów.

4. W procedurach udzielania zamówień, których przedmiot stanowią dostawy wymagające wykonania prac dotyczących rozmieszczenia lub instalacji, wykonania usług lub realizacji robót budowlanych, zdolność wykonawców do wykonania usług, instalacji lub robót może być oceniana w szczególności w odniesieniu do ich kwalifikacji, efektywności, doświadczenia i rzetelności.

5. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający określa w ogłoszeniu, które z dokumentów, o których mowa w ust. 1, wybrać(-a) i jakie inne dokumenty należy przedstawić.

6. Jeżeli z jakiegokolwiek uzasadnionej przyczyny wykonawca nie może przedstawić dokumentów wymaganych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, może udowodnić swoje możliwości techniczne lub zawodowe za pomocą każdego innego dokumentu, który instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna za odpowiedni.

Artykuł 43

Normy dotyczące systemów zarządzania jakością

W przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające wymagają przedstawienia zaświadczeń sporządzonych przez niezależne oficjalne instytucje zajmujące się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z niektórymi normami dotyczącymi systemów zarządzania jakością, odwołują się one do systemów zarządzania jakością opartych na odpowiednich normach europejskich poświadczonych przez niezależne oficjalne instytucje działające zgodnie z europejskimi normami dotyczącymi certyfikacji. Instytucje/podmioty zamawiające uznają równoważne zaświadczenia niezależnych oficjalnych instytucji mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Przyjmują one także inne dowody stosowania równoważnych systemów zarządzania jakością przedstawione przez wykonawców.

Artykuł 44

Normy zarządzania środowiskiem

W przypadku gdy instytucje/podmioty zamawiające, w sytuacjach, o których mowa w art. 42 ust. 2 lit. f), wymagają przedstawienia zaświadczeń sporządzonych przez niezależne instytucje zajmujące się poświadczaniem zgodności działań wykonawcy z niektórymi wspólnotowymi normami zarządzania środowiskiem, odwołują się one do wspólnotowego systemu ekozarządzania i audytu (EMAS) lub norm zarządzania środowiskiem opartych na europejskich lub międzynarodowych normach poświadczonych przez organy działające zgodnie z prawem wspólnotowym albo europejskimi lub międzynarodowymi normami dotyczącymi certyfikacji. Instytucje zamawiające uznają równoważne zaświadczenia instytucji mających siedzibę w innych państwach członkowskich. Przyjmują one także inne dowody stosowania równoważnych środków zarządzania środowiskiem przedstawione przez wykonawców.

Artykuł 45

Dokumenty i informacje dodatkowe

Instytucje/podmioty zamawiające mogą wezwać wykonawców do uzupełnienia zaświadczeń i dokumentów przedłożonych na podstawie art. 39–44 lub o ich wyjaśnienie.

Artykuł 46

Urzędowe wykazy zatwierdzonych wykonawców oraz certyfikacja przez instytucje publiczne lub prywatne

1. Państwa członkowskie mogą wprowadzić urzędowe wykazy zatwierdzonych przedsiębiorców budowlanych, dostawców lub usługodawców albo ich certyfikację przez publiczne lub prywatne instytucje certyfikacyjne.

Państwa członkowskie dostosowują warunki dokonywania wpisów w takich wykazach oraz wydawania certyfikatów przez instytucje certyfikacyjne do przepisów art. 39 ust. 1, art. 39 ust. 2 lit. a)–d) i h), art. 40, art. 41 ust. 1, 4 i 5, art. 42 ust. 1 lit. a)–i), art. 42 ust. 3 i 5 oraz art. 43, a także w stosownych przypadkach art. 44.

Państwa członkowskie dostosowują je także do przepisów art. 41 ust. 2 oraz art. 42 ust. 2 w odniesieniu do wniosków o dokonanie wpisu w wykazie, składanych przez wykonawców należących do grupy i powołujących się na udostępnione im zasoby przez inne podmioty należące do tej grupy. W takim przypadku wykonawcy ci muszą udowodnić organowi sporządzającemu urzędowy wykaz, iż zasoby te zostaną oddane do ich dyspozycji na cały okres ważności zaświadczenia potwierdzającego ich wpis w urzędowym wykazie i że przez ten sam okres podmioty te nadal będą spełniały kryteria kwalifikacji określone w artykułach, o których mowa w drugim akapicie, na które wykonawcy powołują się we wnioskach.

2. Wykonawcy wpisani w urzędowych wykazach lub posiadający certyfikat mogą w przypadku każdego zamówienia przedłożyć instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu zaświadczenie o wpisie wydane przez właściwy organ lub certyfikat wystawiony przez właściwą instytucję certyfikacyjną. Zaświadczenia takie i certyfikaty określają dokumenty, które stanowiły podstawę ich wpisu do wykazu lub uzyskania certyfikatu oraz klasyfikację zawartą w tym wykazie.

3. Poświadczony przez właściwą instytucję wpis do urzędowych wykazów lub certyfikat wydany przez instytucję certyfikacyjną nie powoduje domniemania przez instytucje/podmioty zamawiające innych państw członkowskich, że dany podmiot jest odpowiedni, z wyjątkiem przypadków określonych w art. 39 ust. 1 i ust. 2 lit. a)–d) oraz h), art. 40, art. 41 ust. 1 lit. b) i c) oraz art. 42 ust. 1 lit. a) ppkt (i), lit. b)–g) w odniesieniu do przedsiębiorców budowlanych, ust. 1 lit. a) ppkt (ii), lit. b)–e) i i) — w odniesieniu do dostawców oraz ust. 1 lit. a) ppkt (ii) oraz lit. b)–e) i g) — w odniesieniu do usługodawców.

4. Informacje, które wynikają z wpisu do wykazu urzędowego lub certyfikatu, nie mogą być kwestionowane bez uzasadnienia. Jednak w odniesieniu do opłacania składek na ubezpieczenie społeczne oraz podatków można wymagać od każdego wpisanego wykonawcy dodatkowego zaświadczenia w przypadku każdego zamówienia.

Instytucje/podmioty zamawiające innych państw członkowskich stosują przepisy ust. 3 oraz akapitu pierwszego niniejszego ustępu jedynie wobec wykonawców, mających siedzibę lub miejsce zamieszkania w państwie członkowskim prowadzącym wykaz urzędowy.

5. W przypadku wpisu wykonawców z innych państw członkowskich do wykazu urzędowego lub ich certyfikacji przez instytucje, o których mowa w ust. 1, nie można wymagać żadnych innych dowodów ani oświadczeń poza tymi, których można wymagać od wyko-

nawców krajowych ani też w żadnym wypadku innych niż wymagane w art. 39–43, a także, w stosownych okolicznościach, art. 44.

Niemniej jednak wykonawcy z innych państw członkowskich nie mogą zostać zobligowani do dokonania takiego wpisu lub certyfikacji w celu udziału w procedurze udzielania zamówienia. Instytucje/podmioty zamawiające uznają równoważne certyfikaty wydawane przez instytucje mające swoje siedziby w pozostałych państwach członkowskich. Przyjmują one również inne, równoważne środki dowodowe.

6. Wykonawcy mogą w dowolnym momencie złożyć wniosek o dokonanie wpisu w urzędowym wykazie lub wydanie stosownego certyfikatu. O decyzji organu sporządzającego wykaz lub odpowiedniej instytucji certyfikacyjnej muszą być one poinformowane w odpowiednio krótkim czasie.

7. Instytucjami certyfikacyjnymi, o których mowa w ust. 1, są instytucje działające zgodnie z europejskimi normami certyfikacji.

8. Państwa członkowskie prowadzące urzędowe wykazy lub posiadające instytucje certyfikacyjne, o których mowa w ust. 1, są zobowiązane do powiadomienia Komisji oraz innych państw członkowskich o adresie instytucji, do której należy przysłać wnioski o dokonanie wpisu.

Sekcja 3

Udzielanie zamówienia

Artykuł 47

Kryteria udzielenia zamówienia

1. Bez uszczerbku dla krajowych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych dotyczących wynagradzania z tytułu niektórych usług, instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówień na podstawie:

- a) w przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie z punktu widzenia instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, różnych kryteriów odnoszących się do danego zamówienia, przykładowo jakości, ceny, wartości technicznej, właściwości funkcjonalnych, aspektów środowiskowych, kosztów użytkowania, kosztów cyklu życia, rentowności, serwisu posprzedażnego i pomocy technicznej, terminu dostarczenia oraz czasu dostarczenia lub realizacji, bezpieczeństwa dostaw, interoperacyjności oraz właściwości operacyjnych; lub
- b) najniższej ceny.

2. Nie naruszając akapitu trzeciego, w przypadku, o którym mowa w ust. 1 lit. a), instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający określa w dokumentacji zamówienia (ogłoszeniach o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, dokumentach opisowych lub dokumentach dodatkowych) wagę przypisaną każdemu z kryteriów wybranych w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

Wagi te mogą być wyrażone za pomocą przedziału z odpowiednią rozpiętością maksymalną.

Jeżeli w opinii instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn, wskazuje on(a), w dokumentacji zamówienia (ogłosze-

niach o zamówieniu, specyfikacji warunków zamówienia, dokumentach opisowych lub dokumentach dodatkowych) kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego.

Artykuł 48

Wykorzystanie aukcji elektronicznych

1. Państwa członkowskie mogą przewidzieć możliwość stosowania aukcji elektronicznych przez instytucje/podmioty zamawiające.

2. W procedurach ograniczonych lub negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, instytucje/podmioty zamawiające mogą zdecydować, że udzielenie zamówienia zostanie poprzedzone aukcją elektroniczną, jeżeli specyfikacje zamówienia można określić w sposób precyzyjny.

Na tych samych warunkach aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w przypadku ponownego otwarcia zamówienia na konkurencję pomiędzy stronami umowy ramowej, zgodnie z art. 29 ust. 4 akapit drugi tiret drugie.

Aukcja elektroniczna oparta jest:

- wyłącznie na cenach, gdy zamówienia udziela się na podstawie kryterium najniższej ceny, lub
- na cenach lub nowych wartościach cech ofert wskazanych w specyfikacji warunków zamówienia, gdy zamówienie udzielane jest według kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

3. Instytucje/podmioty zamawiające, które podejmują decyzję o skorzystaniu z aukcji elektronicznej, informują o tym w ogłoszeniu o zamówieniu.

Specyfikacje warunków zamówienia powinny zawierać, między innymi, następujące dane:

- a) cechy, których wartości będą przedmiotem aukcji elektronicznej, pod warunkiem że cechy te są wymierne i mogą być wyrażone w postaci liczby lub wartości procentowej;
- b) wszelkie ograniczenia co do przedkładanych wartości, wynikające ze specyfikacji dotyczących przedmiotu zamówienia;
- c) informacje, które zostaną udostępnione oferentom w trakcie aukcji elektronicznej, i, w stosownych przypadkach, termin ich udostępnienia;
- d) stosowne informacje dotyczące przebiegu aukcji elektronicznej;
- e) warunki, na jakich oferenci będą mogli licytować, oraz, w szczególności, minimalne różnice, które, o ile ma to zastosowanie, wymagane będą podczas licytacji;
- f) stosowne informacje dotyczące wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz ustaleń i specyfikacji technicznych w zakresie połączeń.

4. Przed przystąpieniem do aukcji elektronicznej instytucje/podmioty zamawiające dokonują pełnej wstępnej oceny ofert, zgodnie z ustalonym kryterium/ustalonymi kryteriami udzielenia zamówienia oraz przypisaną im wagą.

Wszyscy oferenci, którzy przedstawili dopuszczalne oferty, zostają jednocześnie zaproszeni drogą elektroniczną do przedstawienia nowych cen lub nowych wartości; zaproszenie zawiera wszelkie odpowiednie informacje na temat indywidualnego połączenia z używanym urządzeniem elektronicznym oraz określa datę i godzinę rozpoczęcia aukcji elektronicznej. Aukcja elektroniczna może zostać przeprowadzona w kilku kolejnych etapach. Aukcja elektroniczna może rozpocząć się najwcześniej dwa dni robocze po dacie przesłania zaproszeń.

5. Jeżeli zamówienia udziela się na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, do zaproszenia dołączany jest również wynik pełnej oceny danego oferenta, przeprowadzonej zgodnie z wagami, o których mowa w art. 47 ust. 2 akapit pierwszy.

Zaproszenie wskazuje również wzór matematyczny, który podczas aukcji elektronicznej będzie wykorzystywany do automatycznej rekasyfikacji w zależności od nowych przedstawionych cen lub wartości. Formuła ta uwzględnia wagi przypisane wszystkim kryteriom w celu ustalenia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, wskazanym w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacjach; w tym celu należy jednak wcześniej ograniczyć wszelkie przedziały do określonej wartości.

W przypadku dopuszczenia różnych wariantów dla każdego wariantu należy podać odrębny wzór.

6. Na każdym etapie aukcji elektronicznej instytucje/podmioty zamawiające niezwłocznie przekazują wszystkim oferentom co najmniej wystarczającą ilość informacji, aby umożliwić im ustalenie w dowolnym momencie swojej względnej pozycji w klasyfikacji. Mogą one podawać również inne informacje dotyczące innych przedstawionych cen lub wartości, pod warunkiem że zostało to określone w specyfikacjach warunków zamówienia. Mogą one również w dowolnym momencie ogłosić liczbę uczestników danego etapu aukcji. W żadnym wypadku nie mogą one jednak ujawniać tożsamości oferentów na żadnym z etapów aukcji elektronicznej.

7. Instytucje/podmioty zamawiające zamykają aukcję elektroniczną w jeden lub więcej z następujących sposobów:

- a) zgodnie z datą i godziną ustaloną z góry i określoną w zaproszeniu do udziału w aukcji;
- b) gdy przestaną otrzymywać nowe ceny lub nowe wartości spełniające wymogi dotyczące minimalnych różnic. W takim przypadku instytucje/podmioty zamawiające określają w zaproszeniu do udziału w aukcji dopuszczalny czas, jaki może upłynąć od otrzymania ostatniej propozycji do zamknięcia aukcji elektronicznej;
- c) po przeprowadzeniu określonej w zaproszeniu do udziału w aukcji liczby etapów aukcji.

W przypadku decyzji instytucji/podmiotów zamawiających o zamknięciu aukcji elektronicznej zgodnie z lit. c), ewentualnie w połączeniu z warunkami przewidzianymi w lit. b), zaproszenie do udziału w aukcji będzie zawierać harmonogram poszczególnych etapów aukcji.

8. Po zamknięciu aukcji elektronicznej instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówienia zgodnie z art. 47 w zależności od wyników aukcji elektronicznej.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający nie może korzystać z aukcji elektronicznych w niewłaściwy sposób ani też w sposób uniemożliwiający, ograniczający lub zakłócający konkurencję, ani też w celu zmiany przedmiotu zamówienia, określonego w opublikowanym ogłoszeniu o zamówieniu oraz zdefiniowanego w specyfikacji warunków zamówienia.

Artykuł 49

Rażąco niskie oferty

1. Jeżeli w przypadku danego zamówienia oferty wydają się rażąco niskie w stosunku do świadczenia, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, przed odrzuceniem tych ofert, zwraca się na piśmie do oferenta o podanie szczegółów dotyczących tych składowych elementów ofert, które uważa za istotne.

Szczegóły te mogą dotyczyć głównie:

- a) ekonomiczności danej metody budowania, procesu produkcyjnego lub świadczonych usług;
 - b) technicznych lub wszelkich wyjątkowo korzystnych warunków, którymi dysponuje oferent, do realizacji robót budowlanych albo dostawy produktów lub usług;
 - c) oryginalności robót budowlanych, dostaw lub usług proponowanych przez oferenta;
 - d) zgodności z obowiązującymi przepisami dotyczącymi ochrony zatrudnienia i warunków pracy w miejscu, w którym roboty budowlane, usługi lub dostawy mają być realizowane;
 - e) możliwości uzyskania przez oferenta pomocy państwa.
- 2.** Poprzez konsultacje z oferentem instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający weryfikuje składowe elementy oferty, uwzględniając dostarczone dowody.
- 3.** Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, która stwierdzi, że oferta jest rażąco niska ze względu na fakt otrzymania przez oferenta pomocy państwa, może odrzucić taką ofertę jedynie po konsultacji z oferentem, jeżeli nie jest on w stanie udowodnić w dostatecznym, wyznaczonym przez tę instytucję/ten podmiot terminie, że pomoc ta została mu przyznana w sposób zgodny z prawem. W przypadku odrzucenia oferty w takich okolicznościach, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powiadamia o tym fakcie Komisję.

TYTUŁ III

ZASADY DOTYCZĄCE PODWYKONAWSTWA

ROZDZIAŁ I

Umowy o podwykonawstwo przyznane przez wybranych oferentów niebędących instytucjami/podmiotami zamawiającymi

Artykuł 50

Zakres

1. W przypadku gdy niniejszy tytuł ma zastosowanie zgodnie z art. 21 ust 3 i 4, państwa członkowskie podejmują niezbędne środki w celu zapewnienia, aby wybrani oferenci niebędący instytucjami/podmiotami zamawiającymi stosowali przepisy art. 51–53 przy przyznawaniu osobom trzecim umów o podwykonawstwo.

2. Dla celów ust. 1 grupy przedsiębiorstw utworzone w celu uzyskania zamówienia lub przedsiębiorstwa z nimi powiązane nie są uważane za osoby trzecie.

Oferent zawiera w swojej ofercie wyczerpujący wykaz takich przedsiębiorstw. Wykaz ten jest uaktualniany każdorazowo po zaistnieniu jakichkolwiek zmian w stosunkach między przedsiębiorstwami.

Artykuł 51

Zasady

Wybrany oferent działa w sposób przejrzysty i traktuje wszystkich potencjalnych podwykonawców w sposób równy i niedyskryminujący.

Artykuł 52

Progi i zasady dotyczące publikacji ogłoszeń

1. W przypadku gdy wybrany oferent niebędący instytucją zamawiającą/podmiotem zamawiającym zamierza udzielić zamówienia na podwykonawstwo o szacowanej wartości bez VAT nie niższej niż progi określone w art. 8, informuje o swoim zamiarze w formie ogłoszenia.

2. Ogłoszenia o zamówieniach na podwykonawstwo zawierają informacje, o których mowa w załączniku V, oraz wszelkie inne informacje uznane za przydatne przez wybranego oferenta i w razie konieczności zatwierdzone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Ogłoszenia o zamówieniach na podwykonawstwo sporządza się zgodnie ze standardowym formularzem przyjętym przez Komisję zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 67 ust. 2.

3. Ogłoszenia o zamówieniach na podwykonawstwo publikowane są zgodnie z art. 32 ust. 2–5.

4. Ogłoszenie o zamówieniu na podwykonawstwo nie jest jednak wymagane, jeżeli zamówienie na podwykonawstwo spełnia warunki określone w art. 28.

5. Wybrani oferenci mogą opublikować zgodnie z art. 32 ogłoszenia o zamówieniach na podwykonawstwo, w odniesieniu do których publikacja ogłoszeń nie jest wymagana.

6. Państwa członkowskie mogą również przewidzieć, że wybrany oferent może spełnić wymóg dotyczący zlecenia podwykonawstwa określony w art. 21 ust. 3 lub 4 poprzez powierzenie podwykonawstwa na podstawie umowy ramowej zawartej zgodnie z zasadami określonymi w art. 51 i 53 oraz w ust. 1–5 niniejszego artykułu.

Zamówień na podwykonawstwo oparte na takiej umowie ramowej udziela się na warunkach określonych w tej umowie ramowej. Można ich udzielić jedynie wykonawcom, którzy byli pierwotnie stronami umowy ramowej. Przy udzielaniu zamówień strony bez względu na okoliczności proponują zasady spójne z postanowieniami umowy ramowej.

Okres obowiązywania umowy ramowej nie może przekroczyć siedmiu lat, z wyjątkiem nadzwyczajnych okoliczności określonych z uwzględnieniem oczekiwanego cyklu życia dostarczonych urządzeń, instalacji lub systemów, a także trudności technicznych, jakie może spowodować zmiana dostawcy.

Umowy ramowe nie mogą być stosowane w sposób nieodpowiedni ani też w sposób wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję.

7. Przy udzielaniu zamówień na podwykonawstwo, których szacowana wartość bez VAT jest mniejsza niż progi określone w art. 8, wybrani oferenci stosują postanowienia Traktatu dotyczące przejrzystości i konkurencji.

8. Artykuł 9 ma zastosowanie do obliczenia szacunkowej wartości zamówień na podwykonawstwo.

Artykuł 53

Kryteria jakościowej selekcji podwykonawców

W ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo wybrany oferent wskazuje kryteria jakościowej selekcji przewidziane przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, a także wszelkie inne kryteria, które zastosuje do jakościowej selekcji podwykonawców. Wszystkie te kryteria są obiektywne, niedyskryminacyjne i spójne z kryteriami stosowanymi przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający przy wyborze oferentów do głównego zamówienia. Wymagane możliwości muszą być bezpośrednio związane z przedmiotem umowy o podwykonawstwo, a wymagane poziomy zdolności muszą być do niego współmierne.

Wybrany oferent nie musi powierzać podwykonawstwa, jeżeli udowodni instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, że żaden z podwykonawców biorących udział w konkursie lub żadna z ich ofert nie spełnia kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo, przez co wybrany oferent nie mógłby spełnić wymogów określonych w głównym zamówieniu.

ROZDZIAŁ II

Umowy o podwykonawstwo przyznane przez wybranych oferentów będących instytucjami/podmiotami zamawiającymi

Artykuł 54

Stosowane przepisy

W przypadku gdy wybrani oferenci są instytucjami/podmiotami zamawiającymi, przy przyznawaniu umów o podwykonawstwo muszą przestrzegać postanowień dotyczących głównego zamówienia określonych w tytule I i II.

TYTUŁ IV

PRZEPISY MAJĄCE ZASTOSOWANIE DO ODWOŁAŃ

Artykuł 55

Zakres stosowania i dostępność procedur odwoławczych

1. Procedury odwoławcze określone w niniejszym tytule mają zastosowanie do umów, o których mowa w art. 2, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w art. 12 i 13.
2. Państwa członkowskie podejmują niezbędne środki, aby zapewnić możliwość skutecznego, a w szczególności możliwie szybkiego odwołania od decyzji podjętych przez instytucje/podmioty zamawiające, zgodnie z warunkami określonymi w art. 56–62, z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień lub naruszenia krajowych przepisów transponujących to prawo.
3. Państwa członkowskie zapewniają, by nie istniała dyskryminacja pomiędzy przedsiębiorstwami, które mogą wystąpić z roszczeniami z tytułu poniesionej szkody w ramach procedury udzielania zamówienia, w wyniku zawartego w niniejszym tytule rozróżnienia pomiędzy przepisami krajowymi wdrażającymi prawo wspólnotowe a pozostałymi przepisami krajowymi.
4. Państwa członkowskie zapewniają dostępność procedur odwoławczych, w ramach szczegółowych przepisów, które państwa członkowskie mogą ustanowić, przynajmniej dla każdego podmiotu, który ma lub miał interes w uzyskaniu danego zamówienia i który poniósł szkodę lub może ponieść szkodę w wyniku domniemanego naruszenia.
5. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby każdy podmiot, który zamierza skorzystać z procedury odwoławczej, poinformował instytucję/podmiot zamawiający o domniemanym naruszeniu oraz o zamiarze wniesienia odwołania, pod warunkiem że nie ma to wpływu na okres zawieszenia typu standstill, zgodnie z art. 57 ust. 2, ani na żadne inne terminy na wniesienie odwołania, zgodnie z art. 59.
6. Państwa członkowskie mogą wymagać, aby zainteresowany podmiot w pierwszej kolejności wniósł odwołanie do instytucji/podmiotu zamawiającego. W takim przypadku państwa członkowskie czuwają, by wniesienie odwołania powodowało natychmiastowe zawieszenie możliwości zawarcia umowy.

Państwa członkowskie decydują o środkach komunikacji, obejmujących faks i środki elektroniczne, z jakich należy skorzystać w celu wniesienia odwołania, o którym mowa w akapicie pierwszym.

Zawieszenie, o którym mowa w akapicie pierwszym, nie wygasa przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym instytucja/podmiot zamawiający wysłała swoją odpowiedź, jeśli korzystał z faksu lub środków elektronicznych, lub jeśli korzystał z innych środków komunikacji przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym instytucja/podmiot zamawiający wysłał swoją odpowiedź, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania odpowiedzi.

Artykuł 56

Wymogi dotyczące procedur odwoławczych

1. Państwa członkowskie zapewniają wprowadzenie do procedur odwoławczych określonych w art. 55 odpowiednich środków obejmujących prawo do:

- a) podjęcia, w najbliższym możliwym terminie w drodze zarządzenia tymczasowego, środków tymczasowych w celu skorygowania domniemanego naruszenia lub zapobieżenia dalszym naruszeniom w stosunku do zainteresowanych podmiotów, włącznie ze środkami mającymi na celu zawieszenie lub zapewnienie zawieszenia procedury udzielenia zamówienia lub wykonania jakiegokolwiek decyzji podjętej przez instytucję/podmiot zamawiający oraz uchylenia lub doprowadzenia do uchylenia bezprawnych decyzji, w tym usunięcia dyskryminujących warunków technicznych, ekonomicznych lub finansowych zawartych w zaproszeniu do składania ofert, specyfikacji lub we wszelkich innych dokumentach związanych z daną procedurą udzielania zamówienia; lub
- b) podjęcia, w jak najkrótszym terminie, jeżeli to możliwe w drodze zarządzenia tymczasowego i jeżeli to konieczne w drodze ostatecznej procedury przedmiotowej, środków innych niż przewidziane w lit. a), w celu skorygowania wykrytego naruszenia i zapobieżeniu szkodom wobec podmiotów, których to dotyczy; w szczególności nakazaniu wypłaty określonej kwoty w przypadkach, gdzie naruszenie nie zostało skorygowane albo mu nie zapobieżono.

W obu powyższych przypadkach, wprowadzone środki powinny przyznawać uprawnienia do przyznania odszkodowań podmiotom, które doznały uszczerbku w wyniku naruszenia przepisów.

2. Uprawnienia, o których mowa w ust. 1 oraz w art. 60 i 61, mogą zostać przyznane odrębnym organom odpowiedzialnym za poszczególne aspekty procedury odwoławczej.

3. W sytuacji, gdy organ pierwszej instancji, który jest niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego, rozpatruje odwołanie od decyzji o udzieleniu zamówienia, państwa członkowskie zapewniają, aby instytucja/podmiot zamawiający nie mógł zawrzeć umowy przed podjęciem przez organ odwoławczy decyzji w sprawie wniosku o zastosowanie środków tymczasowych lub o odwołanie. Zawieszenie wygasa nie wcześniej niż okres zawieszenia typu standstill, o którym mowa w art. 57 ust. 2 i art. 60 ust. 4 i 5.

4. Z wyjątkiem przypadków przewidzianych w ust. 3 niniejszego artykułu i art. 55 ust. 6 procedury odwoławcze nie muszą koniecznie skutkować automatycznym zawieszeniem procedur udzielenia zamówienia, do których się odnoszą.

5. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odpowiedzialny za procedury odwoławcze może wziąć pod uwagę prawdopodobne konsekwencje środków tymczasowych dla wszystkich interesów, co do których zachodzi prawdopodobieństwo doznania uszczerbku, a także dla interesu publicznego, w szczególności w zakresie obronności i bezpieczeństwa, i może podjąć decyzję o niestosowaniu takich środków, jeżeli ich negatywne konsekwencje mogłyby przewyższyć płynące z nich korzyści.

Decyzja o niestosowaniu środków tymczasowych pozostaje bez uszczerbku dla wszelkich pozostałych roszczeń podmiotu wnoszącego o zastosowanie takich środków.

6. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że w przypadku gdy wystąpiono z roszczeniem o odszkodowanie w związku z bezprawnie podjętą decyzją, przedmiotowa decyzja musi być uprzednio uchylona przez organ mający niezbędne uprawnienia.

7. Z wyjątkiem przypadków, o których mowa w art. 60–62, skutki korzystania z uprawnień, o których mowa w ust. 1 niniejszego artykułu, w odniesieniu do umowy zawartej po udzieleniu zamówienia określone są w prawie krajowym.

Ponadto z wyjątkiem sytuacji, gdy decyzja musi zostać uchylona przed przyznaniem odszkodowania, państwo członkowskie może przewidzieć, że po zawarciu umowy zgodnie z art. 55 ust. 6, ust. 3 niniejszego artykułu lub art. 57–62 uprawnienia organu odpowiedzialnego za procedury odwoławcze są ograniczone do przyznawania odszkodowań wszelkim podmiotom, które poniosły szkodę w wyniku naruszenia.

8. Państwa członkowskie zapewniają efektywne wykonanie decyzji podjętych przez organy odwoławcze.

9. W przypadku gdy organy odwoławcze nie mają charakteru sądowego, ich decyzje są zawsze uzasadnione na piśmie. Ponadto w takim przypadku należy wprowadzić przepisy gwarantujące postępowanie, dzięki któremu wszelkie ewentualnie bezprawne środki podjęte przez organ odwoławczy lub wszelkie uchybienia w wykonywaniu nadanych mu uprawnień będą mogły być przedmiotem odwołania w sądzie lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem w rozumieniu art. 234 Traktatu i niezależny zarówno od instytucji/podmiotu zamawiającego, jak i organu odwoławczego.

Członkowie tego niezależnego organu powoływani są i odwoływani na takich samych warunkach, jak sędziowie, jeżeli chodzi o urząd odpowiedzialny za ich powołanie, okres kadencji oraz ich odwołanie. Przynajmniej przewodniczący tego niezależnego organu ma takie same kwalifikacje zawodowe i prawne jak sędziowie. Decyzje podejmowane przez ten niezależny organ są prawnie wiążące, w sposób określony przez każde państwo członkowskie.

10. Państwa członkowskie zapewniają, aby organy odpowiedzialne za procedury odwoławcze gwarantowały odpowiedni stopień poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentacji przekazanej przez strony oraz działały zgodnie z interesami obronności i bezpieczeństwa w ciągu całej procedury.

W tym celu państwa członkowskie mogą zdecydować, że ten specyficzny organ ma wyłączną jurysdykcję w zakresie odwołań dotyczących umów w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

W każdym przypadku państwa członkowskie mogą przewidzieć, że jedynie członkowie organów odwoławczych imiennie upoważnieni do przetwarzania informacji niejawnych mogą rozpatrywać odwołania zawierające takie informacje. Mogą również wprowadzić specjalne środki bezpieczeństwa dotyczące rejestracji odwołań, przyjmowania dokumentów lub przechowywania dokumentacji.

Państwa członkowskie określają, w jaki sposób organy odwoławcze mają godzić poufność informacji niejawnych z poszanowaniem prawa do obrony oraz, w przypadku sądowego postępowania odwoławczego lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem w rozumieniu art. 234 Traktatu, dokonują tego w sposób zapewniający, że w całej procedurze przestrzegane jest prawo do sprawiedliwego procesu.

Artykuł 57

Okres zawieszenia

1. Przez przyjęcie koniecznych przepisów uwzględniających minimalne warunki określone w ust. 2 niniejszego artykułu i w art. 59, państwa członkowskie zapewniają, aby podmioty, o których mowa w art. 55 ust. 4, dysponowały czasem wystarczającym na skuteczne odwołania od decyzji o udzieleniu zamówienia podjętych przez instytucje/podmioty zamawiające.

2. Zawarcie umowy w związku z decyzją o udzieleniu zamówienia objętego zakresem stosowania niniejszej dyrektywy nie może nastąpić przed upływem co najmniej 10 dni kalendarzowych liczonych od dnia kalendarzowego następującego po dniu wysłania decyzji do zainteresowanych kandydatów i oferentów, jeśli decyzja została wysłana faksem lub drogą elektroniczną albo, w przypadku użycia innych środków komunikacji, nie przed upływem co najmniej 15 dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po dniu wysłania decyzji o udzieleniu zamówienia albo co najmniej 10 dni liczonych od dnia otrzymania decyzji.

Oferenci są uważani za zainteresowanych do czasu ich ostatecznego wykluczenia. Wykluczenie ma charakter ostateczny, jeśli zainteresowani oferenci zostali o nim powiadomieni i jeżeli zostało ono uznane za zgodne z prawem przez niezależny organ odwoławczy lub nie może już podlegać procedurze odwołania.

Kandydatów uważa się za zainteresowanych, jeżeli instytucja/podmiot zamawiający nie udostępnił informacji o odrzuceniu ich wniosku przed powiadomieniem zainteresowanych oferentów o decyzji o udzieleniu zamówienia.

Do informacji o decyzji o udzieleniu zamówienia przekazywanej każdemu zainteresowanemu kandydatowi i oferentowi dołączone są:

- streszczenie stosownych przyczyn, o których mowa w art. 35 ust. 2, z zastrzeżeniem art. 35 ust. 3, oraz
- precyzyjne określenie dokładnego okresu zawieszenia typu standstill obowiązującego zgodnie z przepisami prawa krajowego transponującymi niniejszy ustęp.

Artykuł 58

Wyjątki od okresu zawieszenia

Państwa członkowskie mogą przewidzieć odstępianie od stosowania okresów, o których mowa w art. 57 ust. 2, w następujących przypadkach:

- a) gdy zgodnie z niniejszą dyrektywą nie jest wymagane wcześniejsze opublikowanie ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- b) gdy jedynym zainteresowanym oferentem w rozumieniu art. 57 ust. 2 jest oferent, któremu udzielono zamówienia i nie ma innych zainteresowanych kandydatów;
- c) w przypadku zamówienia, u którego podstaw leży umowa ramowa zgodnie z art. 29.

W przypadku odwołania się do tego odstępstwa państwa członkowskie zapewniają nieskuteczność umowy zgodnie z art. 60 i 62, jeżeli

- następuje naruszenie art. 29 ust. 4 akapit drugi tiret drugie, oraz
- szacuje się, że wartość zamówienia osiąga lub przekracza wartości progowe określone w art. 8.

Artykuł 59

Terminy wniesienia odwołań

Jeżeli państwo członkowskie ustanowi, że wszystkie odwołania przeciwko decyzjom instytucji/podmiotu zamawiającego, zgłaszane w ramach albo w związku z procedurą udzielania zamówień w rozumieniu niniejszej dyrektywy, muszą być zgłoszone przed upływem określonego terminu, wówczas termin ten wynosi minimum dziesięć dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po dniu wysłania decyzji przez instytucję/podmiot zamawiający do kandydata lub oferenta, jeśli decyzja została przesłana faksem lub drogą elektroniczną albo, w przypadku użycia innych środków komunikacji, co najmniej 15 dni kalendarzowych, liczonych od dnia następującego po dniu wysłania decyzji instytucji/podmiotu zamawiającego do oferenta lub kandydata albo co najmniej dziesięć dni kalendarzowych liczonych od dnia otrzymania decyzji. Informacji przekazywanej każdemu oferentowi lub kandydatowi o decyzji instytucji/podmiotu zamawiającego towarzyszy streszczenie stosownych przyczyn. W przypadku wniosku o odwołanie od decyzji, o których mowa w art. 56 ust. 1 lit. b), niepodlegających obowiązkowi powiadomienia, termin ten wynosi co najmniej 10 dni kalendarzowych od daty publikacji danej decyzji.

Artykuł 60

Nieskuteczność umowy

1. Państwa członkowskie zapewniają, aby umowa została uznana za nieskuteczną przez organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego lub by jej nieskuteczność wynikała z decyzji takiego organu odwoławczego w następujących przypadkach:

- a) gdy instytucja/podmiot zamawiający udzielił zamówienia bez wcześniejszego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, mimo że zgodnie z niniejszą dyrektywą jest to niedopuszczalne;
- b) w przypadku naruszenia postanowień art. 55 ust. 6, art. 56 ust. 3 lub art. 57 ust. 2, jeżeli naruszenie to powoduje, że oferent wnoszący odwołanie nie ma już możliwości otrzymania ochrony prawnej przed zawarciem umowy, a naruszenie wiąże się z innym wykroczeniem przeciwko postanowieniom tytułu I lub II, jeżeli to ostatnie naruszenie uszczupla perspektywy wnioskującego oferenta na otrzymanie dopłaty;
- c) w przypadkach wymienionych w art. 58 lit. c) akapit drugi, gdy państwa członkowskie czynią użytek z uregulowań dotyczących wyjątków od stosowania okresu zawieszenia w odniesieniu do umów, bazujących na umowie ramowej.

2. Następstwa nieskuteczności umowy zależą od prawa krajowego. Prawo krajowe może przewidywać wsteczne anulowanie wszystkich zobowiązań umownych lub ograniczyć zakres anulowania do tych zobowiązań, które należy jeszcze wykonać. W tym ostatnim przypadku

państwa członkowskie zadbać o możliwość zastosowania także sankcji alternatywnych w rozumieniu art. 61 ust. 2.

3. Państwa członkowskie mogą postanowić, że organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego może nie uznać umowy za nieskuteczną, chociaż zamówienie zostało udzielone bezprawnie z przyczyn wymienionych w ust. 1, jeżeli organ odwoławczy stwierdzi, po rozpatrzeniu wszystkich istotnych aspektów, że nadrzędne przyczyny związane z interesem ogólnym, przede wszystkim w dziedzinie obrony lub bezpieczeństwa, wymagają zachowania skutków umowy w mocy.

Interes gospodarczy może być uznany za ważną przyczynę utrzymania skuteczności umowy związanej z interesem ogólnym w rozumieniu pierwszego akapitu tylko wtedy, gdy jej nieskuteczność pociągałaby za sobą w wyjątkowych sytuacjach nieproporcjonalne następstwa.

Interes gospodarczy stojący w bezpośrednim związku z daną umową nie może jednak być uznany za przekonywającą przyczynę interesu ogólnego w rozumieniu pierwszego akapitu. Do interesów gospodarczych bezpośrednio związanych z umową zalicza się między innymi koszty spowodowane opóźnieniem wykonania umowy, koszty spowodowane uruchomieniem nowej procedury udzielenia zamówienia, koszty spowodowane zmianą wykonawcy umowy oraz koszty spowodowane zobowiązaniami natury prawnej powstałe w wyniku stwierdzenia nieskuteczności umowy.

W każdym przypadku umowa nie może być uznana za nieskuteczną, jeżeli konsekwencje tej nieskuteczności mogą poważnie zagrozić samemu istnieniu szerszego programu obrony i bezpieczeństwa, który jest niezbędny ze względu na interesy związane z bezpieczeństwem danego państwa członkowskiego.

W wyżej wymienionych przypadkach państwa członkowskie przewidują sankcje alternatywne w rozumieniu art. 61 ust. 2, stosowane zamiennie.

- 4.** Państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. a) nie ma zastosowania, jeżeli:
- instytucja/podmiot zamawiający jest zdania, że zgodnie z niniejszą dyrektywą dopuszczalne jest udzielenie zamówienia bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej,
 - instytucja/podmiot zamawiający opublikował ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej zgodnie z art. 64, w którym ogłosiła zamiar zawarcia umowy, oraz
 - umowa nie została zawarta przed upływem co najmniej dziesięciu dni kalendarzowych liczonych od dnia następującego po opublikowaniu ogłoszenia.
- 5.** Państwa członkowskie postanawiają, że ust. 1 lit. c) nie ma zastosowania, jeżeli:
- instytucja/podmiot zamawiający uważa, że udzielenie zamówienia jest zgodne z art. 29 ust. 4 akapit drugi tiret drugie,
 - instytucja/podmiot zamawiający przesłał decyzję o udzieleniu zamówienia wraz ze streszczeniem przyczyn, o którym mowa w art. 57 ust. 2 akapit czwarty tiret pierwsze, zainteresowanym oferentom, oraz
 - umowa nie została zawarta przed upływem okresu co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom, jeśli korzystano z faksu lub środ-

ków elektronicznych, lub — jeśli korzystano z innych środków komunikacji — przed upływem okresu albo co najmniej 15 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym decyzja o udzieleniu zamówienia została wysłana zainteresowanym oferentom, albo co najmniej 10 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu otrzymania decyzji o udzieleniu zamówienia.

Artykuł 61

Naruszenia niniejszego tytułu i sankcje alternatywne

1. W przypadku naruszenia przepisów art. 55 ust. 6, art. 56 ust. 3 lub art. 57 ust. 2 nieobjętego art. 60 ust. 1 lit. b) państwa członkowskie przewidują nieskuteczność umowy zgodnie z art. 60 ust. 1–3 lub sankcje alternatywne. Państwa członkowskie mogą przewidzieć, że organ odwoławczy niezależny od instytucji/podmiotu zamawiającego decyduje, po ocenie wszystkich istotnych aspektów, czy umowę należy uznać za nieskuteczną, czy też należy zastosować sankcje alternatywne.

2. Sankcje alternatywne muszą być skuteczne, proporcjonalne i odstrasżające. Sankcje alternatywne obejmują:

- nałożenie kar pieniężnych na instytucję/podmiot zamawiający, lub
- skrócenie okresu obowiązywania umowy.

Państwa członkowskie mogą przyznać organowi odwoławczemu szerokie uprawnienia do uwzględniania wszystkich istotnych czynników, w tym powagi naruszenia, zachowania instytucji/podmiotu zamawiającego oraz, w przypadkach, o których mowa w art. 60 ust. 2, zakresu, w jakim umowa nadal obowiązuje.

Przyznanie odszkodowania nie stanowi właściwej sankcji w rozumieniu niniejszego ustępu.

Artykuł 62

Terminy

1. Państwa członkowskie mogą postanowić, że wniesienie odwołania zgodnie z art. 60 ust. 1 musi nastąpić:

- a) przed upływem co najmniej 30 dni kalendarzowych ze skutkiem od dnia następującego po dniu, w którym
 - instytucja/podmiot zamawiający opublikował ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 3 i art. 31 i 32, jeżeli zawiera ono uzasadnienie decyzji o udzieleniu zamówienia bez uprzedniego opublikowania ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej, albo
 - instytucja/podmiot zamawiający informował zainteresowanych oferentów i kandydatów o zawarciu umowy, jeżeli informacja ta zawiera podsumowanie właściwych przyczyn określonych w art. 35 ust. 2 z zastrzeżeniem art. 35 ust. 3. Możliwość ta ma również zastosowanie w przypadkach, o których mowa w art. 58 lit. c);
- b) we wszystkich przypadkach przed upływem okresu co najmniej 6 miesięcy ze skutkiem od dnia następującego po dniu zawarcia umowy.

2. We wszystkich innych przypadkach, w tym w przypadku odwołań wniesionych zgodnie z art. 61 ust. 1, terminy wnoszenia odwołań ustalane są w prawie krajowym, z zastrzeżeniem art. 59.

Artykuł 63

Mechanizm korygujący

1. Komisja może zastosować procedurę, o której mowa w ust. 2–5, gdy, przed zawarciem umowy, stwierdza, że w trakcie procedury udzielania zamówienia objętego niniejszą dyrektywą nastąpiło rażące naruszenie prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień publicznych.

2. Komisja powiadamia zainteresowane państwo członkowskie o powodach, dla których uznała, że wystąpiło rażące naruszenie oraz żąda jego skorygowania za pomocą odpowiednich środków.

3. W ciągu 21 dni kalendarzowych od otrzymania powiadomienia, o którym mowa w ust. 2, zainteresowane państwo członkowskie przekazuje Komisji:

- a) potwierdzenie, że dane naruszenie zostało skorygowane;
- b) uzasadnienie, dlaczego dane naruszenie nie zostało skorygowane; lub
- c) powiadomienie o zawieszeniu procedury udzielania zamówienia przez instytucję/podmiot zamawiający z jego własnej inicjatywy lub na podstawie uprawnień, określonych w art. 56 ust. 1 lit. a).

4. Uzasadnienie podane do wiadomości zgodnie z ust. 3 lit. b), może między innymi opierać się na fakcie, że domniemane naruszenie jest już przedmiotem sądowego postępowania odwoławczego, innego postępowania odwoławczego lub postępowania odwoławczego określonego w 56 ust. 9. W takim przypadku państwo członkowskie informuje Komisję o wynikach takiego postępowania natychmiast po jego zakończeniu.

5. W przypadku powiadomienia o zawieszeniu procedury udzielania zamówienia zgodnie z ust. 3 lit. c), dane państwo członkowskie informuje Komisję o wycofaniu zawieszenia postępowania lub rozpoczęciu nowej procedury udzielania zamówienia dotyczącej w całości lub w części tego samego przedmiotu zamówienia. Nowe powiadomienie potwierdza, że domniemane naruszenie zostało skorygowane lub zawiera uzasadnienie, dlaczego dane naruszenie nie zostało skorygowane.

Artykuł 64

Treść ogłoszenia dla celów dobrowolnej przejrzystości ex ante

Ogłoszenie, o którym mowa w art. 60 ust. 4, którego format zostanie przyjęty przez Komisję zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 67 ust. 2, zawiera następujące informacje:

- a) nazwę i dane kontaktowe instytucji/podmiotu zamawiającego;
- b) opis przedmiotu zamówienia;

- c) uzasadnienie decyzji instytucji/podmiotu zamawiającego o udzieleniu zamówienia bez uprzedniego ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- d) nazwa i dane kontaktowe wykonawcy, na rzecz którego podjęto decyzję o udzieleniu zamówienia; oraz
- e) w stosownych przypadkach wszelkie inne informacje uznane za przydatne przez instytucję/podmiot zamawiający.

TYTUŁ V

OBOWIĄZKI STATYSTYCZNE, UPRAWNIENIA WYKONAWCZE ORAZ PRZEPISY KOŃCOWE

Artykuł 65

Obowiązki statystyczne

W celu umożliwienia oceny skutków stosowania niniejszej dyrektywy państwa członkowskie, najpóźniej do dnia 31 października każdego roku, przesyłają Komisji sprawozdanie statystyczne, sporządzone zgodnie z art. 66, przedstawiające zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane udzielone przez instytucje/podmioty zamawiające w roku poprzednim.

Artykuł 66

Treść sprawozdania statystycznego

Sprawozdanie statystyczne określa liczbę i wartość udzielonych zamówień, w podziale na państwo członkowskie lub kraj trzeci wybranego wykonawcy. Powinno ono przedstawiać oddzielnie zamówienia na dostawy, usługi i roboty budowlane.

Dane, o których mowa w pierwszym akapicie, są przedstawione w podziale na stosowane procedury oraz określają dla każdej z tych procedur dostawy, usługi i roboty budowlane wskazane według grupy nomenklatury CPV.

W przypadku gdy umowy zawarto zgodnie z procedurą negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, dane, o których mowa w akapicie pierwszym, przedstawiane są również w podziale na okoliczności, o których mowa w art. 28.

Treść sprawozdania statystycznego ustala się zgodnie z procedurą, o której mowa w art. 67 ust. 2.

Artykuł 67

Procedura komitetu

1. Komisję wspiera Komitet Doradczy ds. Zamówień Publicznych ustanowiony na mocy art. 1 decyzji Rady 71/306/EWG⁵⁰ („komitet”).

⁵⁰ Dz.U. L 185 z 16.08.1971, s. 15.

2. W przypadku odesłania do niniejszego ustępu stosuje się art. 3 i 7 decyzji 1999/468/WE, z uwzględnieniem przepisów jej art. 8.

3. W przypadku odesłania do niniejszego ustępu stosuje się art. 5a ust. 3 lit. c), ust. 4 lit. b) i e) decyzji 1999/468/WE, z uwzględnieniem przepisów jej art. 8.

W odniesieniu do korekty progów określonych w art. 8, terminy przewidziane w art. 5a ust. 3 lit. c), ust. 4 lit. b) i e) decyzji 1999/468/WE ustala się odpowiednio na cztery, dwa i sześć tygodni z uwagi na ograniczenia czasowe wynikające z metod obliczania i publikacji, określonych w art. 69 ust. 1 akapit drugi oraz w art. 69 ust. 3 dyrektywy 2004/17/WE.

4. W przypadku odesłania do niniejszego ustępu stosuje się art. 5a ust. 1, 2, 4 i 6 oraz art. 7 decyzji 1999/468/WE, z uwzględnieniem przepisów jej art. 8.

Artykuł 68

Korekta progów

1. Przy okazji weryfikacji progów określonych w dyrektywie 2004/17/WE, o której mowa w jej art. 69, Komisja weryfikuje również progi określone w art. 6 niniejszej dyrektywy, dostosowując je w następujący sposób:

- a) próg przewidziany w art. 8 lit. a) niniejszej dyrektywy do skorygowanego progu określonego w art. 16 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE;
- b) próg przewidziany w art. 8 lit. b) niniejszej dyrektywy do skorygowanego progu określonego w art. 16 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE.

Taka korekta i dostosowanie progów mająca na celów zmianę elementów innych niż istotne niniejszej dyrektywy zostanie dokonana zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą, o której mowa w art. 67 ust. 3. Ze względu na szczególnie pilną potrzebę Komisja może zastosować tryb pilny, o którym mowa w art. 67 ust. 4.

2. Wartość progów określonych zgodnie z ust. 1 w walutach krajowych państw członkowskich, które nie uczestniczą w unii monetarnej, dostosowuje się do odpowiednich wartości progów określonych w dyrektywie 2004/17/WE, o których mowa w ust. 1, obliczonych zgodnie z art. 69 ust. 2 akapit drugi dyrektywy 2004/17/WE.

3. Skorygowane progi określone w ust. 1 oraz odpowiadające im wartości w walutach krajowych, publikowane są, po ich korekcie, przez Komisję w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej na początku listopada.

Artykuł 69

Zmiany

1. Zgodnie z procedurą doradczą, o której mowa w art. 67 ust. 2, Komisja może dokonać zmian w:

- a) procedurach opracowywania, przesyłania, odbioru, przekładu, gromadzenia i dystrybucji ogłoszeń, o których mowa w art. 30, oraz sprawozdań statystycznych wymienionych w art. 65;

- b) procedurach transmisji i publikacji danych, o których mowa w załączniku VI, w związku z postępowaniem technicznym lub z przyczyn administracyjnych;
- c) wykazach rejestrów, oświadczeń i zaświadczeń określonych w załączniku VII, gdy okażą się one konieczne, w związku z zawiadomieniami uzyskanymi od państw członkowskich.

2. Działając zgodnie z procedurą regulacyjną połączoną z kontrolą, o której mowa w art. 67 ust. 3, Komisja może dokonać zmian w następujących elementach innych niż istotne niniejszej dyrektywy:

- a) numerach odnoszących się do nomenklatury CPV, o ile nie skutkuje to zmianą zakresu przedmiotowego niniejszej dyrektywy, oraz w procedurach dokonywania odniesień w ogłoszeniach do konkretnych pozycji tej nomenklatury w ramach kategorii usług wymienionych w tym załączniku;
- b) szczegółach i właściwościach technicznych urządzeń do elektronicznego przesyłania danych, o których mowa w załączniku VIII lit. a), f) i g).

Ze względu na szczególnie pilną potrzebę Komisja może zastosować tryb pilny, o którym mowa w art. 67 ust. 4.

Artykuł 70

Zmiana w dyrektywie 2004/17/WE

W dyrektywie 2004/17/WE dodaje się artykuł w brzmieniu:

„Artykuł 22a

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Niniejsza dyrektywa nie ma zastosowania do umów, do których zastosowanie ma dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁵¹, ani do umów, do których ta dyrektywa nie ma zastosowania zgodnie z jej art. 8, 12 i 13.

Artykuł 71

Zmiana w dyrektywie 2004/18/WE

Artykuł 10 dyrektywy 2004/18/WE otrzymuje brzmienie:

„Artykuł 10

Zamówienia w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

Z zastrzeżeniem art. 296 Traktatu, niniejszą dyrektywę stosuje się do zamówień publicznych udzielanych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa z wyjątkiem zamówień, do których stosuje się dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE

⁵¹ Dz.U. L 217 z 20.08.2009, s. 76.”

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 bezpieczeństwa⁵².

Niniejszej dyrektywy nie stosuje się do zamówień, do których nie ma zastosowania dyrektywa 2009/81/WE zgodnie z jej art. 8, 12 i 13.

Artykuł 72

Transpozycja

1. W terminie do dnia 21 sierpnia 2011 r. państwa członkowskie przyjmują i publikują przepisy ustawowe, wykonawcze i administracyjne niezbędne do wykonania niniejszej dyrektywy. Niezwłocznie przekazują Komisji tekst tych przepisów.

Przepisy przyjęte przez państwa członkowskie zawierają odniesienie do niniejszej dyrektywy lub odniesienie takie towarzyszy ich urzędowej publikacji. Metody dokonywania takiego odniesienia określane są przez państwa członkowskie.

2. Państwa członkowskie przekazą Komisji tekst głównych przepisów prawa krajowego dotyczących dziedzin objętych niniejszą dyrektywą.

Artykuł 73

Przegląd i sprawozdawczość

1. W terminie do dnia 21 sierpnia 2012 r. Komisja przedstawi sprawozdanie na temat środków podjętych przez państwa członkowskie w celu transpozycji niniejszej dyrektywy, w szczególności jej art. 21 oraz art. 50–54.

2. Komisja poddaje przeglądowi wdrożenie niniejszej dyrektywy oraz, najpóźniej po cząwszy od dnia 21 sierpnia 2016 r., przedstawia Parlamentowi Europejskiemu i Radzie sprawozdanie. W sprawozdaniu tym ocenia przede wszystkim, czy i w jakim zakresie cele niniejszej dyrektywy zostały osiągnięte w zakresie funkcjonowania rynku wewnętrznego i rozwoju europejskiego rynku sprzętu obronnego oraz europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego, mając na względzie między innymi sytuację małych i średnich przedsiębiorstw. W stosownych przypadkach, sprawozdaniu towarzyszy wniosek legislacyjny.

3. Komisja dokonuje również przeglądu stosowania art. 39 ust. 1, badając przede wszystkim wykonalność harmonizacji przywracania kandydatów lub oferentów wykluczonych z udziału w zamówieniach publicznych z uwagi na wcześniejsze wyroki oraz, jeśli to właściwe, przedstawia w tym celu wniosek legislacyjny.

Artykuł 74

Wejście w życie

Niniejsza dyrektywa wchodzi w życie następnego dnia po jej opublikowaniu w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej.

⁵² Dz.U. L 217 z 20.08.2009, s. 76."

Artykuł 75

Adresaci

Niniejsza dyrektywa skierowana jest do państw członkowskich.

Sporządzono w Brukseli dnia 13 lipca 2009 r.

W imieniu Parlamentu Europejskiego

H.-G. Pöttering

Przewodniczący

W imieniu Rady

E. Erlandsson

Przewodniczący

ZAŁĄCZNIK I

Usługi, o których mowa w art. 2 i 15

Nr kategorii	Przedmiot	Nr referencyjny CPV
1	2	3
1	Usługi konserwacyjne i naprawcze	50000000-5, od 50100000-6 do 50884000-5 (z wyjątkiem od 50310000-1 do 50324200-4 i 50116510-9, 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0) oraz od 51000000-9 do 51900000-1
2	Usługi związane z zagraniczną pomocą wojskową	75211300-1
3	Usługi w dziedzinie obrony, usługi w dziedzinie obrony wojskowej oraz usługi w dziedzinie obrony cywilnej	75220000-4, 75221000-1, 75222000-8
4	Usługi w zakresie działalności detektywistycznej i ochroniarskiej	Od 79700000-1 do 79720000-7
5	Usługi transportu lądowego	60000000-8, od 60100000-9 do 60183000-4 (z wyjątkiem 60160000-7, 60161000-4), oraz od 64120000-3 do 64121200-2
6	Usługi transportu lotniczego pasażerów i towarów, z wyjątkiem transportu poczty	60400000-2, od 60410000-5 do 60424120-3 (z wyjątkiem 60411000-2, 60421000-5), od 60440000-4 do 60445000-9 oraz 60500000-3
7	Transport poczty drogą lądową i lotniczą	60160000-7, 60161000-4, 60411000-2, 60421000-5
8	Usługi w zakresie transportu kolejowego	60200000-0 do 60220000-6
9	Usługi w zakresie transportu wodnego	Od 60600000-4 do 60653000-0, i od 63727000-1 do 63727200-3
10	Usługi pomocnicze i wspomagające transport	Od 63100000-0 do 63111000-0, od 63120000-6 do 63121100-4, 63122000-0, 63512000-1 oraz od 63520000-0 do 63700000-6
11	Usługi telekomunikacyjne	Od 64200000-8 do 64228200-2, 72318000-7, i od 72700000-7 do 72720000-3
12	Usługi finansowe: usługi ubezpieczeniowe	Od 66500000-5 do 66720000-3
13	Usługi komputerowe i usługi z nimi związane	Od 50310000-1 do 50324200-4, od 72000000-5 do 72920000-5 (z wyjątkiem 72318000-7 i od 72700000-7 do 72720000-3), 79342410-4, 9342410-4
14	Usługi ⁵³ związane z badaniami i rozwojem oraz badania diagnostyczne	Od 73000000-2 do 73436000-7

⁵³ Z wyjątkiem usług w zakresie badań i rozwoju, o których mowa w art. 13 lit. j).

1	2	3
15	Usługi w dziedzinie księgowości, rachunkowości, kontroli finansowej i prowadzenia ksiąg rachunkowych	Od 79210000-9 do 79212500-8
16	Usługi konsultacyjne w zakresie zarządzania ⁵⁴ i usługi z nimi związane	Od 73200000-4 do 73220000-0, od 79400000-8 do 79421200-3 oraz 79342000-3, 79342100-4, 79342300-6, 79342320-2, 79342321-9, 79910000-6, 79991000-7 98362000-8
17	Usługi architektoniczne; usługi inżynierskie i zintegrowane usługi inżynierskie; usługi inżynierskie z zakresu urbanistyki i architektury krajobrazu; związane z nimi usługi konsultacji naukowych i technicznych; usługi badań i analiz technicznych	Od 71000000-8 do 71900000-7 (z wyjątkiem 71550000-8) i 79994000-8
18	Usługi sprzątania budynków i usługi zarządzania mieniem	Od 70300000-4 do 70340000-6 i od 90900000-6 do 90924000-0
19	Usługi w zakresie odprowadzania ścieków i wywozu nieczystości; usługi sanitarne i podobne	Od 90400000-1 do 90743200-9 (z wyjątkiem 90712200-3), od 90910000-9 do 90920000-2 oraz 50190000-3, 50229000-6, 50243000-0
20	Usługi w zakresie szkolenia i symulacji w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa	80330000-6, 80600000-0, 80610000-3, 80620000-6, 80630000-9, 80640000-2, 80650000-5, 80660000-8

⁵⁴ Z wyjątkiem usług arbitrażowych i concyliacyjnych.

ZAŁĄCZNIK II

Usługi, o których mowa w art. 2 i 16

Nr kategorii	Przedmiot	Nr referencyjny CPV
21	Usługi hotelarskie i restauratorskie	Od 55100000-1 do 55524000-9 oraz od 98340000-8 do 98341100-6
22	Usługi dodatkowe i pomocnicze w zakresie transportu	Od 63000000-9 do 63734000-3 (z wyjątkiem 63711200-8, 63712700-0, 63712710-3), od 63727000-1 do 63727200-3 oraz 98361000-1
23	Usługi prawne	Od 79100000-5 do 79140000-7
24	Usługi rekrutacji i pozyskiwania personelu ⁵⁵	Od 79600000-0 do 79635000-4 (z wyjątkiem 79611000-0, 79632000-3, 79633000-0), i od 98500000-8 do 98514000-9
25	Usługi w zakresie ochrony zdrowia i opieki społecznej	79611000-0 i od 85000000-9 do 85323000-9 (z wyjątkiem 85321000-5 i 85322000-2)
26	Inne usługi	

⁵⁵ Z wyjątkiem umów o pracę.

ZAŁĄCZNIK III

Definicje niektórych specyfikacji technicznych, o których mowa w Art. 18

Na użytek niniejszej dyrektywy stosuje się następujące definicje:

- 1) a) „specyfikacja techniczna”, w przypadku zamówień na roboty budowlane: całość zaleceń technicznych zawartych w szczególności w specyfikacji warunków zamówienia, określających wymagane cechy materiału, produktu lub dostawy w sposób pozwalający na opisanie materiału, produktu lub dostawy zgodnie z ich przeznaczeniem przez instytucję/podmiot zamawiający. Charakterystyka ta obejmuje poziomy oddziaływania na środowisko, dostosowanie do potrzeb wszystkich użytkowników (w tym dostępność dla osób niepełnosprawnych) oraz ocenę zgodności, funkcjonalność, bezpieczeństwo lub wymiary, w tym procedury dotyczące zapewnienia jakości, terminologię, symbole, testy i metody testowania, opakowanie, znakowanie i etykietowanie oraz procesy i metody produkcji. Obejmuje ona również zasady dotyczące projektowania i kosztorysowania, warunki testowania, kontroli i odbioru obiektów budowlanych, technik lub i metod budowy oraz wszelkie pozostałe warunki techniczne, które instytucja zamawiająca może określić, na mocy przepisów ogólnych lub szczególnych, w odniesieniu do ukończonych obiektów budowlanych oraz materiałów lub części, z których są one wykonane;
- b) „specyfikacja techniczna”, w przypadku zamówień na dostawy lub usługi: specyfikacja w dokumencie określającym wymagane cechy produktu lub usługi, takie jak poziomy jakości, poziomy oddziaływania na środowisko, dostosowanie do potrzeb wszystkich użytkowników (w tym dostępność dla osób niepełnosprawnych) oraz ocena zgodności, funkcjonalność, użytkowanie produktu, jego bezpieczeństwo lub wymiary, w tym wymagania odnoszące się do produktu w zakresie nazwy, pod jaką produkt jest sprzedawany, terminologii, symboli, testów i metod testowania, opakowania, znakowania i etykietowania, instrukcji obsługi, procesów i metod produkcji oraz procedur oceny zgodności;
- 2) „norma”: specyfikacja techniczna zatwierdzona przez uznaną instytucję normalizacyjną w celu powtarzalnego i stałego stosowania, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe i która należy do jednej z następujących kategorii:
 - norma międzynarodowa: norma przyjęta przez międzynarodową organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie,
 - norma europejska: norma przyjęta przez europejską organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie,
 - norma krajowa: norma przyjęta przez krajową organizację normalizacyjną oraz dostępna publicznie;
- 3) „norma obronna”: specyfikacja techniczna, której przestrzeganie nie jest obowiązkowe, i która została zatwierdzona przez instytucję normalizacyjną, wyspecjalizowaną w opracowywaniu specyfikacji technicznych w celu powtarzalnego i stałego stosowania w dziedzinie obronności;
- 4) „europejska aprobatą techniczną”: pozytywna ocena techniczna przydatności produktu do użycia w konkretnym celu, dokonana w oparciu o spełnienie podstawowych wymagań dla robót budowlanych, według charakterystyki własnej produktu oraz określonych warunków jego zastosowania i użytkowania. Europejskie aprobaty techniczne są wydawane przez organ zatwierdzający, wyznaczony do tego celu przez państwo członkowskie;

- 5) „wspólna specyfikacja techniczna”: specyfikacja techniczna określona zgodnie z procedurą uznaną przez państwa członkowskie i opublikowana w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej;
- 6) „referencje techniczne”: każdy dokument, inny niż normy oficjalne, opracowany przez europejskie organy normalizacyjne, zgodnie z procedurami dostosowanymi do rozwijających się potrzeb rynku.

ZAŁĄCZNIK IV

Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniach, o których mowa w art. 30

OGŁOSZENIE O PUBLIKACJI WSTĘPNEGO OGŁOSZENIA INFORMACYJNEGO NA PROFILU NABYWCY

1. Kraj instytucji/podmiotu zamawiającego.
2. Nazwa instytucji/podmiotu zamawiającego.
3. Adres internetowy „profilu nabywcy” (URL)
4. Numer(-y) w nomenklaturze CPV

WSTĘPNE OGŁOSZENIE INFORMACYJNE

1. Nazwa, adres, numer faksu, adres poczty elektronicznej instytucji/podmiotu zamawiającego oraz, jeśli są różne, adresy dotyczące biur, w którym można uzyskać dodatkowe informacje, zaś w przypadku zamówień na usługi i roboty budowlane, źródeł informacji, np. odpowiednia rządowa strona internetowa, gdzie można uzyskać informacje na temat ogólnych ram prawnych w zakresie podatków, ochrony środowiska, ochrony zatrudnienia i warunków pracy, obowiązujących w miejscu, w którym zamówienie to ma zostać zrealizowane.

2. W stosownych przypadkach wskazanie, czy zamówienie zastrzeżone jest dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja ograniczona jest do programów zatrudnienia osób niepełnosprawnych.

3. W przypadku zamówień na roboty budowlane: charakter i zakres robót oraz miejsce ich wykonania; jeżeli realizacja robót ma zostać podzielona na kilka części, zasadnicza charakterystyka tych części w odniesieniu do całości robót; jeśli jest dostępny, szacunkowy przedział kosztów realizacji proponowanych robót; numer(-y) w nomenklaturze CPV.

W przypadku zamówień na dostawy: charakter i ilość lub wartość produktów, które mają zostać dostarczone, numer(-y) w nomenklaturze CPV.

W przypadku zamówień na usługi: całkowita wartość proponowanych zakupów w każdej z kategorii usług, numer(-y) w nomenklaturze CPV.

4. Przybliżona data rozpoczęcia procedury udzielania zamówienia w odniesieniu do zamówienia lub zamówień, w przypadku zamówień na usługi w podziale na kategorie usług.

5. W stosownych przypadkach, wskazanie, czy przewidziana jest umowa ramowa.

6. W stosownych przypadkach, inne informacje.

7. Data wysłania ogłoszenia lub data wysłania ogłoszenia o publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego na profilu nabywcy.

OGŁOSZENIE O ZAMÓWIENIU

Procedury ograniczone, procedury negocjacyjne z publikacją ogłoszenia i dialog konkurencyjny:

1. Nazwa, adres, numery telefonu i faksu oraz adres poczty elektronicznej instytucji/ podmiotu zamawiającego.
2. W stosownych przypadkach wskazanie, czy zamówienie zastrzeżone jest dla zakładów pracy chronionej lub czy jego realizacja ograniczona jest do programów zatrudnienia osób niepełnosprawnych.
3.
 - a) Wybrana procedura udzielenia zamówienia;
 - b) w stosownych przypadkach, powody zastosowania procedury przyspieszonej (w przypadku procedur ograniczonych i negocjacyjnych);
 - c) w stosownych przypadkach wskazanie, czy przewidziana jest umowa ramowa;
 - d) w stosownych przypadkach zastosowanie aukcji elektronicznej.
4. Forma zamówienia.
5. Miejsce wykonania/realizacji robót budowlanych, dostarczenia produktów lub świadczenia usług.
6.
 - a) Zamówienia na roboty budowlane:
 - charakter i zakres robót budowlanych oraz ogólna charakterystyka obiektu. Wskazanie, w szczególności, opcji dotyczących robót dodatkowych oraz, jeśli jest znany, przewidywanego terminarza wykorzystania tych opcji, jak również liczby ewentualnych wznowień. Jeżeli obiekt lub zamówienie podzielone zostaną na kilka części, wielkości poszczególnych części; numer(y) w nomenklaturze CPV,
 - informacje na temat przeznaczenia obiektu lub zamówienia, w przypadku gdy obejmuje ono także sporządzenie projektów,
 - w przypadku umowy ramowej wskazanie również planowanego okresu obowiązywania takiej umowy, szacunkowej całkowitej wartości robót dla całego okresu obowiązywania umowy ramowej oraz, w miarę możliwości, wartości i częstotliwości udzielania zamówień.
 - b) Zamówienia na dostawy:
 - charakter produktów, które mają zostać dostarczone, wraz ze wskazaniem w szczególności, czy zaprasza się do składania ofert na potrzeby kupna, dzierżawy, najmu lub leasingu lub dowolnego połączenia tych form, numer(-y) w nomenklaturze CPV. Ilość produktów, które mają zostać dostarczone, ze wskazaniem w szczególności opcji dotyczących zakupów dodatkowych oraz, jeśli są znane, przewidywanego terminarza wykorzystania tych opcji, jak również liczby ewentualnych wznowień; numer(-y) w nomenklaturze CPV,
 - w przypadku zamówień regularnych lub podlegających odnowieniu w danym okresie, wskazanie również terminów, jeśli są znane, udzielania kolejnych zamówień dotyczących nabycia planowanych dostaw,

- w przypadku umów ramowych wskazanie również planowanego okresu obowiązywania takiej umowy, szacunkowej całkowitej wartości dostaw dla całego okresu obowiązywania umowy ramowej oraz, w miarę możliwości, wartości i częstotliwości udzielania zamówień.

c) Zamówienia na usługi:

- kategoria i opis usługi. Numer(-y) w nomenklaturze CPV. Ilość usług, które będą świadczone. Wskazanie, w szczególności, opcji dotyczących zakupów dodatkowych oraz, jeśli jest znany, przewidywanego terminarza wykorzystania tych opcji, jak również liczby ewentualnych wznowień. W przypadku zamówień podlegających odnowieniu w danym okresie, wskazanie, jeśli są znane, przewidywanych ram czasowych udzielenia kolejnych zamówień dotyczących nabycia planowanych usług.

W przypadku umów ramowych wskazanie również planowanego okresu obowiązywania takiej umowy, szacunkowej całkowitej wartości usług zaplanowanych na ten okres oraz, w miarę możliwości, wartości i częstotliwości udzielania zamówień,

- wskazanie, czy wykonanie usługi jest zastrzeżone, przepisami ustawowymi, wykonawczymi lub administracyjnymi, dla określonych zawodów.

Odniesienia do tych przepisów ustawowych, wykonawczych lub administracyjnych,

- wskazanie, czy osoby prawne powinny podać nazwiska i kwalifikacje zawodowe osób odpowiedzialnych za wykonanie usługi.

7. W przypadku zamówień podzielonych na części wskazanie czy usługodawcy mogą składać oferty w odniesieniu do jednej, kilku lub wszystkich części.

8. Dopuszczenie albo zakaz składania ofert wariantowych.

9. W stosownych przypadkach wskazanie części ogólnej wartości zamówienia, która ma być zlecona stronom trzecim w drodze procedury przetargowej (art. 21 ust. 4).

10. W stosownych przypadkach kryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji podwykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia oraz wymagane informacje stanowiące dowód, że nie są to przypadki uzasadniające wykluczenie. Informacje i wszelkie formalności niezbędne do oceny minimalnych standardów ekonomicznych i technicznych wymaganych od podwykonawców. Minimalny(-e) poziom(-y) wymaganych zdolności.

11. Termin zakończenia robót budowlanych/dostaw/usług lub czas obowiązywania umowy na roboty budowlane/dostawy/usługi. Jeśli to możliwe, termin rozpoczęcia robót budowlanych/dostaw/usług.

12. O ile ma to zastosowanie, szczególne warunki, którym podlega realizacja zamówienia.

13. a) Termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału;

b) adres, na który należy je przesyłać;

c) język lub języki, w których należy je sporządzać.

14. W stosownych przypadkach, wymagane wadium i gwarancje.

15. Główne warunki dotyczące finansowania i płatności lub odniesienia do dokumentów, w których są one zawarte.
16. O ile ma to zastosowanie, forma prawna, jaką musi przyjąć grupa wykonawców, którym zostanie udzielone zamówienie.
17. Kryteria kwalifikacji dotyczące podmiotowej sytuacji wykonawców, które mogą doprowadzić do ich wykluczenia oraz wymagane informacje stanowiące dowód, że nie są to przypadki uzasadniające wykluczenie. Kryteria kwalifikacji, informacje i wszelkie formalności niezbędne do oceny minimalnych standardów ekonomicznych i technicznych wymaganych od wykonawcy. Minimalny(-e) poziom(-y) ewentualnie wymaganych standardów.
18. W przypadku umów ramowych: liczba zamówień oraz, w stosownych przypadkach, proponowana maksymalna liczba wykonawców, którzy będą stronami umowy oraz przewidywany okres obowiązywania umowy ramowej.
19. W przypadku dialogu konkurencyjnego lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, wskazanie, w stosownych przypadkach, zastosowania procedury etapowej w celu stopniowego ograniczenia liczby dyskutowanych rozwiązań lub negocjowanych ofert.
20. W przypadku procedury ograniczonej, procedury negocjacyjnej lub dialogu konkurencyjnego, o ile wskazano na możliwość ograniczenia liczby kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do składania ofert, udziału w dialogu lub negocjacjach: proponowana minimalna i, w stosownych przypadkach, maksymalna liczba kandydatów oraz obiektywne kryteria, które zostaną zastosowane w celu wyselekcjonowania takiej liczby kandydatów.
21. Kryteria stosowane w celu udzielenia zamówień, o których mowa w art. 47: „najniższa cena” lub „oferta najkorzystniejsza ekonomicznie”. Kryteria związane z ofertą najkorzystniejszą ekonomicznie oraz ich wagi lub kryteria w kolejności od najważniejszego do najmniej ważnego wymienia się, jeżeli nie uwzględniono ich w specyfikacji warunków zamówienia lub, w przypadku procedury dialogu konkurencyjnego, w dokumencie opisowym.
22. W stosownych przypadkach data(-y) publikacji wstępnego ogłoszenia informacyjnego, zgodnie ze specyfikacjami technicznymi takiej publikacji określonymi w załączniku VI, lub oświadczenie, że taka publikacja nie miała miejsca.
23. Data wysłania ogłoszenia.

OGŁOSZENIE O UDZIELENIU ZAMÓWIENIA

1. Nazwa i adres instytucji/podmiotu zamawiającego.
2. Zastosowana procedura udzielenia zamówienia. W przypadku procedury negocjacyjnej bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 28), uzasadnienie.
3. Zamówienia na roboty budowlane: charakter i zakres robót.

Zamówienia na dostawy: charakter i ilość dostarczonych produktów, w stosownych przypadkach w podziale na dostawców; numer(-y) w nomenklaturze CPV.

Zamówienia na usługi: kategoria i opis usługi; numer(-y) w nomenklaturze CPV; ilość nabytych usług.

4. Data udzielenia zamówienia.
5. Kryteria udzielenia zamówienia.
6. Liczba otrzymanych ofert.
7. Nazwa i adresy wybranego wykonawcy/wybranych wykonawców.
8. Cena lub przedział (minimum/maksimum) zapłaconych cen.
9. Wartość oferty (ofert) przyjętych lub najwyższe i najniższe oferty wzięte pod uwagę podczas udzielania zamówienia.
10. W stosownych przypadkach, część zamówienia, która zostanie zlecona stronom trzecim i jej wartość.
11. W stosownych przypadkach, powody usprawiedliwiające czas obowiązywania umowy ramowej przekraczający siedem lat.
12. Data publikacji ogłoszenia o zamówieniu zgodnie ze specyfikacjami technicznymi dotyczącymi publikacji, o których mowa w załączniku VI.
13. Data wysłania niniejszego ogłoszenia.

ZAŁĄCZNIK V

Informacje, które należy zamieścić w ogłoszeniach dotyczących podwykonawstwa, o których mowa w art. 52

1. Nazwisko/nazwa, adres, numer faksu i adres poczty elektronicznej wybranego oferenta oraz, jeżeli nie są one tożsame, biura, w którym można uzyskać dodatkowe informacje.
2.
 - a) miejsce wykonania/realizacji robót budowlanych, dostarczenia produktów lub świadczenia usług;
 - b) charakter, ilość i zakres robót budowlanych oraz ogólna charakterystyka obiektu; numer(-y) w nomenklaturze CPV;
 - c) charakter produktów, które mają zostać dostarczone, wraz ze wskazaniem, czy zaprasza się do składania ofert na potrzeby kupna, dzierżawy, najmu lub leasingu lub dowolnego połączenia tych form, numer(-y) w nomenklaturze;
 - d) kategoria i opis usługi; numer(-y) w nomenklaturze CPV.
3. Każdy wyznaczony termin zakończenia robót budowlanych.
4. Nazwa i adres instytucji, od której można żądać udostępnienia specyfikacji i dokumentów dodatkowych.
5.
 - a) termin składania wniosków o dopuszczenie do udziału lub składania ofert;
 - b) adres, na który należy je przysyłać;
 - c) język(-i), w których należy sporządzać wnioski i oferty.
6. Wszelkie wymagane wadia lub gwarancje.
7. Obiektywne kryteria, które będą stosowane przy wyborze podwykonawców lub ocenie ich oferty oraz które związane są z ich sytuacją podmiotową.
8. Wszelkie inne informacje.
9. Data wysłania ogłoszenia.

ZAŁĄCZNIK VI

WYMOGI DOTYCZĄCE PUBLIKACJI

1. Publikacja ogłoszeń

- a) Ogłoszenia, o których mowa w art. 30 i art. 52, wysyłane są przez instytucje/podmioty zamawiające lub wybranych oferentów do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej w formacie, o którym mowa w art. 32. Wstępne ogłoszenia informacyjne, o których mowa w art. 30 ust. 1 akapit pierwszy, publikowane na profilu nabywcy określonym w pkt 2, również muszą posiadać taki format, podobnie jak ogłoszenie o takiej publikacji.

Ogłoszenia, o których mowa w art. 30 i 52, publikowane są przez Urzędu Publikacji Unii Europejskiej lub przez instytucje/podmioty zamawiające, w przypadku gdy wstępne ogłoszenie informacyjne publikowane jest na profilu nabywcy zgodnie z akapitem pierwszym art. 30 ust. 1.

Ponadto instytucje/podmioty zamawiające mogą publikować takie informacje w Internecie, na „profilu nabywcy”, o którym mowa w pkt 2;

- b) Urzędu Publikacji Unii Europejskiej udziela instytucjom/podmiotom zamawiającym potwierdzenia, o którym mowa w art. 32 ust. 8.

2. Publikacja informacji uzupełniających lub dodatkowych

Profil nabywcy może obejmować wstępne ogłoszenia informacyjne, o których mowa w art. 30 ust. 1 akapit pierwszy, informacje na temat aktualnych zaproszeń do składania ofert, planowanych zakupów, udzielonych zamówień, unieważnionych postępowań oraz wszelkie przydatne informacje ogólne, takie jak punkt kontaktowy, numer telefonu i faksu, adres pocztowy oraz adres poczty elektronicznej

3. Format i procedury elektronicznego przesyłania ogłoszeń

Format i procedury elektronicznego przesyłania ogłoszeń dostępne są pod adresem internetowym: <http://simap.europa.eu>.

ZAŁĄCZNIK VII

REJESTRY⁵⁶

CZĘŚĆ A

Zamówienia na roboty budowlane

Rejestrami zawodowymi oraz odpowiednimi oświadczeniami i zaświadczeniami są dla poszczególnych państw członkowskich:

- w Belgii "Registre du commerce"/"Handelsregister",
- w Bułgarii "Търговски регистър",
- w Republice Czeskiej "obchodní rejstřík",
- w Danii "Erhvervs - og Selskabsstyrelsen",
- w Niemczech "Handelsregister" i "Handwerksrolle",
- w Estonii "Registrite ja Infosüsteemide Keskus",
- w Irlandii od przedsiębiorcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies" lub "Registrar of Friendly Societies", lub jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą firmową,
- w Grecji "Μητρώο Εργοληπτικών Επιχειρήσεων" - ΜΕΕΠ" Ministerstwa Środowiska, Planowania Miast i Wsi oraz Robót Publicznych (Υ.ΠΕ.ΧΩ.Δ.Ε),
- w Hiszpanii "Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado",
- we Francji "Registre du commerce et des sociétés" i "Répertoire des métiers",
- we Włoszech "Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato",
- na Cyprze od przedsiębiorcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Council for the Registration and Audit of Civil Engineering and Building Contractors (Συμβούλιο Εγγραφής και Ελέγχου Εργοληπτών Οικοδομικών και Τεχνικών Έργων)" zgodnie z Registration and Audit of Civil Engineering and Building Contractors Law,
- na Łotwie "Uzņēmumu reģistrs",
- na Litwie "Juridinių asmenų registras",
- w Luksemburgu "Registre aux firmes" i "Rôle de la chambre des métiers",
- na Węgrzech "Cégnyilvántartás", "egyéni vállalkozók jegyzői nyilvántartása",

⁵⁶ Do celów art. 40 „rejestry” oznaczają rejestry wymienione w niniejszym załączniku, zaś w przypadku gdy na poziomie krajowym wprowadzone zostały zmiany, rejestry, które je zastąpiły. Niniejszy załącznik ma charakter jedynie orientacyjny i nie przesądza o zgodności tych rejestrów z prawem wspólnotowym w zakresie swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług.

- na Malcie przedsiębiorca przedstawia swój "numru ta' registrazzjoni tat-Taxxa tal-Valur Miżjud (VAT) u n-numru tal-licenzja ta' kummerc", a w przypadku partnerstwa lub spółki, stosowny numer rejestracyjny nadany przez maltańskie władze finansowe,
- w Holandii "Handelsregister",
- w Austrii "Firmenbuch", "Gewerberegister" oraz "Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern",
- w Polsce "Krajowy Rejestr Sądowy",
- w Portugalii "Instituto da Construção e do Imobiliário" (INCI),
- w Rumunii "Registrul Comerțului",
- w Słowenii "Sodni register" i "obrtni register",
- na Słowacji "Obchodný register",
- w Finlandii "Kaupparekisteri"/"Handelsregistret",
- w Szwecji "aktiebolags-, handels-eller föreningsregistren",
- w Zjednoczonym Królestwie od przedsiębiorcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies" lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą firmową.

CZĘŚĆ B

Zamówienia na dostawy

Stosownymi rejestrami zawodowymi i handlowymi oraz odpowiednimi oświadczeniami i zaświadczeniami są:

- w Belgii "Registre du commerce"/"Handelsregister",
- w Bułgarii "Търговски регистър",
- w Republice Czeskiej "obchodní rejstřík",
- w Danii "Erhvervs - og Selskabsstyrelsen",
- w Niemczech "Handelsregister" i "Handwerksrolle",
- w Estonii "Registrite ja Infosüsteemide Keskus",
- w Grecji "Βιοτεχνικό ή Εμπορικό ή Βιομηχανικό Επιμελητήριο" i "Μητρώο Κατασκευαστών Αμυντικού Υλικού",
- w Hiszpanii "Registro Mercantil" lub, w przypadku osób fizycznych nieposiadających wpisu do rejestru, zaświadczenie stwierdzające, że dana osoba oświadczyła pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód,
- we Francji "Registre du commerce et des sociétés" i "Répertoire des métiers",
- w Irlandii od dostawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies" lub "Registrar of Friendly Societies" stwierdzającego, że założył spółkę lub, że jest wpisany do rejestru handlowego lub, jeśli nie jest to moż-

liwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą,

- we Włoszech "Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato" i "Registro delle Commissioni provinciali per l'artigianato",
- na Cyprze od dostawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies and Official Receiver" (Εφορος Εταιρειών και Επίσημος Παραλήπτης) lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą,
- na Łotwie "Uzņēmumu reģistrs",
- na Litwie "Juridinių asmenų registras",
- w Luksemburgu "Registre aux firmes" i "Rôle de la chambre des métiers",
- na Węgrzech "Cégnyilvántartás", "egyéni vállalkozók jegyzői nyilvántartása",
- na Malcie dostawca przedstawia swój "numru ta' registrazzjoni tat-Taxxa tal-Valur Miżjud (VAT) u n-numru tallicenzja ta' kummerċ", a w przypadku partnerstwa lub spółki, stosowny numer rejestracyjny nadany przez maltańskie władze finansowe,
- w Holandii "Handelsregister",
- w Austrii "Firmenbuch", "Gewerberegister" oraz "Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern",
- w Polsce "Krajowy Rejestr Sądowy",
- w Portugalii "Registo nacional das Pessoas Colectivas",
- w Rumunii "Registrul Comerțului",
- w Słowenii "Sodni register" i "obrtni register",
- na Słowacji "Obchodný register",
- w Finlandii "Kaupparekisteri"/"Handelsregistret",
- w Szwecji "aktiebolags-, handels - eller föreningsregistren",
- w Zjednoczonym Królestwie od dostawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies" stwierdzającego, że założył spółkę lub, że jest wpisany do rejestru handlowego lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą.

CZĘŚĆ C

Zamówienia na usługi

Stosownymi rejestrami zawodowymi i handlowymi oraz odpowiednimi oświadczeniami i zaświadczeniami są:

- w Belgii "Registre du commerce/Handelsregister" i "Ordres professionnels -/Beroepsorden",

- w Bułgarii "Търговски регистър",
- w Republice Czeskiej "obchodní rejstřík",
- w Danii "Erhvervs - og Selskabsstyrelsen",
- w Niemczech "Handelsregister", "Handwerksrolle", "Vereinsregister", "Partnerschaftsregister" i "Mitgliedsverzeichnisse der Berufskammern der Länder",
- w Estonii "Registrite ja Infosüsteemide Keskus",
- w Irlandii od usługodawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies", lub "Registrar of Friendly Societies" lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą,
- w Grecji od usługodawcy można zażądać dostarczenia oświadczenia o wykonywaniu przez niego określonego zawodu, przy czym oświadczenie to powinno być złożone pod przysięgą i potwierdzone notarialnie; w przypadkach, o których mowa w obowiązujących przepisach prawa krajowego, w odniesieniu do usług w dziedzinie badań rejestr zawodowy "Μητρώο Μελετητών" oraz "Μητρώο Γραφείων Μελετών",
- w Hiszpanii "Registro Oficial de Licitadores y Empresas Clasificadas del Estado",
- we Francji "Registre du commerce et des sociétés" i "Répertoire des métiers",
- we Włoszech "Registro della Camera di commercio, industria, agricoltura e artigianato", "Registro delle commissioni provinciali per l'artigianato" lub "Consiglio nazionale degli ordini professionali",
- na Cyprze od usługodawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies and Official Receiver" (Εφορος Εταιρειών και Επίσημος Παραλήπτης) lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód w kraju, w którym posiada swoją siedzibę, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą,
- na Łotwie "Uzņēmumu reģistrs",
- na Litwie "Juridinių asmenų registras",
- w Luksemburgu "Registre aux firmes" i "Rôle de la chambre des métiers",
- na Węgrzech "Cégnyilvántartás", "egyéni vállalkozók jegyzőii nyilvántartása", niektóre "szakmai kamarák nyilvántartása" lub, w przypadku pewnych rodzajów działalności, zaświadczenie stwierdzające, że osoba ta jest uprawniona do wykonywania działalności handlowej lub danego zawodu,
- na Malcie na Malcie usługodawca przedstawia swój "numru ta' registrazzjoni tat-Taxxa ta-Valur Miżjud (VAT) u n-numru tallicenzja ta' kummerc", a jeśli zawarł umowę partnerską lub należy do spółki, stosowny numer rejestracyjny nadany przez maltańskie władze finansowe,
- w Holandii "Handelsregister",
- w Austrii "Firmenbuch", "Gewerberegister" oraz "Mitgliederverzeichnisse der Landeskammern",
- w Polsce "Krajowy Rejestr Sądowy",
- w Portugalii "Registo nacional das Pessoas Colectivas",

- w Rumunii "Registrul Comerțului",
- w Słowenii "Sodni register" i "obrtni register",
- na Słowacji "Obchodný register",
- w Finlandii "Kaupparekisteri"/"Handelsregistret",
- w Szwecji "aktiebolags-, handels - eller föreningsregistren",
- w Zjednoczonym Królestwie od usługodawcy można zażądać przedstawienia zaświadczenia wystawionego przez "Registrar of Companies" lub, jeśli nie jest to możliwe, zaświadczenia stwierdzającego, że oświadczył on pod przysięgą, iż wykonuje dany zawód, w określonym miejscu i działa pod określoną nazwą.

ZAŁĄCZNIK VIII

Wymagania dotyczące urządzeń do elektronicznego składania wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert

Urządzenia służące do składania, w postaci elektronicznej, wniosków o dopuszczenie do udziału oraz ofert muszą co najmniej gwarantować, za pomocą środków technicznych i odpowiednich procedur, że:

- a) podpisy elektroniczne związane z wnioskami o dopuszczenie do udziału i ofertami są zgodne z krajowymi przepisami przyjętymi na podstawie dyrektywy 1999/93/WE;
- b) dokładna godzina i data złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału i ofert mogą zostać precyzyjnie ustalone;
- c) możliwe jest w praktyce zapewnienie, że przed upływem określonych terminów nikt nie uzyska dostępu do danych przesyłanych zgodnie z niniejszymi wymaganiami;
- d) jeżeli zakaz dostępu zostanie złamany, możliwe jest w praktyce zapewnienie oczywistego wykrycia takiego naruszenia;
- e) jedynie osoby uprawnione mogą ustalać lub zmieniać daty otwarcia przesłanych danych;
- f) podczas poszczególnych etapów procedury udzielania zamówienia dostęp do całości lub części przedłożonych danych musi być możliwy jedynie w wyniku równoczesnego podjęcia odpowiednich działań przez osoby uprawnione;
- g) równoczesne podjęcie działań przez osoby uprawnione musi zapewniać dostęp do danych przesłanych wyłącznie po określonej dacie;
- h) dane otrzymane i otwarte zgodnie z tymi wymaganiami muszą pozostać dostępne wyłącznie dla osób uprawnionych do zapoznania się z nimi.

III. ROZPORZĄDZENIE KOMISJI NR 1177/2009

*Rozporządzenie Komisji (WE) nr 1177/2009
z dnia 30 listopada 2009 r.
zmieniające dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE
Parlamentu Europejskiego i Rady
w odniesieniu do progów obowiązujących
w zakresie procedur udzielania zamówień
(Tekst mający znaczenie dla EOG)*

KOMISJA WSPÓLNOT EUROPEJSKICH,

uwzględniając Traktat ustanawiający Wspólnotę Europejską,

uwzględniając dyrektywę 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. koordynującą procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych⁵⁷, w szczególności jej art. 69,

uwzględniając dyrektywę 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 31 marca 2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi⁵⁸, w szczególności jej art. 78,

uwzględniając dyrektywę Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/81/WE z dnia 13 lipca 2009 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania niektórych zamówień na roboty budowlane, dostawy i usługi przez instytucje lub podmioty zamawiające w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa i zmieniającą dyrektywy 2004/17/WE i 2004/18/WE⁵⁹, w szczególności jej art. 68,

po konsultacji z Komitetem Doradczym ds. Zamówień Publicznych,

a także mając na uwadze, co następuje:

- 1) Decyzją 94/800/WE z dnia 22 grudnia 1994 r. dotyczącą zawarcia w imieniu Wspólnoty Europejskiej w dziedzinach wchodzących w zakres jej kompetencji, porozumień, będących wynikiem negocjacji wielostronnych w ramach Rundy Urugwajskiej (1986–1994)⁶⁰ Rada zatwierdziła Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (zwane dalej „Porozumieniem”). Porozumienie powinno być stosowane do każdego zamówienia publicznego o wartości równej lub przekraczającej kwoty (zwane dalej „progami”) wyznaczone w Porozumieniu i wyrażone w specjalnych prawach ciągnięcia.
- 2) Celem dyrektyw 2004/17/WE i 2004/18/WE jest między innymi umożliwienie podmiotom i instytucjom zamawiającym, stosującym te dyrektywy, przestrzegania równocześnie zobowiązań wynikających z Porozumienia. Aby osiągnąć ten cel, progi określone w dyrektywach dla zamówień publicznych, które podlegają również Porozumieniu, powinny zostać dostosowane tak, aby odpowiadały wartości w euro progów ustalonych w Porozumieniu, zaokrąglonej w dół do pełnego tysiąca.

⁵⁷ Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 1.

⁵⁸ Dz.U. L 134 z 30.04.2004, s. 114.

⁵⁹ Dz.U. L 216 z 20.08.2009, s. 76.

⁶⁰ Dz.U. L 336 z 23.12.1994, s. 1.

- 3) W celu zapewnienia spójności właściwe jest dostosowanie również tych progów wymienionych w dyrektywach 2004/17/WE i 2004/18/WE, które dotyczą zamówień nieobjętych Porozumieniem. Równocześnie progi określone w dyrektywie 2009/81/WE należy dostosować do skorygowanych progów określonych w art. 16 dyrektywy 2004/17/WE.
- 4) Należy zatem odpowiednio zmienić dyrektywy 2004/17/WE, 2004/18/WE i 2009/81/WE,

PRZYJMUJE NINIEJSZE ROZPORZĄDZENIE:

Artykuł 1

W dyrektywie 2004/17/WE wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w art. 16 wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w lit. a) kwotę „412000 EUR” zastępuje się kwotą „387000 EUR”;
 - b) w lit. b) kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”;
- 2) w art. 61 wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w ust. 1 kwotę „412000 EUR” zastępuje się kwotą „387000 EUR”;
 - b) w ust. 2 kwotę „412000 EUR” zastępuje się kwotą „387000 EUR”.

Artykuł 2

W dyrektywie 2004/18/WE wprowadza się następujące zmiany:

- 1 w art. 7 wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w lit. a) kwotę „133000 EUR” zastępuje się kwotą „125000 EUR”;
 - b) w lit. b) kwotę „206000 EUR” zastępuje się kwotą „193000 EUR”;
 - c) w lit. c) kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”;
- 2) w art. 8 akapit pierwszy wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w lit. a) kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”;
 - b) w lit. b) kwotę „206000 EUR” zastępuje się kwotą „193000 EUR”;
- 3) w art. 56 kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”;
- 4) w art. 63 ust. 1 akapit pierwszy kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”;
- 5) w art. 67 ust. 1 wprowadza się następujące zmiany:
 - a) w lit. a) kwotę „133000 EUR” zastępuje się kwotą „125000 EUR”;
 - b) w lit. b) kwotę „206000 EUR” zastępuje się kwotą „193000 EUR”;
 - c) w lit. c) kwotę „206000 EUR” zastępuje się kwotą „193000 EUR”.

Artykuł 3

W art. 8 dyrektywy 2009/81/WE wprowadza się następujące zmiany:

- 1) w lit. a) kwotę „412000 EUR” zastępuje się kwotą „387000 EUR”;
- 2) w lit. b) kwotę „5150000 EUR” zastępuje się kwotą „4845000 EUR”.

Artykuł 4

Niniejsze rozporządzenie wchodzi w życie z dniem 1 stycznia 2010 r.

Niniejsze rozporządzenie wiąże w całości i jest bezpośrednio stosowane we wszystkich państwach członkowskich.

Sporządzono w Brukseli dnia 30 listopada 2009 r.

W imieniu Komisji

Charlie McCreevy

Członek Komisji

IV. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA ZAKRESU ZASTOSOWANIA DYREKTYWY OBRONNEJ

1) Zasady

1. Dyrektywa 2009/81/WE (zwana dalej „dyrektywą”) ma zastosowanie do udzielania niektórych zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa przez instytucje i podmioty zamawiające. Zamówienia udzielane przez instytucje i podmioty zamawiające w tych dziedzinach, których nie obejmuje swym zakresem dyrektywa 2009/81/WE, podlegają zasadniczo w dalszym ciągu dyrektywom 2004/17/WE oraz 2004/18/WE⁶¹.

2. Definicja zamówień objętych zakresem dyrektywy oparta jest na dwojakim podejściu: w dziedzinie obronności zakres dyrektywy opiera się na art. 346 TFUE i obejmuje zasadniczo wszystkie zamówienia na zakup sprzętu wojskowego, wojskowych robót budowlanych i usług do celów wojskowych. Ponadto dyrektywa ma zastosowanie również do wszystkich zakupów do celów bezpieczeństwa, które wiążą się z korzystaniem z informacji niejawnych.

2) Wyłączenie z artykułu 346 TFUE (dawny artykuł 296 Traktatu WE)

3. Dyrektywa — jako instrument prawa wtórnego UE — nie zmienia Traktatu i musi stosować się do Traktatu (prawo pierwotne UE). Zatem jej zastosowanie również podlega wyjątkom określonym w Traktacie o funkcjonowaniu Unii Europejskiej, w szczególności art. 36, 51, 52, 62 oraz 346 TFUE (dawne art. 30, 45, 46, 55 i 296 Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską).

W kontekście obronności art. 346 TFUE jest najbardziej istotnym odstępstwem opartym na Traktacie. Oznacza to w szczególności, że zamówienia mogą być udzielane bez zastosowania dyrektywy w przypadkach, kiedy konieczne jest to dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego.

Art. 346 TFUE odnosi się do środków, które państwo członkowskie „*uważa za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów jego bezpieczeństwa*” lub do „*informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne*” z tymi interesami. Zdefiniowanie swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa jest wyłącznym obowiązkiem państw członkowskich⁶². Jednakże zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości art. 346 TFUE nie pozwala państwu członkowskim na odstąpienie od postanowień Traktatu poprzez samo odwołanie się do takich interesów.⁶³ Trybunał Sprawiedliwości stwierdził również, że odstępstwo na podstawie art. 346 TFUE jest ograniczone do wyjątkowych i jasno określonych przypadków, oraz że podjęte środki nie mogą wychodzić poza ograniczenia takich przypadków⁶⁴. Jak każde inne odstępstwo od podstawowych swobód, musi być ono ściśle interpretowane⁶⁵.

⁶¹ Zob. art. 22 lit. a) dyrektywy 2004/17/WE oraz art. 10 dyrektywy 2004/18/WE w brzmieniu nadanym dyrektywą 2009/81/WE

⁶² Motyw 16 dyrektywy; zob. też wyrok z 30 września 2003 r. w sprawie T-26/01 Fiocchi Munizioni SpA, pkt 58.

⁶³ Zob. niedawne wyroki z 15 grudnia 2009 r. w sprawach C-284/05 Komisja przeciwko Finlandii, pkt 47, C-294/05 Komisja przeciwko Szwecji, pkt 45, C-372/05 Komisja przeciwko Niemcom, pkt 70, C-387/05 Komisja przeciwko Włochom, pkt 47, C-409/05 Komisja przeciwko Grecji, ust. 52, C-461/05 Komisja przeciwko Danii, pkt 53 i C-239/06 Komisja przeciwko Włochom, pkt 48.

⁶⁴ Zob. wyrok w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, ust. 22, oraz wyroki z 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-239/06, pkt 68.

⁶⁵ Zob. wyroki z 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-239/06, pkt 69.

4. W związku z tym, jeżeli państwo członkowskie zamierza w oparciu o art. 346 TFUE udzielić zamówienia objętego postanowieniami dyrektywy (lub dyrektyw 2004/17/WE lub 2004/18/WE) bez przestrzegania wymogów proceduralnych określonych w tych dyrektywach, musi zagwarantować, że wybrany środek — na przykład bezpośrednie udzielenie zamówienia konkretnemu producentowi — jest niezbędne w celu ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa.⁶⁶ Decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi zatem opierać się na jednostkowej ocenie każdego przypadku, która określa zagrożone podstawowe interesy bezpieczeństwa oraz ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, tj. niezastosowania dyrektywy, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TFUE.

W tym kontekście ważna jest świadomość, że prawo UE daje obecnie, za pośrednictwem dyrektywy 2009/81/WE, prawny instrument, który został stworzony specjalnie w celu zaspokojenia konkretnych potrzeb i wymogów zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa.

Jednakże mogą wciąż istnieć zamówienia, które na przykład wymagają spełnienia takich szczególnych warunków w zakresie bezpieczeństwa dostaw lub, które mają charakter tak tajny lub mają tak ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy dyrektywy 2009/81/WE nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa państwa członkowskiego⁶⁷. W takich przypadkach dane państwo członkowskie musi zapewnić, i w razie konieczności udowodnić, że konkretny zastosowany środek jest obiektywnie właściwy dla ochrony określonych istotnych interesów bezpieczeństwa oraz, że w zakresie jakościowym i ilościowym nie wykracza poza to co jest ściśle konieczne w tym celu.

Wynika z tego, że procedury udzielania zamówień określone w dyrektywie 2009/81/WE powinny być uznane za standardowe procedury dla udzielania zamówień w zakresie obronności i newralgicznych zamówień z dziedziny bezpieczeństwa, oraz że odwołanie się do art. 346 TFUE powinno być ograniczone do wyraźnie wyjątkowych przypadków.

3) Zakres podmiotowy

5. Dyrektywa ma zastosowanie do zamówień udzielanych przez **instytucje lub podmioty zamawiające**. Art. 1 ust. 17 określa te warunki poprzez odniesienie do art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE oraz art. 2 dyrektywy 2004/17/WE.

Zatem instytucje zamawiające to **państwo, jednostki samorządu terytorialnego, podmioty prawa publicznego** oraz związki złożone z takich jednostek lub podmiotów. **Podmiot prawa publicznego** oznacza podmiot ustanowiony w szczególnym celu zaspokajania potrzeb w interesie ogólnym, niemającym charakteru przemysłowego ani handlowego, posiadający osobowość prawną i pozostający w bliskiej zależności od państwa, jednostek samorządu terytorialnego lub innych podmiotów prawa publicznego⁶⁸. Może to dotyczyć na przykład placówek naukowych, badawczo-rozwojowych, służb ratunkowych czy policji.

Termin „**podmioty zamawiające**” obejmuje, poza instytucjami zamawiającymi, **przedsiębiorstwa publiczne**⁶⁹, które prowadzą działalność w sektorach, o których mowa w art. 3 do

⁶⁶ Zob. wyroki z 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-239/06, pkt 72.

⁶⁷ Zob. motyw 16.

⁶⁸ Zob. w sprawie szczegółów, definicję w art. 1 ust. 9 dyrektywy 2004/18/WE.

⁶⁹ „Przedsiębiorstwa publiczne” to przedsiębiorstwa, na które instytucje zamawiające mają bezpośrednio lub pośrednio dominujący wpływ z racji prawa własności, udziału finansowego lub zasad zarządzania takimi przedsiębiorstwami, zob. art. 2 ust. 1 lit. b) dyrektywy 2004/17/WE.

7 dyrektywy 2004/17/WE, oraz inne podmioty, **uwzględniając przedsiębiorstwa prywatne**, które wykonują działalność sektorową oraz korzystają **z praw szczególnych lub wyłącznych** przyznanych przez państwo członkowskie. Sektory, o których mowa w dyrektywie, uwzględniają dostawy gazu, energii cieplnej, elektryczności i wody, usługi transportowe i pocztowe, oraz obsługę portów i lotnisk⁷⁰. Dyrektywa może zatem być stosowana do firm obsługujących porty i lotniska oraz operatorów sieci dystrybucji gazu, energii cieplnej, elektryczności i wody oraz sieci transportu publicznego.

4) Zakres przedmiotowy

6. Dyrektywa obejmuje udzielanie zamówień w następujących kategoriach o wartości nie mniejszej niż progi określone w art. 8:

- **zamówienia na dostawy sprzętu wojskowego**, uwzględniając części, komponenty i/lub zespoły (art. 2 lit. a));
- **zamówienia na dostawy newralgicznego sprzętu**, uwzględniając części, komponenty i/lub zespoły (art. 2 lit. b));
- **zamówienia na roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem** wymienionym powyżej dla wszystkich elementów związanych z jego cyklem życia (art. 2 lit. c));
- **zamówienia na roboty budowlane i usługi do szczególnych celów wojskowych lub newralgiczne roboty budowlane lub usługi** (art. 2 lit. d)).

Terminy „zamówienia”, „zamówienia na roboty budowlane” oraz „zamówienia na usługi” określone są w art. 1 ust. 2, 3, 4 i 5 dyrektywy.

4.1) Zakupy do celów wojskowych

4.1.1) Dostawy sprzętu wojskowego

7. Zgodnie z art. 2 lit a) dyrektywa ma zastosowanie do zamówień udzielanych na „*dostawy sprzętu wojskowego, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów*”.

Sprzęt wojskowy określony jest w art. 1 ust. 6 jako „sprzęt specjalnie zaprojektowany lub zaadaptowany do potrzeb wojskowych i przeznaczony do użycia jako broń, amunicja lub materiały wojenne.” Motyw 10 przewiduje, że „*jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności typy produktów figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.*”⁷¹.

W odniesieniu do dostaw sprzętu wojskowego zakres przedmiotowy nowej dyrektywy jest zatem określony na podstawie tego samego wykazu, który określa również zakres zastosowania art. 346 TFUE. Odzwierciedla to podstawową koncepcję prawodawcy: dyrektywa ma stanowić ogólny system udzielania zamówień dostosowany do specyficznych wymogów udzielania zamówień z dziedziny dostaw sprzętu wojskowego, podczas gdy art. 346 TFUE przewiduje odstępstwo dla wyjątkowych sytuacji, gdzie nawet szczególne przepisy dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa państw członkowskich.

⁷⁰ Zob. w sprawie szczegółów, definicje w art. 3 do 7 dyrektywy 2004/17/WE.

⁷¹ Lista z 1958 r. została przetłumaczona w listopadzie 2008 r. na wszystkie języki UE i jest publicznie dostępna od tamtej pory (<http://register.consilium.europa.eu/pdf/pl/08/st14/st14538-re04.pl08.pdf>).

8. Jednakże wykaz z 1958 r. nie daje wyczerpującego opisu zakresu dyrektywy w odniesieniu do dostaw sprzętu wojskowego.

Po pierwsze motyw 10 wprowadza pewną elastyczność w stosowaniu wykazu z 1958 r. dla zastosowania dyrektywy. Stwierdza w szczególności, że wykaz „*ma być szeroko interpretowany w miarę rozwoju techniki, polityki zamówień i wymogów wojskowych prowadzącego do opracowania nowych typów sprzętu [obronnego]*”. Taka elastyczność wydaje się być odpowiednia w szczególności ze względu na fakt, że wykaz jest raczej ogólny i liczy sobie 50 lat. Może się zatem zdarzyć na przykład, że sprzęt wojskowy nie jest wyraźnie wymieniony w wykazie ponieważ nie istniał w 1958 r., kiedy wykaz był tworzony (np. oprogramowanie i sprzęt IT). Niemniej jednak dyrektywa obejmuje zamówienia na taki sprzęt pod warunkiem, że sprzęt jest *specjalnie zaprojektowany lub dostosowany do celów wojskowych*.

Po drugie motyw 10 stwierdza dalej, że „*dla celów niniejszej dyrektywy, jako sprzęt wojskowy należy rozumieć w szczególności [nie wyłącznie] typy produktów [nie tylko produkty] figurujące w wykazie broni, amunicji i materiałów wojennych przyjętych decyzją Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r.*”. Stwierdza wyraźnie, że „*państwa członkowskie mogą ograniczyć się wyłącznie do tego wykazu w przypadku transpozycji niniejszej dyrektywy*”. Oznacza to, że państwa członkowskie mogą również stosować inne listy, takie jak (wyraźnie wymieniona) wspólna lista sprzętu wojskowego UE, w celu nowoczesnej interpretacji wykazu z 1958 r. Ten ostatni jest zatem najważniejszym, ale nie wyłącznym odniesieniem dla opisanego zakresu stosowania.

Ponadto dla celów niniejszej dyrektywy sprzęt wojskowy oznacza nie tylko sprzęt specjalnie zaprojektowany, ale również specjalnie zaadaptowany do celów wojskowych. Również w tym względzie zakres dyrektywy jest szerszy niż zakres art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE. Podczas gdy art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE obejmuje „*jedynie sprzęt, który został skonstruowany, opracowany i wyprodukowany konkretnie dla celów wojskowych*”, dyrektywa obejmuje również „*produkty, które — choć pierwotnie przeznaczone były do użytku cywilnego — zostają później zaadaptowane do celów wojskowych w charakterze broni, amunicji lub materiałów wojennych*” (motyw 10).⁷² Może to dotyczyć na przykład „zmilitaryzowanej” wersji śmigłowca, który pierwotnie został opracowany dla rynku cywilnego. Jednakże, żeby zakwalifikować się jako „sprzęt wojskowy” w rozumieniu dyrektywy, śmigłowiec musiałby posiadać wyróżniające się wojskowe cechy techniczne (system broni, awioniki, itd.) umożliwiające mu prowadzenie misji o wyraźnie wojskowym charakterze (np. rozpoznanie, bojowe, wsparcie ogniowe, walka w powietrzu).

4.1.2) Roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym

9. Dyrektywa obejmuje nie tylko sprzęt wojskowy, ale również „*roboty budowlane, usługi i dostawy bezpośrednio związane z [takim] sprzętem*” (art. 2 lit. c)). Przepis ten podkreśla wszechstronny charakter zakresu dyrektywy. *Dostawy bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym*, na przykład specjalne narzędzia i maszyny, które są niezbędne do produkcji lub konserwacji takiego sprzętu. Może to również oznaczać dodatkowy sprzęt, taki jak specjalne kombinezony i hełmy dla pilotów samolotów bojowych. *Usługi bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym* mogą obejmować na przykład przegląd i naprawy samolotów wojskowych, czołgów, okrętów wojennych, itd. *Roboty budowlane bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym* mogą dotyczyć na przykład budowy obiektów testowych dla sprzętu wojskowego.

⁷² Zob. również komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, KOM(2006) 779 wersja ostateczna.

Ponadto dyrektywa ma zastosowanie do udzielania takich zamówień dotyczących „wszelkich elementów związanych z [...] cyklem życia” sprzętu wojskowego. Zgodnie z motywem 12 mieszczą się tu „badania i rozwój, projektowanie przemysłowe, produkcja, naprawa, modernizacja, modyfikacja, konserwacja, logistyka, szkolenie, testowanie, wycofywanie i unieszkodliwianie. Etapy te obejmują przykładowo badania, oceny, magazynowanie, transport, integrację, serwisowanie, demontaż, niszczenie oraz wszelkie inne usługi następujące po fazie zaprojektowania.”

10. Należy zauważyć, że termin „bezpośrednio związane” oznacza, że musi istnieć bliski związek między danymi robotami budowlanymi, usługami lub dostawami a sprzętem wojskowym. 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, z którym są związane.

4.1.3) Usługi i roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych

11. Dyrektywa ma zastosowanie również do usług i robót budowlanych do „szczególnych celów wojskowych” art. 2 lit. d). Dotyczy to usług i robót budowlanych, które nie są bezpośrednio związane ze sprzętem wojskowym, ale mają szczególny cel wojskowy. Takie „niezależne” usługi mogą uwzględniać na przykład transport wojska. Roboty budowlane do szczególnych celów wojskowych mogą być związane na przykład z budową pasa startowego lub schronów przeciwlotniczych i przeciwatomowych.

Sposób sformułowania tych przepisów jasno wskazuje, że usługi i roboty budowlane, o których mowa, muszą być zamawiane do szczególnych celów wojskowych. Wynika z tego, że zamówienia na roboty budowlane i usługi, których to nie dotyczy, muszą być udzielane zgodnie z dyrektywami 2004/18/WE i 2004/17/WE⁷³. Decydującym elementem jest zatem cel przypisany robotom budowlanym i usługom przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający na początku procedury udzielania zamówienia.

4.2) Bezpieczeństwo

4.2.1) Dostawy newralgicznego sprzętu, newralgiczne roboty budowlane i newralgiczne usługi

12. Zgodnie z art. 2 dyrektywa ma zastosowanie do zamówień udzielanych na „dostawy newralgicznego sprzętu, w tym wszelkich jego części, komponentów lub podzespołów” (lit. b)) oraz na „newralgiczne roboty budowlane lub usługi” (lit. d)).

W tym obszarze definicja zakresu jest nieuchronnie bardziej ogólna niż w przypadku obronności, ponieważ samo pojęcie „bezpieczeństwa” jest ogólne. 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.

Motyw 11 określa cel newralgicznych zamówień objętych zakresem dyrektywy i podaje pewne przykłady obszarów, w których takie zamówienia mogą najprawdopodobniej wystąpić: „W konkretnej dziedzinie sektora bezpieczeństwa niewojskowego, dyrektywa ta powinna doty-

⁷³ Zob. wyrok w sprawie C-337/05, Komisja przeciwko Włochom.

czyć zamówień, które posiadają cechy podobne do zamówień w sektorze obrony i mają charakter równie newralgiczny. Może tak być szczególnie w dziedzinach, gdzie te same misje prowadzone są przez siły wojskowe i niewojskowe lub tam, gdzie celem zamówienia jest ochrona bezpieczeństwa Unii lub państw członkowskich przed poważnymi zagrożeniami ze strony podmiotów pozamilitarnych lub pozarządowych na ich własnym terytorium lub poza nim. Może to obejmować przykładowo ochronę granic, działania policji oraz misje kryzysowe.”

Ponieważ bezpieczeństwo jest szerokim pojęciem, dyrektywa dotyczy dużej liczby instytucji zamawiających w różnych obszarach (policja, służby celne, ochrona cywilna, itd.), które mogą należeć do poziomu krajowego, regionalnego, a nawet lokalnego. Może się również zdarzyć, że instytucje zamawiające w dziedzinie obronności zamawiają newralgiczny sprzęt, roboty budowlane i usługi, które nie mają charakteru lub celu wojskowego. Ponadto dyrektywa 2009/81/WE również ma zastosowanie do zamówień udzielanych przez podmioty zamawiające zgodnie z dyrektywą 2004/17/WE. Może to dotyczyć w szczególności zarządców kluczowej infrastruktury w sektorach takich jak transport energii, które często potrzebują ochrony przeciwko zagrożeniom wymienionym w motywie 11.

13. Art. 1 ust. 7 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.*” Informacje niejawne z kolei definiuje art. 1 ust. 8 jako „*wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które — w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim — wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem*”.

Zatem definicja oparta jest na dwóch aspektach: sprzęt, roboty budowlane i usługi, o których mowa, muszą:

- 1) mieć cel związany z bezpieczeństwem
- 2) wiązać się z korzystaniem z informacji niejawnych, wymagać ich wykorzystania lub zawierać je.

Cel bezpieczeństwa: wymóg ten oznacza, że sprzęt, roboty budowlane i usługi muszą być zamawiane do użycia w celu (wojskowym lub niewojskowym) związanym z bezpieczeństwem. W przeciwieństwie do definicji sprzętu wojskowego z art. 1 ust. 6, ta definicja nie wymaga, by sprzęt był specjalnie zaprojektowany lub zaadoptowany do celów bezpieczeństwa.

Informacje niejawne: odniesienie do informacji niejawnych stanowi fundamentalny element definicji. Sprzęt, roboty budowlane lub usługi muszą wiązać się z dostępem do informacji niejawnych. Zgodnie z art. 1 ust. 8 informacje niejawne wymagają ochrony „w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim”. Zatem niejawność i ochrona musi wynikać z zastosowania ustawy, rozporządzenia lub przepisów administracyjnych. Przy braku takich podstaw regulacyjnych instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający nie może decydować z własnej inicjatywy o uznaniu pewnych informacji za niejawne lub chronione. Ponadto niejawność lub ochrona musi być przypisana w imię interesów bezpieczeństwa narodowego (wojskowych lub niewojskowych). Obejmuje to również informacje niejawne UE (bez względu na to, czy zostały zakwalifikowane jako takie przez instytucje UE czy instytucje

krajowe). Jednakże wyłącza to informacje, które są niejawne lub chronione z innych względów, takich jak ochrona prywatności, ochrona danych lub interesów ekonomicznych.

4.2.2) Roboty budowlane, dostawy i usługi bezpośrednio związane z newralgicznym sprzętem

14. Hipoteza ta podlega warunkom opisanym już w punkcie 3.1.2. Roboty budowlane, dostawy i usługi, o których mowa muszą być tak blisko związane z newralgicznym sprzętem, że nie mogą być konstruktywnie wykorzystane bez tego sprzętu.

5) Zamówienia mieszane

15. Art. 3 dyrektywy zawiera zestaw zasad związanych z tak zwanymi „zamówieniami mieszanymi”, tj. z zamówieniami, których przedmiotem są różne dostawy, roboty budowlane lub usługi, z których część podlega dyrektywie 2009/81/WE, a część nie. Przepis ten jest inspirowany art. 9 ust. 2 i 3 dyrektywy 2004/17/WE.

Rozróżnia on dwie sytuacje:

- 1) Zamówienie łączy elementy podlegające dyrektywie 2009/81/WE oraz elementy podlegające dyrektywie 2004/17/WE lub dyrektywie 2004/18/WE. Może się tak zdarzyć na przykład, jeżeli instytucje/podmioty zamawiające dokonują zakupu newralgicznego sprzętu oraz nienewralgicznego sprzętu w jednym postępowaniu.
- 2) Zamówienie obejmuje elementy podlegające dyrektywie 2009/81/WE oraz elementy, które znajdują się poza zakresem dyrektyw dotyczące zamówień publicznych (dyrektywy 2009/81/WE, 2004/17/WE i 2004/18/WE). Może się tak zdarzyć, jeżeli część dużego zamówienia na sprzęt wojskowy podlega art. 346 TFUE.

W obydwu przypadkach zastosowanie mają te same zasady: instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zastosować mniej restrykcyjną procedurę dla całego zamówienia, pod warunkiem, że decyzja o udzieleniu jednego zamówienia jest uzasadniona z obiektywnych względów i nie została podjęta w celu wyłączenia zamówień z zakresu zastosowania dyrektywy 2009/81/WE lub dyrektyw 2004/18/WE i 2004/17/WE. Dlatego też w przypadku (1) całego zamówienia udziela się zgodnie z dyrektywą 2009/81/WE, podczas gdy w przypadku (2) zamówienie nie podlega zastosowaniu dyrektyw.

Należy zwrócić uwagę, że wskutek zastosowania tych zasad wyłączają się zamówienia z zakresu dyrektyw, które normalnie miałyby do niego zastosowanie. W związku z tym art. 3 musi być ściśle interpretowany. Instytucje/podmioty zamawiające opierające się na tym przepisie muszą udowodnić, że różne komponenty zamówienia mieszane są obiektywnie powiązane w sposób, który sprawia, że niezbędne jest udzielenie jednego zamówienia jednemu wykonawcy.⁷⁴ Ścisła interpretacja jest szczególnie istotna w przypadkach, gdzie zastosowanie art. 3 prowadziłoby do zwolnienia zamówienia mieszane z prawa UE na podstawie art. 346 TFUE. W takim przypadku musiałaby zostać zapewniona proporcjonalność środka jako całości, tj. niestosowanie dyrektywy do całości zamówienia.

⁷⁴ Zob. wyrok z 6 maja 2010 r. w połączonych sprawach C-145/08 i C-149/08 Club Hotel Loutraki/IE, paragraphs 45 to 64.

V. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA WYŁĄCZEŃ SZCZEGÓLNYCH

1. Sekcja 3 rozdziału II Dyrektywy 2009/81/WE (zwanej dalej „Dyrektywą”) dotyczy zamówień wyłączonych z zakresu Dyrektywy. Część wyłączeń została przejęta z dyrektyw 2004/17/WE oraz 2004/18/WE, inne zaś zostały dostosowane lub nowo utworzone w celu dopasowania do swoistej sytuacji sektorów obronności i bezpieczeństwa. Niniejsza nota dotyczy tych dostosowanych lub nowych wyłączeń, a mianowicie wyłączeń związanych z:

- procedurami międzynarodowymi (artykuł 12),
- ujawnianiem informacji (artykuł 13 a)),
- działalnością wywiadowczą (artykuł 13 b)),
- programami współpracy (artykuł 13 c)),
- zamówieniami udzielanymi w państwach trzecich (artykuł 13 d)), oraz
- zamówień udzielanych przez rząd innemu rządowi (artykuł 13 f)).

Wyłączenie określonych usług badawczych i rozwojowych (artykuł 13 lit. c) Dyrektywy 2009/81/WE nie zostało w tej nocie uwzględnione, ze względu na fakt przejęcia go bez zmian z dyrektywy 2004/18/WE. Jednakże wyłączeniem tym zajęto się w nocie dotyczącej badań i rozwoju.

1) Zasady

2. Art. 11 dyrektywy stanowi, że *„nie można korzystać z zasad, procedur, programów, układów, porozumień lub zamówień, o których mowa w niniejszej sekcji w celu omijania postanowień niniejszej dyrektywy”*. Przepis ten służy przypomnieniu orzecznictwa ETS, wyraźnie zabraniającego wykorzystywania konstrukcji prawnych zwolnionych od stosowania zasad UE, dotyczących zamówień publicznych, w celu ominięcia transparentnych i konkurencyjnych procedur udzielania zamówień bez obiektywnych przyczyn.⁷⁵

Należy również zauważyć, że zgodnie z ugruntowanym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, przepisy dopuszczające wyjątki od zasad zamówień publicznych, muszą być interpretowane ściśle.⁷⁶ Oznacza to, że wyłączenia z zakresu zastosowania Dyrektywy, określone w art. 12 i 13, muszą być ograniczone do zamówień, które zostały wskazane w tych przepisach. Ciężar dowodzenia, że dane zamówienie mieści się w ramach jednego z tych wyłączeń spoczywa na instytucjach/podmiotach zamawiających, które zamierzają się na nie powołać.

Wreszcie, instytucje/podmioty zamawiające zamierzające powołać się na wyjątki określone w art. 12 i 13 w celu udzielenia zamówienia bez ogłaszania mogą rozważyć opublikowanie dobrowolnego ogłoszenia ex ante, zgodnie z art. 60 ust. 4 i 64 Dyrektywy. Poprzez opublikowanie takiego ogłoszenia instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający formalnie ogłasza i uzasadnia swoją decyzję o udzieleniu zamówienia bez wcześniejszej publikacji ogłoszenia o zamówieniu w Dzienniku Urzędowym. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający opublikował takie ogłoszenie ex ante i dochował okresu zawieszenia trwającego 10 dni od publikacji, zamówienie nie może zostać uznane za bezskuteczne poprzez zastosowanie art. 60 ust. 1 Dyrektywy.

⁷⁵ Zob. np. wyrok z 9 czerwca 2009 r. w sprawie C-480/06 Komisja Wspólnot Europejskich przeciwko Republice Federalnej Niemiec, ust. 48.

⁷⁶ Zob. wyrok z 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, ust. 64.

2) Artykuł 12: procedury międzynarodowe

2.1. Zasady

3. Art. 12 został zaadaptowany z art. 15 Dyrektywy 2004/18/WE. Nie odnosi się on bezpośrednio do obronności, ani nie wyklucza bezpieczeństwa. W praktyce jednak dotyczy głównie obronności, ponieważ porozumienia/umowy międzynarodowe oraz organizacje wymienione w tym postanowieniu funkcjonują zwykle w sferze obronności.

Niniejszy przepis wyłącza zamówienia udzielone przez instytucje/podmioty zamawiające z państw członkowskich zgodnie ze szczególnymi zasadami proceduralnymi przewidzianymi w porozumieniu lub umowie międzynarodowej lub przez organizację międzynarodową. Jego celem jest umożliwienie niestosowania procedur udzielania zamówień wynikających z Dyrektywy w przypadkach, gdy przepisy międzynarodowe określają wymagania proceduralne dla udzielania zamówień. Co za tym idzie, wyłączenie może zostać zastosowane wyłącznie, gdy dane zamówienie objęte jest zakresem przepisów międzynarodowych (zgodnie z lit. od a) do c)), które określają szczególną procedurę dla udzielenia takiego zamówienia. Mając na uwadze zasady określone powyżej w pkt.1), wyrażenie „szczególne zasady proceduralne” należy interpretować ściśle. Należy je rozumieć jako wymóg istnienia zestawu odrębnych przepisów, które konkretnie dotyczą udzielania zamówień i podają minimum elementów określających zasady oraz kroki, zgodnie z którymi należy postępować przy udzielaniu zamówień.

Umowa lub porozumienie, które nie ustanawiają konkretnych zasad i procedur udzielania zamówień, nie kwalifikują się do zastosowania art. 12. Jeżeli, na przykład, państwa członkowskie i państwa trzecie podpisują memorandum o porozumieniu (*Memorandum of Understanding*) dotyczące łączenia lub dzielenia potencjałów, które będą musiały zostać zamówione, zamówienia te podlegałyby art. 12 lit. a) tylko w przypadku, gdyby memorandum (MoU) zawierało konkretne zasady dotyczące zamówień i procedury, które odnosiłyby się do tych zakupów. Jeżeli nie, zainteresowane państwa członkowskie muszą udzielić stosownego zamówienia zgodnie z jedną z procedur opisanych w Dyrektywie.

Art. 12 nie zawiera żadnych konkretnych wymagań dotyczących treści przedmiotowych zasad udzielania zamówień. Jednakże w tym kontekście należy pamiętać o podstawowych obowiązkach państw członkowskich wynikających z art. 4 ust. 3 Traktatu UE (dawny artykuł 10 Traktatu WE), „*podejmowania wszelkich środków ogólnych lub szczególnych właściwych dla zapewnienia wykonania zobowiązań wynikających z Traktatów lub aktów instytucji Unii*”, „*ułatwiania wypełniania przez Unię jej zadań*” oraz „*powstrzymywania się od podejmowania wszelkich środków, które mogłyby zagrażać urzeczywistnieniu celów Unii*”. Zgodnie z orzecznictwem ETS, z postanowienia tego wynika, że państwa członkowskie nie mogą przyjmować zobowiązań prawa międzynarodowego, które mogłyby wpływać na zasady UE lub zmieniać ich zakres.⁷⁷

W końcu należy również zauważyć, że dla celów tej Dyrektywy, członkowie EOG nie są uznawani za państwa trzecie.

2.2) Umowy lub postanowienia międzynarodowe pomiędzy państwami członkowskimi i państwami trzecimi

4. Art. 12 lit. a) dotyczy zamówień podlegających „*szczególnym zasadom proceduralnym zgodnie z umową międzynarodową lub porozumieniem zawartym między jednym lub wieloma państwami członkowskimi a jednym lub wieloma państwami trzecimi.*”

⁷⁷ Zob. wyrok z 31 marca 1971 r. w sprawie 22/70 Komisja przeciwko Radzie, ust. od 21 do 22.

Wyłączenie to jest bardzo ogólne. W przeciwieństwie do art. 15 lit. a) dyrektywy 2004/18/WE, nie zawiera żadnych ograniczeń dotyczących treści umowy/porozumienia, które w związku z tym może dotyczyć każdej kwestii związanej z obronnością lub bezpieczeństwem. Uwzględnienie terminu „porozumienie” — który również nie pojawia się w art. 15 dyrektywy 2004/18/WE — jasno daje do zrozumienia, że postanowienie to obejmuje nie tylko traktaty międzynarodowe ratyfikowane przez parlamenty narodowe, ale również memoranda o porozumieniu podpisane na szczecelu zainteresowanych ministerstw. Jednakże przepis ten ograniczony jest do aktów zawartych pomiędzy państwami i rządami; nie obejmuje umów i porozumień z innymi osobami prawnymi, takimi jak przedsiębiorstwa prywatne lub publiczne, nawet jeżeli są one w pełni własnością i/lub kontrolowane przez państwo.

Zastosowanie tego przepisu zależy zatem od spełnienia trzech warunków:

- (1) Udzielane zamówienie musi być objęte umową lub porozumieniem międzynarodowym.
- (2) Umowa ta lub porozumienie muszą być zwarte pomiędzy jednym lub większą liczbą państw członkowskich a jednym lub większą liczbą krajów trzecich.
- (3) Umowa lub porozumienie muszą zawierać konkretne przepisy proceduralne regulujące udzielanie danego zamówienia.

2.3) Umowy lub porozumienia międzynarodowe odnoszące się do stacjonowania wojsk

5. Art. 12 lit. b) wyłącza zamówienia podlegające przy udzielaniu „szczególnym zasadom proceduralnym na podstawie zawartej umowy międzynarodowej lub zawartego porozumienia międzynarodowego związanych ze stacjonowaniem wojsk i dotyczących przedsiębiorstw państwa członkowskiego lub kraju trzeciego”.

Poza uwzględnieniem porozumień międzynarodowych, wyłączenie to zostało przejęte bez zmian z art. 15 dyrektywy 2004/18/WE. Przepis ten, pochodzący z czasów zimnej wojny, nie ma prawdopodobnie dzisiaj istotnego znaczenia, szczególnie uwzględniając fakt, że art. 12 lit. a) obejmuje już wszystkie umowy i porozumienia międzynarodowe pomiędzy państwami członkowskimi a krajami trzecimi. Jednakże dużo węższy zakres art. 12 lit. b) może okazać się istotny w praktyce w przypadkach, gdy umowa lub porozumienie dotyczące stacjonowania wojsk zawierane są wyłącznie pomiędzy państwami członkowskimi. Zgodnie z motywem 26, przepis ten dotyczy nie tylko stacjonowania wojsk z państwa członkowskiego w kraju trzecim, lub stacjonowania wojsk państwa trzeciego w państwie członkowskim, ale również stacjonowania wojsk państwa członkowskiego w innym państwie członkowskim, w określonym lub nieokreślonym okresie.

2.4) Zasady udzielania zamówień przez organizacje międzynarodowe

6. Art. 12 lit. c) określa szczególne wyłączenie dotyczące zamówień udzielanych przez instytucje/podmioty zamawiające zgodnie z zasadami proceduralnymi organizacji międzynarodowej dokonującej zakupów na własne cele.

Termin „organizacja międzynarodowa” nie jest zdefiniowany w Dyrektywie. Zwykle odnosi się on do stałej instytucji o odrębnej osobowości prawnej, ustanowionej w traktacie zawartym pomiędzy suwerennymi państwami lub organizacjami międzyrządowymi oraz posiadającej własne zasady oraz struktury organizacyjne. W dziedzinie obronności główny przykład stanowi NATO.

Art. 12 lit. c) odnosi się konkretnie do „zamówień, które muszą być udzielane przez państwa członkowskie” zgodnie z zasadami proceduralnymi organizacji międzynarodowej. Może tak być na przykład w przypadku, gdy państwo członkowskie działa w imieniu organizacji międzynarodowej lub otrzymuje wkład finansowy od tej organizacji międzynarodowej na zrealizowanie zamówienia. W takich okolicznościach, konkretne przepisy proceduralne narzucone przez tę organizację, wyłączają zastosowanie procedur udzielania zamówień wynikających z Dyrektywy.

7. Zakupy dokonywane przez organizację międzynarodową we własnym imieniu oraz na własne cele znajdują się poza zakresem obowiązywania Dyrektywy. Jednakże odnosząc się konkretnie do „szczególnych zasad proceduralnych organizacji międzynarodowej zakupującej do własnych celów”, przepis wskazuje na fakt, że zakupy dokonywane przez organizację międzynarodową na rzecz swoich członków lub osób trzecich nie mogą zostać wyłączone z zakresu Dyrektywy.

Taka sytuacja może mieć miejsce, gdy organizacja międzynarodowa działa wyłącznie jako pośrednik w imieniu jednego ze swoich członków (a zamówienie zawierane jest między tym członkiem a dostawcą), lub gdy organizacja po prostu odsprzedaże swojemu członkowi towary, roboty budowlane lub usługi (które nabyła od wykonawców na wniosek tego członka). W każdym przypadku, państwa członkowskie nie mogą wykorzystywać udzielania zamówień poprzez organizacje międzynarodowe w celu obejścia przepisów dyrektywy (art. 11).

3) Artykuł 13: Wyłączenia szczególne

3.1) Ujawnienie informacji

8. Zgodnie z art. 13 lit a), dyrektywa nie ma zastosowania do „zamówień, w przypadku których stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa.” Wyłączenie to opiera się na art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE, który stanowi, że „żadne państwo członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa.” Główna różnica polega na tym, że tekst art. 346 ust. 1 lit a) TFUE stwierdza tylko istnienie prawa do nieujawniania informacji, ale nie określa dalszych działań związanych z takim nieujawnieniem. Art. 13 lit. a) przeciwnie, wyraźnie ustanawia związek między nieujawnieniem informacji a niestosowaniem Dyrektywy. To doprecyzowanie wydaje się szczególnie istotne dla zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego, które nie są objęte art. 346 ust. 1 lit. b).

9. Motyw 27 wyjaśnia, które zamówienia objęte są wykluczeniem na mocy art. 13 lit. a), mianowicie „zamówienia, które mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich niniejszej dyrektywy byłoby niewłaściwe, pomimo jej szczególnej natury.” Motyw 27 wymienia również obszary bezpieczeństwa, które są szczególnie newralgiczne oraz gdzie zamówienia mogą w związku z tym mieć szczególnie poufny charakter. Dotyczy to „szczególnie newralgicznych zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, takich jak przykładowo niektóre zakupy przewidziane do ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez policję i służby bezpieczeństwa”.

Lista ta ma charakter orientacyjny i odnosi się do „niektórych zakupów.” Oznacza to, że nie wszystkie zamówienia udzielone w tym zakresie objęte są automatycznie wyłączeniem na mocy artykułu 13 lit. a), ale również to, że równie newralgiczne przypadki mogą również wy-

stąpić w innych obszarach. Lista z motywu 27 wskazuje również, że art. 13 lit. a) został wprowadzony zasadniczo w celu umożliwienia wyraźnego wyłączenia wysoce poufnych zamówień związanych z bezpieczeństwem niewojсковym.

10. Zgodnie z art. 11, art. 13 lit. a) należy interpretować ściśle⁷⁸, a ciężar dowodu, że dane zamówienie mieści się w ramach określonego wyłączenia, spoczywa na instytucjach/podmiotach zamawiających, które zamierzają się na nie powołać. Ponadto zasada proporcjonalności ma zastosowanie zarówno do stosowania art. 346 TFUE, jak i art. 13 lit. a). Jest to szczególnie istotne, ponieważ uzasadnienie zastosowania tego wyłączenia oraz zastosowania wyłączenia na mocy traktatu może często być bardzo podobne.

3.2) Działalność wywiadowcza

11. Art. 13 lit. b) stanowi wyłączenie dostosowane do potrzeb szczególnej kategorii wysoce newralgicznych zamówień, mianowicie „*zamówień do celów działalności wywiadowczej*.” Zgodnie z motywem 27, dotyczy to „*zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie*.” Przepis ten opiera się na założeniu, że zamówienia związane z wywiadem są z definicji zbyt newralgiczne, by można ich udzielać w ramach przejrzystej i konkurencyjnej procedury. Obejmuje przypadki, w których inne instytucje publiczne udzielają zamówień służbom wywiadowczym na specjalne towary, roboty budowlane czy usługi (np. ochrona rządowych sieci IT), jak również przypadki, w których służby wywiadowcze udzielają zamówień do celów swoich działań wywiadowczych.

12. Art. 13 lit. b) odnosi się do działań wywiadowczych, nie do służb lub agencji wywiadowczych. Ponadto, motyw 27 pozostawia państwom członkowskim zdefiniowanie „*działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych*.” Prawodawca wybrał takie podejście z dwóch względów. Po pierwsze nie wszystkie zakupy dokonywane przez służby wywiadowcze są koniecznie tak newralgiczne, żeby nie mogły być zastosowane zasady udzielania zamówień UE; co za tym idzie wyłączenie obejmuje tylko te zakupy, które dokonywane są do celów działalności wywiadowczej. Po drugie nie istnieje jedna, powszechnie przyjęta definicja wywiadu, a sposób organizacji działań wywiadowczych jest różny w krajach członkowskich. Definicja zakresu art. 13 lit. b) bierze tę różnorodność pod uwagę i obejmuje zakupy do celów wszystkich typów działań wywiadowczych, bez względu na to czy dana służba czy agencja wywiadowcza odpowiada za pełnienie danej funkcji wywiadowczej (wojskowej, bezpieczeństwa, kryminalnej lub wywiadu zewnętrznego) lub jest wyspecjalizowana w zbieraniu informacji z pewnych źródeł (np. rozpoznanie obrazowe lub rozpoznanie sygnałów elektromagnetycznych).

13. Tak jak wszystkie inne wyłączenia, art. 13 lit. b) należy stosować w świetle art. 11 i należy go interpretować ściśle.⁷⁹ Oznacza to, że wyłączenie to należy ograniczyć do zamówień, których typ został określony w tym przepisie i nie można stosować go do innych sytuacji w drodze analogii.

3.3) Programy współpracy

14. Art. 13 lit. c) określa szczególne wyłączenie dla programów współpracy opartych na badaniach i rozwoju. Dyrektywa nie ma zastosowania do „*zamówień udzielonych w ramach*

⁷⁸ Zob. wyrok z 13 grudnia w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, ust. 64.

⁷⁹ Zob. wyrok z 13 grudnia 2007 w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, ust. 64.

programu współpracy opartego na badaniach i rozwoju, prowadzonych wspólnie przez przynajmniej dwa państwa członkowskie nad opracowaniem nowego produktu oraz, tam gdzie ma to zastosowanie, do późniejszych etapów całości lub części okresu funkcjonowania tego produktu."

Wyłączenie to uznaje szczególną rolę programów współpracy we wzmacnianiu militarnego potencjału Europy oraz ustanowienia prawdziwie europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej sektora obronnego (EDTIB), jako że programy takie „pomagają [...] w opracowywaniu nowych technologii i wiążą się z wysokimi kosztami w dziedzinie badań i opracowywania złożonych systemów broni” (motyw 28).

15. Decydującym kryterium zastosowania art. 12 lit. c) jest charakter programu oraz jego cel, mianowicie rozwój **nowego** produktu. Stąd jedynie programy współpracy oparte na badaniach i rozwoju zgodnie z definicją określoną art. 1 ust. 27 oraz wyjaśnioną w motywie 13 mogą podlegać wyłączeniu na podstawie art. 13 lit. c). Natomiast wspólne zakupy gotowego sprzętu nie mogą podlegać art. 13 lit. c), nawet jeżeli dokonuje się technicznych adaptacji w celu dostosowania sprzętu do indywidualnych potrzeb.⁸⁰

W rezultacie program współpracy w rozumieniu art. 13 lit. c) musi zawierać etap badań i rozwoju. Jak wskazuje wyrażenie „gdzie ma to zastosowanie” program może zawierać późniejsze etapy cyklu życia produktu, takie jak produkcja i konserwacja. W takim przypadku, zamówienia odnoszące się do tych późniejszych etapów również podlegają wyłączeniu, pod warunkiem że zamówienia te udzielono w ramach programu współpracy. Natomiast państwo członkowskie, które uczestniczy w etapie badań i rozwoju, ale podejmuje decyzję o dokonaniu zakupów dla późniejszych etapów programu oddzielnie (tj. poza ramami współpracy i za pośrednictwem krajowej instytucji zamawiającej) musi zastosować przepisy dyrektywy przy udzielaniu tych zamówień.

16. Art. 13 lit. c) ma zastosowanie do wszystkich zamówień udzielonych przez, lub w imieniu, instytucji/podmiotów zamawiających z państw członkowskich w ramach programu współpracy. Motyw 28 wyraźnie uwzględnia programy zarządzane przez organizacje międzynarodowe, takie jak agencje OCCAR lub NATO, lub przez agencje Unii takie jak EAO, które następnie udzielają zamówień w imieniu państw członkowskich. To samo dotyczy zamówień udzielanych przez instytucje/podmioty zamawiające jednego państwa członkowskiego według modelu „państwa wiodącego”, działających w imieniu jednego lub większej liczby innych państw członkowskich.

Programy współpracy muszą być „*prowadzone wspólnie przez przynajmniej dwa państwa członkowskie*.” Udział może, ale nie musi być ograniczony do państw członkowskich UE. Innymi słowy programy współpracy z udziałem krajów trzecich również podlegają wyłączeniu. W każdym przypadku zgodnie z art. 11 (zob. punkt 1 powyżej), wyrażenia „*prowadzony wspólnie*” oraz „*program współpracy*” oznaczają, że program musi być oparty na koncepcji rzeczywistej współpracy. Dlatego udział w programie współpracy oznacza więcej niż tylko zakup sprzętu, ale uwzględnia w szczególności proporcjonalny podział ryzyka technicznego i finansowego oraz możliwości, udział w zarządzaniu oraz podejmowaniu decyzji w ramach programu.

⁸⁰ Zgodnie z art. 10 dyrektywy, zakupów takich można dokonywać za pośrednictwem centralnych jednostek zakupujących: jeżeli zamówienia udzielane są przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający z państwa członkowskiego w imieniu innego państwa członkowskiego, to pierwsze musi zastosować się do dyrektywy; jeżeli zamówienia udzielane są przez europejski organ publiczny, zastosowane reguły udzielania zamówień muszą być zgodne ze wszystkimi postanowieniami dyrektywy, a udzielone zamówienia muszą podlegać skutecznym środkom ochrony prawnej porównywalnym z tymi przewidzianymi w tytule IV dyrektywy.

17. W celu zagwarantowania, by wykluczenie pozostało ograniczone do programów rzeczywistej współpracy, art. 13 lit. c) stanowi, że *„po rozpoczęciu takiego programu współpracy wyłącznie między państwami członkowskimi, państwa członkowskie informują Komisję o części wydatków na badania i rozwój odnoszących się do ogólnych kosztów programu współpracy, porozumienia o podziale kosztów, a także o planowanych zakupach dla każdego państwa członkowskiego, o ile są one przewidziane.”* Pierwsza część przepisu oznacza, że z jednej strony państwa członkowskie muszą poinformować Komisję na najwcześniejszym etapie programu współpracy, tj. natychmiast po wejściu w życie danego porozumienia lub umowy, a z drugiej strony zawiadomienie to nie jest konieczne, jeżeli jedno lub kilka krajów trzecich jest zaangażowanych w program.

Końcowa część przepisu wymienia informacje, które państwa członkowskie muszą przekazać Komisji. Mimo że nie określa on jak szczegółowe muszą być informacje dotyczące udziału badań i rozwoju, podziału kosztów oraz planowanego podziału zakupów, ogólny sens tego przepisu wskazuje, że informacje muszą być wystarczające do wykazania: (1) że dany program dotyczy rozwoju nowego produktu; oraz (2) że udział państw członkowskich jest więcej niż tylko symbolicznym wkładem do programu krajowego.

Z uwagi na różnice między budżetami na obronność państw członkowskich, wielkość poszczególnych wkładów do programów współpracy może znacznie się różnić. Komisja bierze to pod uwagę w swojej ocenie udziału badań i rozwoju w programie, podziału kosztów oraz udziału w planowanych zakupach. Ponadto ocena nie będzie opierać się głównie na podejściu ilościowym, ale skupi się na charakterze współpracy programu oraz jakości udziału każdego z państw członkowskich. Innymi słowy, wyłączenie na mocy art. 13 lit. c) uznawane jest za zgodne z art. 11, jeżeli program oparty jest na prawdziwie kooperacyjnej koncepcji.

18. Państwo członkowskie, które przystępuje do programu współpracy po zakończeniu etapu badań i rozwoju może skorzystać z wyłączenia, na mocy art. 13 lit. c), dla dalszych etapów cyklu życia produktu, pod warunkiem że staje się pełnoprawnym członkiem programu. Oznacza to, że jego udział jest sformalizowany w umowie lub porozumieniu z innymi państwami członkowskimi oraz określa konkretne prawa i obowiązki, które zarezerwowane są dla członków programu współpracy. W takim przypadku dane państwo członkowskie musi również zgłosić swoje przystąpienie do programu.

3.5) Zamówienia udzielane w państwach trzecich

19. Zgodnie z art. 13 lit. d), dyrektywa nie ma zastosowania do *„zamówień udzielonych w państwie trzecim, w tym zamówień cywilnych realizowanych podczas rozmieszczenia sił poza terytorium Unii, w przypadku gdy względy operacyjne wymagają udzielenia ich wykonawcom usytuowanym w strefie prowadzenia działań.”*

W przeciwieństwie do art. 12 lit. b), który dotyczy stacjonowania wojsk w UE oraz poza jej granicami na podstawie umowy lub porozumienia międzynarodowego, art. 13 lit. d) jest dostosowany do operacji zarządzania kryzysowego poza granicami UE. Dotyczy on sytuacji, w których siły zbrojne i/lub siły bezpieczeństwa rozmieszczone są tymczasowo dla celów konkretnych działań o charakterze cywilnym, wojskowym lub cywilno-wojskowym. W takich sytuacjach instytucje/podmioty zamawiające rozmieszczone na terenie operacji mogą nie stosować przepisów niniejszej Dyrektywy, w przypadku gdy udzielają one zamówień wykonawcom usytuowanym w miejscu prowadzenia działań, pod warunkiem, że zamówienia te są podyktowane wymogami operacyjnymi.

20. Motyw 29 potwierdza, że wyłączenie to ma zastosowanie tylko do zamówień udzielanych przez instytucje/podmioty zamawiające znajdujące się na terenie operacji, to znaczy do zamówień udzielanych przez personel instytucji/podmiotów zamawiających rozmieszczony na terenie operacji.

21. Art. 1 ust. 28 definiuje zakupy cywilne jako „zamówienia niepodlegające art. 2, obejmujące zamówienia na produkty niewojskowe, roboty budowlane lub usługi do celów logistycznych.” Jednakże te zakupy niewojskowe są mimo to ograniczone. Zgodnie z art. 1 ust. 28 muszą być to zakupy do celów logistycznych, takich jak: magazynowanie, transport, dystrybucja, konserwacja oraz rozmieszczenie materiałów; transport personelu; nabycie lub wybudowanie, konserwacja, eksploatacja oraz rozmieszczenie urządzeń; nabycie lub świadczenie usług, wsparcie usług medycznych i zdrowotnych; dostarczanie żywności i wody, itd. Wiele z tych zakupów podlegałaby prawdopodobnie art. 2 (w szczególności lit. c) i d)), ale nie można wykluczyć, że czysto cywilne zakupy mogłyby również zostać uwzględnione (np. zakup podstawowych dostaw i robót budowlanych). We wszystkich przypadkach wojskowych lub nie, zakupy takie muszą być zakupami „bezpośrednio powiązanymi z prowadzeniem tych operacji” (motyw 29).

22. Względy operacyjne: chociaż termin „względy operacyjne” nie został zdefiniowany, jasne jest, że tylko wymogi wynikające z samej operacji uzasadniają zastosowanie tego wyłączenia. Może się tak stać, gdy na przykład, udzielenie zamówień dostawcom z UE przeciążałoby linie zaopatrzenia i oznaczało niewspółmierne koszty transportu oraz opóźnienia, lub gdy zaangażowanie dostawców z UE wymagałoby dodatkowych środków bezpieczeństwa, które osłabiłyby potencjał militarny wojsk w danym terenie. W każdym przypadku to prowadzenie operacji musi wymagać udzielenia zamówień lokalnym wykonawcom i w konsekwencji wyłączenia możliwości zastosowania procedur dyrektywy. Ponadto brzmienie zarówno art. 13 lit. d) („względy”, „wymagają”) oraz motywu 29 („podyktowane”, „wymogami”) sugeruje wąską interpretację i restrykcyjne stosowanie wyłączenia.

23. Strefa prowadzenia działań: zgodnie z oświadczeniem Komisji załączonym do protokołu Rady przyjmującej dyrektywę, strefa prowadzenia działań (w której znajdują się wykonawcy) „powinna być rozumiana, dla potrzeb niniejszej dyrektywy, jako kraj trzeci/kraje trzecie, w których operacja obronna lub operacja związana z bezpieczeństwem prowadzona jest we współpracy z tymi krajami trzecimi w okolicznej strefie geograficznej.” Definicja ta bierze pod uwagę rzeczywistość takich operacji, gdzie sytuacja w terenie może być tak trudna, że najbliższy wykonawca, któremu można udzielić zamówienia znajduje się poza granicami kraju, w którym prowadzona jest operacja. Strefa okoliczna może rozciągać się poza państwa bezpośrednio sąsiadujące, ale powinna być ograniczona do geograficznego sąsiedztwa w celu ograniczenia ryzyka nadużyć i błędnej interpretacji. Jeżeli kwestie operacyjne nie wykluczają udzielenia zamówień odległym geograficznie wykonawcom, nie jest uzasadnione niestosowanie się do postanowień dyrektywy.

To samo rozumowanie ma zastosowanie przy interpretacji zwrotu „wykonawcy usytuowani w strefie prowadzenia działań.” Jest to odniesienie do kryterium geograficznego, ale nie mówi nic o własności czy statusie wybranego wykonawcy. W zasadzie można by z tego wywnioskować, że wykonawcą lokalnym może być również filia spółki, założonej w państwie członkowskim lub innym odległym kraju trzecim. Znaczący w tym kontekście jest art. 11. Stwierdza on wyraźnie, że żadne z zamówień, o których mowa w art. 13 nie może być wykorzystywane w celu omijania postanowień dyrektywy. Miało by to miejsce, gdyby zamówienie udzielone lokalnej filii miało być de facto realizowane przez jej odległą spółkę matkę. Takie udzielenie zamówienia miałoby bezpośredni wpływ na funkcjonowanie rynku wewnętrznego i nie obejmowałoby go wyłączenie przewidziane w art. 13 lit. d).

3.6) Zamówienia udzielane przez rząd innemu rządowi

24. Motyw 30 stwierdza, że „biorąc pod uwagę specyficzny charakter sektora obronności i bezpieczeństwa, zakupy sprzętu, a także robót budowlanych i usług dokonywane przez rząd od innego rządu powinny zostać wyłączone z zakresu niniejszej dyrektywy.”

W rezultacie, art. 13 lit. f) ustanawia wyłączenie zamówień udzielonych przez rząd innemu rządowi związanych z:

- (I) dostawami sprzętu wojskowego lub newralgicznego sprzętu,
- (II) robotami budowlanymi i usługami bezpośrednio związanymi z takim sprzętem; lub
- (III) robotami budowlanymi i usługami przeznaczonymi specjalnie do celów wojskowych lub newralgicznymi robotami budowlanymi lub usługami.

25. Termin „władze publiczne” zdefiniowany został w art. 1 ust. 9, jako oznaczający „władze państwowe, regionalne lub lokalne państwa członkowskiego lub kraju trzeciego.” Dlatego też formalnie rzecz biorąc, zamówienia o których mowa, muszą być udzielane przez, lub w imieniu, państwa członkowskiego lub kraju trzeciego, lub w zależności od organizacji danego państwa, jednostki samorządu regionalnego lub lokalnego, mających własną osobowość prawną (na przykład, Land w Niemczech, władze regionalne lub lokalne). Zamówienia udzielone przez, lub w imieniu, innych instytucji/podmiotów zamawiających, takich jak organy regulowane prawem publicznym lub przedsiębiorstwa publiczne, nie kwalifikują się do wyłączenia.

Udzielane zamówienia mogą obejmować szeroki zakres bardzo różnych zakupów. Rząd państwa członkowskiego A może na przykład ze względów operacyjnych udzielić zamówienia rządowi państwa członkowskiego B na szkolenie swoich pilotów przez siły powietrzne państwa członkowskiego B. Takie zamówienie na usługi byłoby objęte wyłączeniem.

26. W odniesieniu do zamówień na dostawy, wyłączenie jest zasadniczo przeznaczone dla sprzedaży sprzętu, który pochodzi z istniejących zasobów, takich jak sprzęt używany lub asortyment, który stanowi nadwyżkę w stosunku do zapotrzebowania.

Jednakże wyłączenie nie jest ograniczone do takich operacji i ma zastosowanie również do wszystkich zamówień na dostawy sprzętu wojskowego lub newralgicznego, w zasadzie łącznie z zakupami nowych materiałów. W tym kontekście należy pamiętać, że wyłączenie obejmuje wyłącznie umowy zawierane między dwoma rządami, nie zaś umowy powiązane zawarte pomiędzy sprzedającym rządem a wykonawcą. Dlatego też jeżeli państwo członkowskie A kupuje nowy sprzęt wojskowy od rządu państwa członkowskiego B, ten ostatni musi zapewnić dostawę tych materiałów, zgodnie z przepisami dotyczącymi udzielania zamówień, określonymi w dyrektywie 2009/81/WE. Może to zrobić poprzez zastosowanie np. umów ramowych lub możliwości uwzględnionych w istniejących zamówieniach na dostawy udzielonych zgodnie z przepisami dyrektywy. Jeżeli państwo członkowskie kupuje nowy sprzęt wojskowy od rządu kraju trzeciego, musi to zrobić z należytym uwzględnieniem swojego obowiązku określonego w art. 11, zabraniającego wykorzystywania takich zamówień, w celu obejścia przepisów Dyrektywy. Jest to szczególnie istotne w sytuacjach, gdzie warunki rynkowe pozwalają na konkurencję w ramach rynku wewnętrznego.

VI. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA BADAŃ I ROZWOJU

1) Zasady

1. Zgodnie z motywem 55 dyrektywy 2009/81/WE, „*stymulowanie działalności badawczej i rozwoju stanowi podstawowy środek wzmacniania europejskiej bazy przemysłowej i technologicznej Znaczenie badań naukowych i rozwoju w tej specyficznej dziedzinie [obronności i bezpieczeństwa] usprawiedliwia maksymalną elastyczność udzielania zamówień na dostawy i usługi*”. Dlatego dyrektywa wyłącza pewne zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe ze swojego zakresu i pozwala na zastosowanie procedur negocjacyjnych bez ogłoszenia dla zamówień na dostawy i usługi związane z badaniami i rozwojem.

2. Jednakże otworenie zamówienia publicznego na konkurencję jest kluczowe dla konkurencyjności europejskiego przemysłu obronnego oraz utworzenia prawdziwie europejskiego rynku sprzętu obronnego i związanego z bezpieczeństwem. Stąd motyw 55 dyrektywy stwierdza, że „*elastyczność [przy udzielaniu zamówień badawczych i rozwojowych] nie powinna jednak uniemożliwiać uczciwej konkurencji na dalszych etapach cyklu życia produktu. Zamówienia w dziedzinie badań naukowych i rozwoju powinny zatem obejmować działania jedynie do momentu, w których możliwe jest dokonanie oceny dojrzałości nowych technologii i uznanie ich za niewiążące się z ryzykiem. Po tym etapie zamówienia w dziedzinie badań naukowych i rozwoju nie powinny być wykorzystywane jako środek unikania przepisów niniejszej dyrektywy, także przy wyborze oferenta do realizacji kolejnych etapów*”.

3. Ograniczenie to jest szczególnie istotne ponieważ zgodnie z przyjętym orzecnictwem postanowienia zezwalające na „*odstępstwa od zasad mających na celu zagwarantowanie skuteczności praw nadanych przez Traktat w odniesieniu do publicznych ... zamówień*” muszą być ściśle interpretowane. Obowiązek udowodnienia, że istnieją wyjątkowe okoliczności uzasadniające odstępstwo należy do strony, która zamierza odwołać się do takich okoliczności.⁸¹ Art. 11 (dotyczący korzystania z wyłączeń) oraz motyw 50 (dotyczący zastosowania procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu) dyrektywy również podkreślają potrzebę restrykcyjnego stosowania tych przepisów. W celu zachowania zgodności z tym zasadami istotne jest poprawne określenie etapu badań i rozwoju.

4. W tym kontekście należy zwrócić uwagę na różnicę pomiędzy krajowymi oraz wspólnymi badaniami i rozwojem. W ramach programów współpracy nie tylko zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe, ale również zamówienia na kolejne etapy cyklu życia produktu podlegają wyłączeniu z dyrektywy (zob. art. 13 lit. c) dyrektywy oraz noty wyjaśniające dotyczące wyłączeń szczególnych dotyczących obronności). W przypadku programów krajowych natomiast wyłączenie obejmuje tylko etap badań i rozwoju zgodnie z art. 1 ust. 27.

2) Pojęcie badań i rozwoju

5. Art. 1 ust. 27 dyrektywy definiuje badania i rozwój jako: „*każdą działalność dotyczącą podstawowych badań, badań stosowanych i projektów eksperymentalnych, przy czym te ostatnie mogą obejmować tworzenie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. sprzętu pokazującego zastosowanie nowego zamysłu lub nowej technologii w odpowiednich lub reprezentatywnych warunkach*”.

⁸¹ Zob. wyrok z 10 kwietnia 2003 r. w sprawach połączonych C-20/01 oraz C-28/01 Komisja przeciwko Republice Federalnej Niemiec.

Motyw 13 rozwija tę definicję: „Do celów niniejszej dyrektywy termin „badania i rozwój” obejmować powinien badania podstawowe, badania stosowane oraz rozwój eksperymentalny. Badania podstawowe obejmują prace eksperymentalne lub teoretyczne podejmowane przede wszystkim w celu zdobycia nowej wiedzy o podstawach zjawisk i obserwowalnych faktów bez nastawienia na bezpośrednie zastosowanie praktyczne. Badania stosowane obejmują również pierwotne prace podejmowane w celu zdobycia nowej wiedzy. Są one jednak przede wszystkim nastawione na konkretne praktyczne zastosowania lub realizację konkretnych celów. Rozwój eksperymentalny obejmuje prace oparte na istniejącej wiedzy uzyskanej w wyniku badań naukowych lub doświadczeń praktycznych w celu rozpoczęcia produkcji nowych materiałów, produktów lub urządzeń, stworzenia nowych procesów, systemów oraz usług bądź w celu znacznej poprawy istniejących już procesów, systemów i usług”.

6. Motyw 13 powtarza, że „rozwój eksperymentalny może obejmować wykonanie technologicznych egzemplarzy próbnych, tj. urządzeń pokazujących zastosowanie nowej koncepcji lub nowej technologii w rzeczywistym lub reprezentatywnym środowisku”. Ale wprowadza on również dodatkowy element wyjaśniający określenie etapu badań i rozwoju, precyzując, że „termin badania i rozwój nie obejmuje produkcji i kwalifikacji prototypów przedprodukcyjnych, narzędzi i inżynierii przemysłowej, przemysłowego projektowania i produkcji.” To wyszczególnienie ma szczególne znaczenie dla ograniczenia wyłączenia badań i rozwoju do (tych) działań, które nie określają z góry wyboru oferenta do dalszych etapów cyklu udzielania zamówień.

Pod względem poziomu gotowości technologicznej (TRL) badania i rozwój w rozumieniu art. 1 ust. 27 uwzględniałyby zwykle podstawowe badanie technologii (TRL1), badanie wykonalności (TRL 2/3), rozwój technologii (TRL 3-5) oraz prezentację technologii (TRL 5/6)⁸².

3) Instrumenty

3.1) Podstawowy wybór dla instytucji zamawiających/podmiotów zamawiających

7. Jasne określenie etapu badań i rozwoju ma decydujące znaczenie dla wyboru właściwej procedury. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający, który zamierza udzielić zamówienia na usługi badawcze i rozwojowe ma do wyboru dwie możliwości:

- Decyduje się udzielić zamówienia, które obejmuje tylko badania i rozwój zgodnie z definicją art. 1 ust. 27 rozszerzoną w motywach 13 i 55 dyrektywy. Może wtedy skorzystać z elastyczności przewidzianej w art. 13 lit. j) oraz art. 28 ust. 2 dyrektywy. Zamówienie takie nie może wychodzić poza „zastosowanie nowej koncepcji lub nowej technologii w rzeczywistym lub reprezentatywnym środowisku”. Wszystkie zamówienia dla etapów kontynuacji, uwzględniając rozwój demonstratora w prototyp przedprodukcyjny oraz jego kwalifikację, muszą być udzielane oddzielnie po zastosowaniu normalnych procedur wynikających z dyrektywy (z zastrzeżeniem zastosowania odpowiednich wyłączeń).

⁸² Poziom gotowości technologicznej (TRL) jest miarą wykorzystywaną przez wiele firm, organizacji międzynarodowych oraz agencji rządowych do oceny dojrzałości rozwijanych technologii w zarządzaniu projektami badawczymi i rozwojowymi. Na przykład wyżej wymienione poziomy gotowości technologicznej wykorzystywane są przez Europejską Agencję Kosmiczną (zob. <http://sci.esa.int/sciencee/www/object/index.cfm?fobjectid=37710>). W tym kontekście warto zauważyć, że istnieje wiele różnych definicji specyficznych dla różnorodnych organizacji czy projektów stosowanych dla poziomów TRL. Dlatego też odniesienie do TRL w tej uwadze ma charakter wyłącznie orientacyjny. Motyw 13 musi zawsze mieć pierwszeństwo przy interpretacji definicji badań i rozwoju dla celów dyrektywy 2009/81/WE.

- Wybiera zamówienie, które łączy badania i rozwój z innymi działaniami przedprodukcyjnymi lub nawet produkcyjnymi. Takie zamówienie musi być udzielone zgodnie z jedną ze zwykłych procedur wynikających z dyrektywy (z zastrzeżeniem zastosowania odpowiednich wyłączeń). Zamówienie może wtedy wykraczać poza produkcję demonstratora oraz uwzględniać tworzenie i kwalifikację prototypów, inne usługi/dostawy związane z etapem przedprodukcyjnym, lub nawet połączony rozwój i produkcję.

3.2) Instrumenty udzielania zamówień w dziedzinie badań i rozwoju

3.2.1) Art. 13 lit. j): wyłączenia szczególne dla zamówień na usługi badawcze i rozwojowe

8. Art. 13 lit. j) określa szczególne wyłączenie dla „usług badawczych i rozwojowych innych niż te, z których korzyści przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na potrzeby jej/jego własnej działalności, pod warunkiem że całość wynagrodzenia za świadczoną usługę wypłaca instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający”.

9. To (nieco niezgrabne) sformułowanie tego postanowienia jest prawie identyczne ze sformułowaniem z art. 16 lit. f) dyrektywy 2004/18/WE. W kontekście zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa, wyłączenie to jest skierowane głównie do zamówień na usługi udzielanych na współfinansowane działania badawczo-rozwojowe, gdzie instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający oraz wykonawca dzielą koszty i/lub korzyści⁸³. Usługi badawczo-rozwojowe, które instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający finansuje samodzielnie, i z których uzyskuje wszystkie korzyści, nie są z kolei objęte tym wyłączeniem (ale mogą być udzielane na podstawie art. 28 ust. 2). W tym kontekście termin „korzyści” uwzględnia prawa własności intelektualnej oraz wszystkie prawa do wykorzystywania lub ujawniania pierwszoplanowych oraz (wbudowanych) drugoplanowych informacji związanych z wynikami badań przeprowadzonych w ramach danego zamówienia.

10. Instytucje/podmioty zamawiające nie mają obowiązku stosowania jednej z procedur dyrektywy dla udzielania zamówień uwzględnionych w art. 13 lit. j). Daje im to możliwość opracowania procedury udzielania zamówień w sposób, który pozwala na wystarczającą elastyczność, zapewniając jednocześnie oczekiwany poziom konkurencyjności. Mogą one na przykład posłużyć się procedurą ograniczoną, prowadzić negocjacje z kilkoma potencjalnymi wykonawcami lub nawet podjąć decyzję o udzieleniu zamówienia bezpośrednio konkretnemu wykonawcy. Mogą również udzielać zamówień badawczych równolegle konkurującym wykonawcom w konkretnych etapach by wyciągnąć korzyści z alternatywnych podejść.

11. Art. 13 lit. j) ma zastosowanie tylko do zamówień na usługi. Zgodnie z art. 1 ust. 5 dyrektywy „zamówienie, którego przedmiotem są zarówno produkty, jak i usługi, uważa się za „zamówienie na usługi”, jeżeli wartość usług przekracza wartość produktów objętych zamówieniem”.⁸⁴ Jeżeli jednak wartość produktów (np. egzemplarza próbnego) przekracza wartość usług badawczych, zamówienie należy uznać za zamówienie na dostawy. Wartość produktów i usług decyduje zatem o charakterze zamówienia oraz wyborze stosowanych zasad. Zamówienie

⁸³ Zob. motyw 34.

⁸⁴ W odróżnieniu od zamówienia mieszanego na zarówno prace jak i usługi, w tym przypadku określenie oparte jest wyłącznie na porównaniu respektowanych wartości produktów i usług; nie zależy zaś od obiektywnej analizy głównego celu zamówienia. Zob. wyroki z 11 maja 2006 r. w sprawie C-340/04 Carbotermo, pkt 31, oraz z 1 lipca 1999 r. w sprawie C-107/98 Teckel, pkt 38.

na usługi badawcze podlegałoby wyłączeniu na podstawie art. 13 lit. j), zamówienie na dostawy związane z badaniami natomiast mogłoby być udzielone na podstawie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu w przypadku spełnienia warunków określonych w art. 28 ust. 2 lit. b). Instytucje/podmioty zamawiające powinny opierać swój wybór procedury na realnej wcześniejszej ocenie — zgodnie z zasadami określonymi w art. 9 — względnej wartości danych produktów i usług. W większości przypadków jednakże zamówienia badawczo-rozwojowe są zamówieniami na usługi.

12. W każdym przypadku art. 13 lit. j) musi być stosowany w świetle art. 11, który stanowi klauzulę zabezpieczającą przed możliwym nadużyciem art. 12 i 13 w celu uniknięcia przejrzystych i konkurencyjnych procedur udzielania zamówień. Na mocy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości przepisy, które zezwalają na wyłączenia z zastosowania zasad udzielania zamówień publicznych UE muszą być ściśle interpretowane.⁸⁵ Oznacza to, że wyłączenia z zakresu dyrektywy na podstawie art. 12 i 13 muszą być ograniczone do rodzaju zamówień opisanych w tych postanowieniach.

3.2.2) Artykuł 28 ust. 2: zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu do udzielania pewnych zamówień w zakresie badań i rozwoju

3.2.2.1) Charakterystyka procedury

13. Art. 28 dyrektywy zawiera wyczerpującą listę przypadków uzasadniających zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu. W odróżnieniu od procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu, która jest jedną ze zwykłych procedur udzielania zamówień określonych w dyrektywie⁸⁶, procedura negocjacyjna bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu jest procedurą nadzwyczajną ograniczoną do „*pewnych dokładnie określonych przypadków i okoliczności*” gdzie „*niektóre wyjątkowe okoliczności mogą uniemożliwić zastosowanie procedury z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub sprawić, że byłaby ona całkowicie nieodpowiednia*” (motyw 50).

14. W trakcie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może dowolnie konsultować się z wykonawcami co do swego wyboru i negocjować warunki zamówienia z jednym lub wieloma wykonawcami. Nie oznacza to jednak, że zamówienia te są wyłączone z zakresu dyrektywy. Przepisy ogólne dyrektywy określone w art. 4 do 7, szczególnie zasady dotyczące równego traktowania, niedyskryminacji i przejrzystości, wciąż obowiązują.

Ponadto, instytucje/podmioty zamawiające korzystające z procedury bez publikacji muszą opublikować ogłoszenie o udzieleniu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 3 dyrektywy⁸⁷ w ciągu 48 godzin od udzielenia zamówienia. Fakt, że obowiązek ten jest wyraźnie określony w art. 28 dyrektywy 2009/81/WE — ale nie w analogicznym art. 31 dyrektywy 2004/18/WE — pokazuje, że publikacja ogłoszenia o udzieleniu zamówienia jest szczególnie istotna w przypadku rynków obronnych i związanych z bezpieczeństwem.

⁸⁵ Zob. wyrok z 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, pkt 64.

⁸⁶ Zob. art. 25, 26 oraz motyw 50; jest to jedna z głównych różnic pomiędzy dyrektywą 2009/81/WE a dyrektywą 2004/18/WE.

⁸⁷ Pierwszy akapit art. 28 wyraźnie stwierdza obowiązek opublikowania ogłoszenia o udzieleniu zamówienia w przypadku zamówień udzielonych w ramach procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu.

3.2.2.2) Szczególne przypadki uzasadniające zastosowanie procedury

15. Art. 28 ust. 2 dyrektywy uwzględnia dwa przypadki, które szczególnie dotyczą udzielania zamówień na badania i rozwój.

16. Art. 28 ust. 2 lit. a) pozwala na zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu „*do celów usług badawczych lub rozwojowych innych niż te, o których mowa w art. 13*”. Logicznie rzecz biorąc przepis ten ma zatem zastosowanie tylko do zamówień opłacanych w całości przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający oraz gdzie korzyści — tj. głównie prawa własności intelektualnej i inne prawa użytkowników do korzystania — przypadają wyłącznie instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu.

17. Zgodnie z art. 28 ust. 2 lit. b) instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu przy udzielaniu zamówień na dostawy „*jeżeli przedmiotem zamówienia są produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych, z wyjątkiem produkcji seryjnej mającej na celu osiągnięcie rentowności rynkowej lub amortyzowanie kosztów badań i rozwoju*”.

18. Chociaż termin „produkty wytwarzane jedynie do celów prac badawczych i rozwojowych” nie jest całkowicie jednoznaczny, kwalifikacja („z wyjątkiem...”) oznacza, że przepis ten obejmuje nie tylko dostawy produktów dostosowanych do potrzeb działalności badawczej (przyrządy pomiarowe, próbówki, itd.), ale również produkty będące wynikiem przeprowadzonych działań badawczych i rozwojowych.

3.3) Udzielanie zamówień według procedur standardowych określonych w dyrektywie

3.3.1) Zamówienia połączone

19. Zgodnie z punktem 3.1 instytucje/podmioty zamawiające zamierzające nabyć usługi badawcze i rozwojowe mogą od początku wybrać bardziej wszechstronne podejście i udzielić zamówienia, które wykracza poza etap badań i rozwoju zgodnie z art. 1 ust. 27 i uwzględnić na przykład tworzenie i kwalifikowanie prototypów lub inne usługi/dostawy związane z etapem przedprodukcyjnym lub rozwojem połączonym z produkcją.

Możliwość ta jest wyraźnie wymieniona w motywie 55, który stwierdza, że: „*instytucja/podmiot zamawiający nie powinny organizować odrębnego przetargu na kolejne etapy, jeżeli zamówienie, które obejmuje działania badawcze, zawiera już opcję dotyczącą tych etapów i udzielane jest w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub, w stosownych przypadkach, w drodze dialogu konkurencyjnego*”.

20. W takim przypadku instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający udziela zamówienia w ramach konkurencji ogólnoeuropejskiej za pomocą jednej ze zwykłych procedur wynikających z dyrektywy. Przedmiot zamówienia, zgodnie z dokumentacją zamówienia, powinien zawierać wszystkie usługi, dostawy oraz roboty budowlane dla wszystkich etapów, które obejmuje. Zastrzeżenia dotyczące późniejszych etapów mogą przybrać formę stałych lub warunkowych obowiązków lub opcji.

Jednakże instytucje/podmioty zamawiające powinny być świadome trudności jakie niesie ze sobą to podejście, szczególnie dla projektów złożonych: po pierwsze przedmiot zamówienia może ewoluować w trakcie realizacji zamówienia, które rozpoczyna się we wczesnych etapach

badan i rozwoju. Ponadto, moze nie byc mozliwe, na etapie udzielania zamowienia, ustalenie dokladnych cen dla wszystkich pozniejszych etapow wykonywania zamowienia. Wszystko to moze wymagać znacznych zmian w podstawowych postanowieniach zamowienia, co moze wymagać przeprowadzenia nowej procedury udzielenia zamowienia, jezeli zmiany maja charakter zasadniczo odmienny niz postanowienia pierwotnego zamowienia.⁸⁸ W kazdym przypadku w celu unikniecia praktycznej i prawnej niepewnosci wskazane bylyby dostarczenie jak najwiekszej liczby szczegolow na poczatku, na przyklad poprzez uzgodnienie podstawowego schematu lub formuly dla okreslania cen za uslugi i dostawy w pozniejszych etapach.

3.3.2) Dalsze zamowienia

21. Jezeli instytucja/podmiot zamawiajacy, ktory udzielim zamowienia na badania na podstawie art. 13 lit. j) lub art. 28 ust. 2 zamierza udzielim dalszych zamowien na etapie przedprodukcyjnym i/lub zamowien na dostawy na etapie produkcji, musi zastosowac podstawowe procedury okreslone w dyrektywie. Oznacza to zwykle, ze takie zamowienia musza byc udzielane w ramach ogolnoeuropejskiej konkurencji w drodze procedury ograniczonej lub procedury negocjacyjnej z publikacja ogloszenia o zamowieniu, lub w stosownych przypadkach, w drodze dialogu konkurencyjnego.

⁸⁸ Zob. wyroki z 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, pkt 34 do 37 oraz z 13 kwietnia 2010 r. w sprawie C-91/08 *Wall AG*, pkt 37 i 38.

VII. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA BEZPIECZEŃSTWA DOSTAW

1) Wstęp

1. Mówiąc ogólnie, 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.⁸⁹ Obejmuje to zdolność państw członkowskich do wykorzystywania swoich sił zbrojnych przy zachowaniu odpowiedniej kontroli krajowej oraz, w stosownych przypadkach, bez ograniczeń nakładanych przez strony trzecie. Tak szerokie pojęcie może obejmować szeroki zakres różnych aspektów przemysłowych, technologicznych, prawnych i politycznych.

Dyrektywa uznaje szczególną wagę bezpieczeństwa dostaw dla udzielania zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa⁹⁰. Bezpieczeństwo dostaw ma decydujące znaczenie, szczególnie w czasach kryzysu, kiedy niezawodna i punktualna dostawa może mieć dosłownie decydujące znaczenie. Ponadto bezpieczeństwo dostaw stanowi szczególne wyzwanie ze względu na niezwykle długi okres użytkowania produktu w przypadku większości sprzętu wojskowego, co wymaga wsparcia logistycznego, unowocześniania, modernizacji, itd. przez wiele lat.

2. Zdolność dostawcy do spełnienia wymagań dotyczących bezpieczeństwa dostaw określonych przez instytucje zamawiające zależy od jego zdolności przemysłowej (dostarczenia produktów i usług zamówionych przez instytucje/podmioty zamawiające na czas). Jednakże jeżeli wykonanie zamówienia oznacza transport transgraniczny towarów i usług, zdolność wykonawcy zależy również od zezwolenia władz krajowych na transfer sprzętu/usług do zamawiającego państwa członkowskiego. Dotyczy to nie tylko zakupu pierwotnego, ale również jego kontynuacji dotyczących towarów i usług, które mają miejsce do końca okresu użytkowania produktu. Sytuacja staje się nawet bardziej skomplikowana kiedy łańcuch dostaw wykonawcy pierwotnego jest organizowany międzynarodowo. Zezwolenia transportowe i eksportowe są wtedy niezbędne nie tylko na dostawy produktu końcowego do instytucji/podmiotu zamawiającego, ale również na dostawy komponentów i podsystemów od podwykonawców do integratora systemu.

3. Chociaż rzadko zdarza się odmowa zezwolenia na transfery pomiędzy państwami członkowskimi UE, zawsze istnieje co najmniej możliwość odmowy, znacznego opóźnienia lub powiązania z warunkami, które mogą zagrozić realizacji potrzeb bezpieczeństwa dostaw (jeżeli nie w momencie zakupu to być może później w czasie użytkowania). Wprowadzając system zezwoleń generalnych i globalnych dla transferów wewnątrzeuropejskich na poziomie UE, dyrektywa 2009/43/WE wpłynie na poprawę sytuacji. Jednakże nie stworzy to strefy bezzezwoleniowej. Ponadto dostawcy z siedzibą w krajach UE mogą stosować podsystemy i komponenty ze źródeł nieeuropejskich i mogą z tego względu być zobligowane do przestrzegania ograniczeń eksportowych nałożonych przez państwa trzecie. Na koniec art. 346 TFUE pozostaje w mocy i może być stosowany w wyjątkowych sytuacjach w celu uzasadnienia odmowy udzielenia zezwolenia na transfer. Dlatego też bezpieczeństwo dostaw pozostanie nie tylko kwestią przemysłową, ale również polityczną, która jest z definicji trudna do rozwiązania w dyrektywie.

⁸⁹ Zob. List intencyjny umowa ramowa oraz porozumienie wykonawcze.

⁹⁰ Zob. motywy 8 i 9 dyrektywy.

4. Ponadto kwestie bezpieczeństwa dostaw mogą wykraczać poza określony rodzaj sprzętu i uwzględniać możliwości przemysłowe rozumiane bardziej ogólnie. Wziąwszy pod uwagę przewagę rządów krajowych jako jedynych (startowych) lub głównych klientów, ich decyzje dotyczące zamówień mogą mieć bezpośredni wpływ na zdolność technologiczną bazy przemysłowej obronności państwa członkowskiego. W pewnych przypadkach nieudzielenie zamówienia na rozwój, produkcję lub wsparcie logistyczne dla określanego rodzaju sprzętu mogłoby w rzeczywistości prowadzić do utraty zdolności przemysłowych (lub oznaczać, że zdolności te nie są rozwijane). W dziedzinie obronności ma to nie tylko ekonomiczne, ale również strategiczne i polityczne konsekwencje. Państwa członkowskie mogą w związku z tym uznać za podstawowy interes bezpieczeństwa posiadanie w pewnych strategicznych sektorach kluczowe zdolności przemysłowe na własnym terytorium w pewnych strategicznych sektorach i niezależność od dostawców niekrajowych.

2) Bezpieczeństwo dostaw w dyrektywie

2.1) Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw

5. Wymogi w zakresie bezpieczeństwa dostaw w rozumieniu dyrektywy są wymogami umownymi nakładanymi przez instytucje/podmioty zamawiające w celu zagwarantowania rzetelnej i terminowej dostawy sprzętu i usług w odpowiedniej ilości z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, jak również stałej dostępności zdolności w dziedzinie konserwacji i napraw, części zamiennych oraz innych rodzajów wsparcia w każdych warunkach, szczególnie w sytuacjach kryzysowych.

6. Zgodnie z art. 23 instytucje/podmioty zamawiające określą swoje wymogi bezpieczeństwa dostaw w dokumentacji zamówienia (ogłoszenie o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe). Wymogi te mogą zwykle przyjmować formę warunków wykonania zamówienia. Mogą być również stosowane w procedurze udzielania zamówień jako kryteria wyboru lub kryteria udzielania zamówień.

Dyrektywa wskazuje obszary, które mogą obejmować wymogi bezpieczeństwa dostaw, ale nie podaje szczegółowej definicji określającej treść tych wymogów. Motyw 44 wymienia jedynie „*wewnętrzne uregulowania przedsiębiorstwa w zakresie własności intelektualnej, obowiązujące między podmiotem zależnym a podmiotem głównym lub świadczenie usług o kluczowym znaczeniu, możliwości konserwacji i naprawy w celu zagwarantowania serwisu zakupionego sprzętu w trakcie całego jego okresu użytkowania*” jako przykład takich wymogów. Art. 23 podaje listę szczegółowych informacji, których uwzględnienia instytucje/podmioty zamawiające mogą żądać w ofercie. Jednakże lista ta nie jest wyczerpująca, a większość szczegółowych informacji podaje właściwie raczej jakie dokumenty przekazać i jakie zobowiązanie podjąć niż konkretne wymogi. To samo dotyczy art. 42, który opisuje sposoby dostarczania dowodów przez kandydatów lub oferentów dotyczących ich kwalifikacji technicznych, ale nie opisuje bezpośrednio kryteriów wyboru sformułowanych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Pozostawia to instytucjom/podmiotom zamawiającym elastyczność w określaniu swoich wymogów dotyczących bezpieczeństwa dostaw. Taka elastyczność jest niezbędna do dostosowania tych wymogów do specyfikacji każdego zamówienia oraz uwzględnienia wszelkich rodzajów zagrożeń związanych z bezpieczeństwem dostaw (które mogą różnić się ze względu na jednostkową sytuację każdego oferenta).

2.2) Znaczenie zasady niedyskryminacji

7. Biorąc pod uwagę szczególny charakter rynku obronnego (gdzie przepływ towarów i usług jest ściśle regulowany), szczególnie istotne jest zagwarantowanie przez instytucje/podmioty zamawiające zgodności ich wymogów dotyczących bezpieczeństwa dostaw z zasadą niedyskryminacji.

8. Europejski Trybunał Sprawiedliwości stwierdzał wielokrotnie, że w przypadku zamówień publicznych zasada równego traktowania kandydatów i oferentów ma na celu zapewnienie równości szans wszystkim oferentom przy przygotowaniu ofert bez względu na ich narodowość.⁹¹ Oznacza to przede wszystkim, że w UE narodowość dostawcy lub państwo członkowskie siedziby firmy nie może samo w sobie być uznane za wymaganie związane z bezpieczeństwem dostaw.

9. Zasada niedyskryminacji nie tylko zabrania jawnej dyskryminacji ze względu na narodowość lub miejsce siedziby firmy, ale również wszelkich pośrednich form dyskryminacji, które poprzez zastosowanie innych kryteriów rozróżniania działających głównie na szkodę zagranicznych dostawców, prowadzą do tego samego rezultatu.⁹² W związku z tym wymogi dotyczące bezpieczeństwa dostaw nie mogą być formułowane w sposób, który umożliwi spełnienie ich tylko krajowym dostawcom. Oznacza to w szczególności, że instytucje/podmioty zamawiające nie mogą wykorzystywać samego faktu, że dostawcy z innych państw członkowskich potrzebują zezwolenia na transfer, jako argumentu wykluczającego ich z procedury udzielania zamówienia.

10. Ponadto nawet jeżeli wymogi dotyczące bezpieczeństwa dostaw nie wiążą się z bezpośrednią lub pośrednią dyskryminacją, i tak muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności, jeżeli ograniczają dostęp do rynku dla dostawców z innych państw członkowskich.⁹³ W sytuacji gdy wymogi związane z bezpieczeństwem dostaw wiążą się z takimi ograniczeniami, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi być przygotowany do udowodnienia, że dane wymaganie było właściwe dla osiągnięcia celu bezpieczeństwa dostaw oraz, że nie było możliwe osiągnięcie tego celu za pomocą mniej restrykcyjnych wymogów. Uzasadnienie to musi zawsze być oparte na szczególnych cechach danego zamówienia.

11. Dlatego też wymogi związane z bezpieczeństwem dostaw powinny być opisane tak neutralnie i obiektywnie jak to tylko możliwe, przy użyciu terminów technicznych i operacyjnych. Będą one zwykle wyrażone w limitach czasowych i ilościach (określenie ilości, którą należy dostarczyć w określone miejsce w określonych ramach czasowych), ale również mogą odnosić się do informacji oraz zobowiązań, których instytucja zamawiająca może potrzebować w celu zagwarantowania długoterminowego serwisu sprzętu obronnego (prawo własności intelektualnej, informacje techniczne, itd.). Każda decyzja o wykluczeniu określonych oferentów musi być uzasadniona na podstawie jednostkowej sytuacji danego oferenta.

W tym kontekście należy również zauważyć, że każda decyzja dotycząca udzielenia zamówienia musi być przekazana zainteresowanemu kandydatowi lub oferentowi „tak szybko jak to tylko możliwe” (art. 35 ust. 1). Ponadto odrzuceni kandydaci i oferenci mogą zażądać informacji na temat powodów odrzucenia. Uwzględnia to również powody decyzji o niezgodno-

⁹¹ Zob. wyrok z dnia 13 października 2005 r. w sprawie C-458/03 *Parking Brixen GmbH*, pkt 48.

⁹² Zob. wyroki z dnia 26 sierpnia 2000 r. w sprawie C-225/98 *Komisja przeciwko Francji*, pkt 80, z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 30–31.

⁹³ Zob. wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, pkt 47–48 oraz 60–63.

ści z wymogami bezpieczeństwa dostaw (art. 35 ust. 2). W przypadku, gdy ujawnienie tych informacji byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności interesami obronności i bezpieczeństwa, instytucje/podmioty zamawiające mogą odmówić ujawnienia pewnych informacji (art. 35 ust. 3).

3) Bezpieczeństwo dostaw w trakcie procedury udzielania zamówienia

12. Dyrektywa przewiduje różne możliwości dokonania oceny zdolności kandydata lub oferenta do spełnienia wymogów bezpieczeństwa dostaw. W zależności od etapu procedury udzielania zamówienia, wymogi bezpieczeństwa dostaw stosowane są w różnoraki sposób. Po pierwsze stosowane są do wyselekcjonowania odpowiednich oferentów i kandydatów, następnie do określenia czy oferenci spełniają obowiązkowe wymogi bezpieczeństwa dostaw określone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający i w końcu do oceny, na podstawie specyficznych kryteriów udzielania zamówień, która oferta proponuje najlepsze warunki realizacji w odniesieniu do bezpieczeństwa dostaw.

W pewnych sytuacjach aspekty bezpieczeństwa dostaw mogą nawet determinować treść zamówienia. Może się tak stać, gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający chce znaleźć, obok już ustalonych stosunków dostawczych, drugiego dostawcę, na przykład, pewnego rodzaju amunicji często wykorzystywanej w operacjach zarządzania kryzysowego. W takim przypadku może określić, że celem zamówienia jest zapewnienie dostaw z drugiego źródła. Na tej podstawie instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający mógłby uznać swojego istniejącego dostawcę lub dostawców za niekwalifikujących się do udziału w procedurze udzielenia zamówienia. Jednakże takie ograniczenie musiałoby być uzasadnione potrzebą zagwarantowania należytego poziomu bezpieczeństwa dostaw. Musiałoby również przejść test proporcjonalności opisany w punkcie 10 powyżej.⁹⁴

3.1) Ogłoszenie o zamówieniu

13. Instytucje/podmioty zamawiające rozpoczynają oficjalną procedurę udzielania zamówienia poprzez publikację ogłoszenia o zamówieniu w TED (Tenders Electronic Daily)⁹⁵, internetowej wersji „Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej”.

Ogłoszenie o zamówieniu spełnia dwie podstawowe funkcje:

1. Zagwarantowanie efektywnej konkurencji: ogłoszenia o zamówieniu muszą w związku z tym „*umożliwiać wykonawcom ze Wspólnoty stwierdzenie, czy opublikowane zamówienia są dla nich interesujące. W tym celu należy im udostępnić odpowiednie informacje na temat przedmiotu zamówienia oraz związanych z nim warunków*” (motyw 58). Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinien w związku z tym podać w ogłoszeniu o zamówieniu⁹⁶ ogólny opis produktów, robót budowlanych lub usług ze wskazaniem głównych warunków wykonania zamówienia oraz kryteriów udzielenia zamówienia. Powinno ono również uwzględniać główne elementy wymogów bezpieczeństwa dostaw dla zamawianych produktów, robót budowlanych lub usług. Informacje

⁹⁴ Jeżeli instytucja zamawiająca zamierza udzielić nowego zamówienia na dostawy od początku dwóm lub więcej dostawcom ze względów bezpieczeństwa dostaw, może tak zrobić poprzez podpisanie umowy ramowej lub podzieleniu zamówienia na części z zastrzeżeniem, że wykonawcy mogą składać oferty tylko dla jednej części (lub ograniczonej liczby części) zamówienia.

⁹⁵ <http://ted.europa.eu>

⁹⁶ Pełna lista informacji, które należy uwzględnić w ogłoszeniu o zamówieniu, zob. załącznik IV do dyrektywy 2009/81/WE.

podane w ogłoszeniu mogą być uzupełnione w specyfikacji warunków zamówienia, która wysyłana jest najpóźniej wraz z zaproszeniem do składania ofert lub negocjacji.

2. Zapewnienie zainteresowanym wykonawcom solidnych podstaw do przygotowania wniosku o dopuszczenie do udziału w procedurze: jest to szczególnie ważne ponieważ w procedurach ograniczonych, procedurach negocjacyjnych z publikacją oraz w procedurach dialogu konkurencyjnego, wyboru jakościowego dokonuje się zwykle na podstawie wniosku o dopuszczenie do udziału. Ogłoszenie o zamówieniu musi zatem dostarczać wystarczających informacji na temat:

- podstaw wykluczenia wykonawców oraz stosownych informacji wymaganych do udowodnienia, że nie są one spełnione;
- kryteriów wyboru dotyczących oceny zdolności kandydatów, uwzględniając wskazanie minimalnych poziomów standardów oraz informacji/dokumentacji wymaganych do tej oceny;
- jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zamierza ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, którzy mają być zaproszeni do składania ofert lub negocjacji: minimalna i, w stosownych przypadkach, maksymalna liczba kandydatów, którzy mają być zaproszeni do składania ofert oraz kryteria lub zasady stosowane dla tego ograniczenia.

3.3) Kryteria selekcji: bezpieczeństwo dostaw w procesie selekcji odpowiednich kandydatów i oferentów

14. Art. 38 do 46 dyrektywy dotyczą jakościowej selekcji kandydatów i oferentów. Na tym etapie procedury instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi ocenić zdolność i odpowiedniość wykonawców na podstawie kryteriów wykluczających oraz kryteriów sytuacji ekonomicznej i finansowej oraz wiedzy lub zdolności zawodowych i technicznych.

15. W tym kontekście szczególnie ważne jest wyraźne odróżnienie kryteriów selekcji od kryteriów udzielania zamówień. Czynniki mającymi znaczenie przy selekcji właściwych oferentów lub kandydatów nie są cechy określonego sprzętu, który oferują, ale ich sytuacja, profesjonalne kwalifikacje oraz możliwości. Szczególnie w przypadku zamówień standardowych, instytucje/podmioty zamawiające mogą często mieć wiedzę na temat produktów, które powinny spełnić ich wymogi. Jednakże na tym etapie procedury ocena nie dotyczy produktów, robót budowlanych czy usług, lecz zdolności oferenta lub kandydata do wykonania danego zamówienia⁹⁷.

16. Selekcja jakościowa odbywa się w kilku etapach: po pierwsze instytucje/organy zamawiające wykluczają wykonawców, którzy nie nadają się do udziału w procedurze udzielenia zamówienia. W drugim etapie oceniają sytuację ekonomiczną i finansową oraz kwalifikacje techniczne i zawodowe pozostałych wykonawców na podstawie kryteriów, o których mowa w art. 41 i 42. W związku z tym instytucje/organy zamawiające mogą stosować kryteria minimalnej zdolności, które muszą być związane i proporcjonalne do przedmiotu zamówienia. W końcu instytucje/podmioty zamawiające mogą również podjąć decyzję o zaproszeniu do składania ofert lub negocjacji tylko ograniczonej liczby odpowiednich kandydatów (zob. art. 38 ust. 3). W takim przypadku, tworzą ranking na podstawie jakościowych kryteriów wyboru określonych w tym celu.

⁹⁷ Zob. wyrok z dnia 24 stycznia 2008 r. w sprawie C-532/06 *Lianakis*, pkt 25 do 32.

17. Dyrektywa stwierdza wyraźnie, że kryteria bezpieczeństwa dostaw mogą odgrywać istotną rolę na etapie selekcji jakościowej. Motyw 67 stwierdza, że *„ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostanienia wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji”*.

3.3.1) Podstawy wykluczenia kandydatów lub oferentów

18. Art. 39 podaje listę przypadków, w których kandydat lub oferent może zostać wykluczony z udziału w procedurze udzielania zamówienia. Ustęp pierwszy zawiera wykluczenia obowiązkowe związane ze skazaniem prawomocnym wyrokiem sądu za niektóre przestępstwa, ustęp drugi zaś daje instytucji zamawiającej margines dowolności w podjęciu decyzji o wykluczeniu kandydatów lub oferentów, którzy dopuścili się określonych form wykroczeń zawodowych.

Art. 39 ust. 2 zawiera kryteria wykluczenia związane z bezpieczeństwem dostaw. Stwierdza on, że *„Z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:*

...

- d) jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na przykład pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia;*
- e) na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”*.

19. Litera d) odnosi się wyraźnie do naruszenia zobowiązań związanych z bezpieczeństwem dostaw w trakcie poprzednich zamówień. Obejmuje to naruszenia zobowiązań wobec innych instytucji/podmiotów zamawiających, bez względu na państwo członkowskie, w którym mają siedzibę. Mimo że dyrektywa nie wymaga skazania prawomocnym wyrokiem sądu, dość mocne określenia „jest winny” oraz „udowodnionego” oznaczają, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi opierać się na obiektywnych i wiarygodnych informacjach, jeżeli chce na tej podstawie wykluczyć z procedury kandydata/oferenta.

20. Litera e) odnosi się do związku między bezpieczeństwem dostaw i wiarygodnością kandydata lub oferenta, który pojawia się również w motywie 67. Ze względu na szczególną newralgiczność pewnych zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem, postanowienie to umożliwia instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu udowodnienie braku wiarygodności *„na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych.”* Motyw 65 precyzuje, że *„wykluczenie wykonawców powinno być również możliwe w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zagrożenie takie może wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez kandydata lub z jego struktury własności”*.

Kwestie wiarygodności oraz wykorzystywanie danych pochodzących z chronionego źródła będzie prawdopodobnie bardziej istotne w kontekście bezpieczeństwa informacji. Jednakże

mogą one również mieć znaczenie dla bezpieczeństwa dostaw, ponieważ to ostatnie zależy wyraźnie zarówno od wiarygodności dostawcy jak i jakości dostarczonego sprzętu. Z drugiej strony wykorzystywanie danych pochodzących z chronionych źródeł jako środków dowodowych z pewnością będzie ograniczone do bardzo wyjątkowych przypadków.

W każdym razie litera e) nie daje nieograniczonej dowolności podejmowania decyzji instytucjom/podmiotom zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi opierać się na zagrożeniu bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi być przygotowany do udowodnienia, jeżeli zajdzie taka konieczność w procedurach odwoławczych, że istnieją obiektywne i wiarygodne elementy wskazujące na brak wiarygodności, które powodują zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa.

21. W tym kontekście należy zauważyć, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości lista podstaw wykluczenia kandydatów i oferentów w art. 39 ust. 1 i 2 jest wyczerpująca. Nie byłoby zatem możliwe wykluczenie przez państwa członkowskie lub instytucje/podmioty zamawiające kandydata lub oferenta na podstawie innych kryteriów związanych z ich kwalifikacjami zawodowymi⁹⁸.

Natomiast państwa członkowskie mogą dowolnie określać procedurę traktowania podstaw wykluczenia. Mogą w szczególności określić warunki przywrócenia kandydatów i oferentów, którzy mają wcześniejsze wyroki skazujące wykluczające ich z udziału w zamówieniu publicznym⁹⁹. Takie zasady „samooczyszczenia” muszą oczywiście być zgodne z podstawowymi zasadami prawa Unii Europejskiej, szczególnie z zasadami równego traktowania i niedyskryminacji.

3.3.2) Kryteria techniczne i/lub zawodowe

22. Art. 42 ust. 1 opisuje różne sposoby udowodnienia przez wykonawców swoich możliwości technicznych. Instytucje/podmioty zamawiające mogą wykorzystywać sposoby wymienione w tym artykule jako podstawę do określenia swoich kryteriów wyboru.

Zgodnie z art. 38 instytucje/podmioty zamawiające mogą wykorzystywać kryteria wyboru na dwa sposoby:

- Po pierwsze mogą wymagać od kandydatów wykazania minimalnych zdolności. *„Zakres informacji (...) oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.”*
- Po drugie mogą używać ich jako podstawy do sporządzenia rankingu, jeżeli zdecydują się na ograniczenie liczby odpowiednich kandydatów, których zapraszają do składania ofert.

23. W kontekście bezpieczeństwa dostaw lit. c) i h) art. 42 ust. 1 mają szczególne znaczenie:

Lit. c) odnosi się do *„opisu urządzeń technicznych oraz środków zastosowanych przez wykonawcę w celu zapewnienia jakości oraz opisu zaplecza naukowo-badawczego przedsiębiorstwa, a także przepisów wewnętrznych dotyczących własności intelektualnej”*.

⁹⁸ Wyrok z dnia 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, pkt 43.

⁹⁹ Zob. art. 73 ust. 3 dotyczący przeglądu stosowania art. 39 ust. 1 przez Komisję, który wymienia wyraźnie ewentualny przyszły wniosek legislacyjny w celu harmonizacji takich przepisów krajowych.

Ten ostatni element (uregulowania wewnętrzne dotyczące własności intelektualnej) został dodany do tekstu pochodzącego z art. 48 ust. 2 lit. c) z dyrektywy 2004/18/WE. Zgodnie z motywem 44 „wewnętrzne uregulowania przedsiębiorstwa w zakresie własności intelektualnej, obowiązujące między podmiotem zależnym a podmiotem głównym” mogą stanowić element bezpieczeństwa dostaw. Oznacza to, na przykład, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może określić jako kryterium wyboru wymóg spełniania przez kandydata standardów zarządzania własnością intelektualną, które gwarantują określony poziom ochrony.

24. Lit. h) wymienia „oświadczenie na temat narzędzi, materiałów i urządzeń technicznych, liczebności personelu i wiedzy specjalistycznej lub źródeł zaopatrzenia, wraz z opisem położenia geograficznego, jeżeli znajdują się poza terytorium Unii, dostępnych wykonawcy w celu realizacji zamówienia, sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w następstwie sytuacji kryzysowych, a także zapewnienia utrzymania, modernizacji czy adaptacji dostaw będących przedmiotem zamówienia”;

Oznacza to, że instytucja zamawiająca może zdefiniować jako kryterium wyboru wymóg szczegółowego prezentowania przez kandydatów swoich kwalifikacji technicznych do wykonania zamówienia. Jasne odniesienie do „opisu położenia geograficznego, jeżeli znajdują się poza terytorium Unii” oznacza, że położenie w państwach trzecich może być istotne dla oceny zdolności kandydata lub oferenta do wykonania zamówienia. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zatem wykluczyć kandydata lub oferenta z procedury, jeżeli uzna, że położenie geograficzne źródeł nieeuropejskich mogłoby zagrozić ich możliwości spełnienia wymogów, w szczególności tych związanych z bezpieczeństwem dostaw. Dodatkowo jeżeli wybrani oferenci są zobligowani do przyznania umów na podwykonawstwo zgodnie z przepisami określonymi w tytule III dyrektywy, każdy podwykonawca może zostać wykluczony na tych samych podstawach. Jednakże każda taka decyzja musi być oparta na indywidualnych okolicznościach każdego przypadku udzielania zamówienia i musi być proporcjonalna oraz związana z przedmiotem zamówienia.

3.4) Zaprośzenie do składania ofert, udziału w negocjacjach lub dialogu

25. Po zakończeniu przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający selekcji jakościowej, zaprasza on wybranych kandydatów do złożenia ofert, negocjacji lub udziału w dialogu. Zgodnie z art. 34 ust. 2 dyrektywy zaproszenie to musi zawierać egzemplarz specyfikacji warunków zamówienia (lub odnośnik do dostępu do tych dokumentów, jeżeli zostały one bezpośrednio udostępnione za pomocą środków elektronicznych).

Dokumenty przesłane z zaproszeniem są podstawą do przygotowania oferty. Muszą zatem zawierać szczegółowy opis wymogów bezpieczeństwa dostaw dla produktów, robót budowlanych lub usług, które są przedmiotem zamówienia, razem ze wskazaniem określonych zobowiązań oraz wszystkich certyfikatów, dokumentacji lub informacji, które należy dołączyć do oferty.

3.5) Warunki realizacji zamówienia: bezpieczeństwo dostaw a ocena ofertów

26. Zgodnie z art. 20 dyrektywy „instytucje/podmioty zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty oraz zostały wskazane w dokumentach zamówienia”. Warunki te mogą w szczególności mieć na celu zagwarantowania „bezpieczeństwa dostaw wymaganego przez instytucje/podmioty zamawiające” zgodnie z art. 23. Motyw 41 przypomina, że „warunki rea-

lizacji zamówienia są zgodne z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz że są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.” Warunki te przyjmują zwykle formę klauzuli w zamówieniu, która zawiera określone zobowiązania wybranego oferenta.

27. Drugi akapit art. 23 zawiera niewyczerpującą listę szczegółowych informacji, których dołączenia do oferty może wymagać instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający. Te szczegółowe informacje stanowią w pewnych przypadkach dokumenty (certyfikaty/dokumentacja), w innych informacje lub określone zobowiązania.

28. Przy ocenie ofert instytucje/podmioty zamawiające sprawdzają, czy złożone oferty są kompletne oraz zgodne z wymogami określonymi w specyfikacjach warunków zamówienia, uwzględniając wymogi bezpieczeństwa dostaw. Oferty, w których brak jest wymaganych szczegółowych informacji lub uznane zostaną one za niezadowalające, będą odrzucone.

Jednakże jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający uzna, że szczegółowe informacje złożone przez oferenta nie są wystarczające, żeby udowodnić w sposób satysfakcjonujący, że istotne wymogi bezpieczeństwa dostaw zostaną spełnione, powinien dać oferentowi możliwość dostarczenia dalszych wyjaśnień przed ewentualnym odrzuceniem¹⁰⁰. Może to zrobić, zwracając się do oferenta o dostarczenie dodatkowych informacji w celu złożenia wyjaśnień. W takim przypadku instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi zagwarantować, że wniosek ten jest zgodny z zasadą równego traktowania oferentów (art. 4). Oznacza to w szczególności, że wszyscy oferenci, którzy złożyli niewystarczająco szczegółowe informacje dotyczące bezpieczeństwa dostaw mają możliwość dostarczenia dodatkowych informacji na tych samych warunkach.

3.5.1) Eksport, transfer i tranzyt towarów związanych z zamówieniem

a) certyfikację lub dokumentację wskazującą w sposób zadowalający instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, że oferent będzie w stanie spełnić wymogi w zakresie wywozu, transferu lub tranzytu towarów związanych z zamówieniem, w tym wszelkie dokumenty towarzyszące uzyskane od odnośnego państwa członkowskiego lub odnośnych państw członkowskich;

29. Wymóg sformułowany w lit. a) jest zabezpieczeniem przed zagrożeniami związanymi z bezpieczeństwem dostaw, które dotyczą szczególnie transgranicznego przepływu sprzętu związanego z obronnością. Zagrożenia te dotyczą szczególnie ewentualnej odmowy, wycofania lub opóźnienia istotnych zezwoleń eksportowych i transferowych, ale również ewentualnych warunków związanych z tymi zezwoleniami, które mogłyby mieć niekorzystny wpływ na zdolność dostawcy do wypełnienia wymogów instytucji zamawiającej dotyczących bezpieczeństwa dostaw (np. zdolność tego ostatniego do obsługiwaniania, konserwacji czy modyfikacji zakupionego sprzętu).

Jako że wymóg ten z definicji dotyczy głównie dostawców z innych państw członkowskich szczególnie istotna jest jego zgodność ze standardami niedyskryminacji opisanymi w punkcie 2.2.

¹⁰⁰ Zob. w sprawie prawa oferenta do złożenia wyjaśnień, wyrok Trybunału Sprawiedliwości *Michaniki AE*, pkt 62 oraz wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach C-147/06 i C-148/06 *SECAP*, pkt 24.

Oznacza to w szczególności, że instytucja/podmiot zamawiający nie może wymagać by sprzęt, który ma być dostarczony, nie podlegał wymogom związanym z posiadaniem zezwoleń, ponieważ taki warunek prowadziłby do wykluczenia dostawców w innych państwach członkowskich UE.

30. Ponadto w momencie, gdy oferta jest przygotowywana, zezwolenie na transfer sprzętu, który ma zostać dostarczony (zwykle) nie zostało jeszcze przyznane. W momencie kiedy zacznie obowiązywać dyrektywa 2009/43/WE w sprawie warunków transferów we Wspólnocie, sytuacja ta zmieni się dla sprzętu objętego zezwoleniem generalnym (ponieważ wydawane będą zezwolenia generalne i nie będą już konieczne wnioski o indywidualne zezwolenia dla takiego sprzętu). Jednakże zanim to nastąpi (i dla innych rodzajów sprzętu nieobjętych zezwoleniem generalnym) instytucje zamawiające mogą jedynie wymagać od oferentów dostarczenia elementów wskazujących, że będą oni w stanie otrzymać zezwolenie, jeżeli zamówienie zostanie im przyznane.

W tym celu oferenci mogą dostarczyć na przykład:

- rejestr wcześniejszych transferów takiego samego sprzętu do tego samego państwa członkowskiego (w celu udowodnienia, że odnośnie instytucje zwykle nie odmawiają przyznania takiego zezwolenia), lub
- dokumenty otrzymane od władz krajowych drogą zapytań wyjaśniających lub innych oficjalnych kontaktów.

31. W celu zapewnienia, aby wykonawcy właściwie otrzymywali zezwolenia sprawnie, instytucje zamawiające mogą wymagać od oferentów dostarczenia dowodu potwierdzającego ich plany i środki niezbędne do otrzymania koniecznych zezwoleń transferowych i eksportowych. Ponadto mogą oni włączyć do specyfikacji warunków zamówienia warunki, które usprawnią i przyspieszą proces uzyskiwania zezwolenia. Mogłyby one uwzględniać skierowany do wykonawcy wymóg:

- zgłoszenia wszystkich wymogów związanych z zezwoleniami lub innymi ograniczeniami transferowymi, które mają zastosowanie do produktów, które mają być dostarczone oraz do wszystkich ich części, podsystemów, w szczególności jeżeli muszą być one dostarczone z państw trzecich,
- zgłoszenia instytucji zamawiającej elementów objętych kontrolą wywozu;
- terminowego wszczęcia działań zmierzających do otrzymania zezwoleń;
- działania w pełnym porozumieniu z instytucją zamawiającą i/lub innymi właściwymi instytucjami w kwestii procesu udzielania zezwoleń wywozowych w celu zagwarantowania spełnienia wszystkich wymogów;
- zagwarantowanie przekazania wymogów umownych wszystkim podwykonawcom, którzy mogą potrzebować zezwoleń wywozowych/transferowych.

32. Art. 23 a) również pozwala instytucjom/podmiotom zamawiającym na włączenie do specyfikacji warunków zamówienia wymogów dotyczących ewentualnych warunków nałożonych na zezwolenia na eksport i transfer, na przykład ograniczeń dostępu do pewnych informacji technicznych. W celu przeciwdziałania takim zagrożeniom instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać, jako warunku zamówienia, na przykład dostępu do kodów źródłowych lub praw własności intelektualnej do projektu kluczowych systemów i podsystemów.

33. Natomiast instytucje/podmioty zamawiające nie mogą wymagać od oferenta „by uzyskał od państwa członkowskiego zobowiązanie ograniczające swobodę tego państwa członkowskiego w zakresie stosowania ... swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt w warunkach panujących w chwili podejmowania decyzji w sprawie takich zezwoleń” (art. 23, trzeci akapit). W praktyce przepis ten jest prawdopodobnie mniej istotny dla udzielenia pierwotnego zamówienia na dostawy (ponieważ dostawcy prawdopodobnie nie uczestniczyliby w procedurze udzielania zamówień, jeżeli nie byłby pewni otrzymania niezbędnych zezwoleń). Jednakże jest to oczywiście zastrzeżenie i ogranicza wymogi dotyczące bezpieczeństwa dostaw dla etapów wykorzystywania produktów oraz ewentualnych dodatkowych zapotrzebowań w sytuacji kryzysowej (zob. poniżej punkt 2.2.4).

34. W każdym wypadku każda decyzja o wykluczeniu oferenta z innego państwa członkowskiego na podstawie wymogów dotyczących zezwoleń wymagałaby solidnego uzasadnienia powodów nieskutecznego udowodnienia przez oferenta, że

- a) właściwe instytucje kontroli eksportu najprawdopodobniej przyznałyby wymagane zezwolenia, jeżeli oferentowi udzielono by zamówienia, lub
- b) niezbędne zezwolenia transferowe i eksportowe nie zawierają żadnych warunków, które mogłyby przeszkodzić w spełnieniu wymogów związanych z bezpieczeństwem dostaw określonych w specyfikacji warunków zamówienia.

3.5.2) Ograniczenia w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystywania

b) wskazanie wszelkich ograniczeń obowiązujących instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający w zakresie ujawniania, transferu lub wykorzystania produktów i usług lub rezultatów związanych z tymi produktami i usługami, które wynikłyby z postanowień dotyczących kontroli wywozu lub bezpieczeństwa;

35. Przepis ten dotyczy w szczególności tak zwanych „czarnych skrzynek” i „urządzeń antysabotażowych”, tj. komponentów i podsystemów, które są częścią zakupionego sprzętu, ale do których klient nie ma możliwości dostępu ani modyfikacji. Dotyczy to również elementów objętych systemem kontroli wywozu lub szczególnym monitoringiem przeznaczenia, takich jak ITAR, który wymaga specjalnego zezwolenia Stanów Zjednoczonych na eksport do innych krajów, uwzględniając transfery pomiędzy państwami członkowskimi.

Wczesne ujawnienie takich ograniczeń ma fundamentalne znaczenie dla zapewnienia, aby wymogi bezpieczeństwa dostaw instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego mogły być spełnione, ale również w celu utrzymania możliwości udzielenia zamówień w procedurze konkurencyjnej na dalszy serwis sprzętu.

36. Art. 23 lit. b) uzupełnia postanowienia art. 23 a), który uznaje, że instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać od oferentów zademonstrowania ich zdolności do uzyskania zezwoleń, które są niezbędne by wywiązać się ze zobowiązań umownych. Ponadto art. 23 lit. b) stwierdza, że instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać wskazania ewentualnych ograniczeń wynikających z kontroli wywozu lub ustaleń związanych z bezpieczeństwem. Żeby wypełnić ten warunek, oferent musi tylko dostarczyć kompletne i wystarczająco szczegółowe informacje na temat takich ograniczeń (jeżeli takowe istnieją).

Instytucje/podmioty zamawiające mogą łączyć te dwa instrumenty: zgodnie z art. 23 lit. a) mogą wymagać od oferenta zademonstrowania, że najprawdopodobniej otrzyma niezbędne

zezwoleń na eksport, transfer i tranzyt, z warunkami umożliwiającymi mu wywiązanie się z obligacyjnych zobowiązań umownych. Dodatkowo mogą wymagać, na podstawie art. 23 lit. b), listy wszystkich ograniczeń, tak by mogły się nimi zająć podczas etapu negocjacji i/lub wziąć je pod uwagę na etapie udzielania zamówienia (pod warunkiem, że kwestia ta została uwzględniona we właściwych kryteriach udzielania zamówień).

3.5.3) Organizacja łańcucha dostaw

c) certyfikację i dokumentację wykazującą, że organizacja i lokalizacja łańcucha dostaw oferenta umożliwią mu spełnienie wymogów instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw określonych w dokumentacji zamówienia, a także zobowiązanie do zagwarantowania, że ewentualne zmiany w łańcuchu dostaw w trakcie realizacji zamówienia nie wpłyną negatywnie na zgodność z tymi wymogami;

37. Organizacja łańcucha dostaw oferenta obejmuje wszystkie zasoby i działania niezbędne do dostarczenia dostaw, usług i robót budowlanych, które są przedmiotem zamówienia. Analiza łańcucha dostaw musi opierać się na obiektywnych, zorientowanych na wyniki czynnikach. Instytucje zamawiające mogą zatem wymagać dowodu na to, że łańcuch dostaw jest niezawodny i stabilny. Ponadto mogą zażądać od oferentów określenia kluczowych komponentów lub potencjalnych punktów podatności na awarię tak, by umożliwić przyjęcie środków przeciwdziałania takim zagrożeniom. Lit. c) odnosi się do tych kwestii. Składa się ona z dwóch części: pierwsza odnosi się do sytuacji w momencie złożenia oferty, druga do ewentualnych przyszłych zmian w łańcuchu dostaw.

38. Zgodnie z pierwszą częścią instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać od oferenta zademonstrowania, że organizacja jego łańcucha dostaw pozwala mu na zgodność z wymogami bezpieczeństwa dostaw określonymi w specyfikacji warunków zamówienia. W tym kontekście szczególnie istotne jest unikanie wszelkiej dyskryminacji ze względu na narodowość przy ocenie lokalizacji łańcucha dostaw oferenta. Dla wszystkich miejsc produkcji i zaplecza produkcyjnego zlokalizowanych w UE, geografia może odgrywać rolę, ale jedynie ze względu na odległość i czas dostaw, nie zaś w związku z narodowością danego terytorium. Zatem wymogi bezpieczeństwa dostaw muszą opierać się wyłącznie na czynnikach obiektywnych i zorientowanych na wyniki. Mogą one dotyczyć na przykład ograniczeń czasowych oraz warunków dostępności części zamiennych, innych materiałów czy obsługi konserwacyjnej. Oferent musiałby wtedy przedstawić elementy demonstrujące, że lokalizacja i organizacja jego łańcucha dostaw pozwala mu na wykonanie niezbędnych dostaw i/lub dostarczenie wymaganych usług w wymaganych ramach czasowych na warunkach określonych w specyfikacji warunków zamówienia. Mogłoby to uwzględniać na przykład dokładny opis łańcucha dostaw ze wskazaniem wyników i zdolności danych miejsc produkcji, informacji w zakresie możliwości transportowych dostępnych oferentowi i wskazanie postanowień umownych dotyczących możliwości dostępnych podwykonawców lub dostawców zewnętrznych.

Sytuacja jest nieco inna jeżeli chodzi o łańcuchy dostaw, które są (częściowo) zlokalizowane w, lub zależne od, państw trzecich. W celu zabezpieczenia interesów bezpieczeństwa instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać od oferenta korzystania z usług tylko wiarygodnych podwykonawców z państw stowarzyszonych, na przykład w celu uniknięcia podwykonawców, którzy muszą stosować się do szczególnych systemów kontroli wywozu w państwach trzecich. Takie warunki jednak muszą być właściwe i proporcjonalne.

39. Druga część tego przepisu dotyczy bardziej ogólnego zobowiązania ze strony dostawcy do zagwarantowania, że organizacja łańcucha dostaw umożliwi mu w trakcie wykonywania zamówienia przestrzeganie wymogów bezpieczeństwa dostaw określonych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający w trakcie realizacji zamówienia.

40. W tym kontekście należy wziąć również pod uwagę, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wpływać na organizację łańcucha dostaw oferenta, jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający skorzysta z art. 21 ust. 3 i/lub 4 do zobligowania wybranego oferenta do zawarcia umów o podwykonawstwo w procedurze konkurencyjnej na podstawie art. 51-53. W takim przypadku zarówno oferent jak i instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający muszą podjąć próbę pogodzenia tych dwóch zobowiązań.

Oferent musi zobowiązać się do nałożenia odpowiednich wymogów bezpieczeństwa dostaw na swoich podwykonawców, a instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi wziąć pod uwagę niewiadome wynikające ze zobowiązań związanych z umowami o podwykonawstwo przy ocenie ofert. Po udzieleniu zamówienia art. 53 ust. 2 pozwala wybranemu oferentowi powstrzymać się od udzielania umów na podwykonawstwo „jeżeli udowodni instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, że żaden z podwykonawców biorących udział w konkursie lub żadna z ich ofert nie spełnia kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo, przez co wybrany oferent nie mógłby spełnić wymogów określonych w głównym zamówieniu”.

3.5.4) Dodatkowe potrzeby wynikające z sytuacji kryzysowej

- d) zobowiązanie oferenta do ustanowienia lub utrzymania zdolności wymaganej do sprostania ewentualnemu wzrostowi potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w wyniku sytuacji kryzysowej, na warunkach do uzgodnienia;*
- e) wszelką dokumentację dodatkową otrzymaną od władz państwowych oferenta dotyczącą zaspokojenia ewentualnego wzrostu potrzeb instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, wynikających z sytuacji kryzysowej;*

41. Przepisy lit. d) i e) obejmują zagrożenia związane z dodatkowymi potrzebami w sytuacjach kryzysowych.¹⁰¹ Lit. d) stanowi, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wymagać od oferentów ustalenia i/lub utrzymania zdolności produkcyjnej w celu spełnienia dodatkowych potrzeb w przypadku wystąpienia sytuacji kryzysowej.

Większość warunków wymienionych pod koniec tego przepisu podlega uzgodnieniu prawdopodobnie wyłącznie w sytuacji wystąpienia sytuacji kryzysowej: tylko wtedy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zna dokładnie swoje dodatkowe potrzeby, i tylko w tej konkretnej sytuacji wykonawca będzie w stanie zorientować się, jak sprostać tym potrzebom (w szczególności ponieważ sytuacja kryzysowa może również doprowadzić do powstania dodatkowych potrzeb u innych klientów).

Ewentualnie instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może wziąć pod uwagę uwzględnienie opcji i/lub zamówień warunkowych w zamówieniu. W takim przypadku może uzyskać

¹⁰¹ Zob. też definicję „sytuacji kryzysowej” w art. 1 ust. 10 dyrektywy. W tym kontekście jednakże definicja jest mniej istotna ponieważ nie wpływa na zastosowanie dyrektywy, ale na zastosowanie warunków zamówienia po udzieleniu zamówienia.

jeszcze większe bezpieczeństwo poprzez uzgodnienie cen i warunków dostawy już na tym etapie. Z drugiej strony musiałby zapłacić za takie dodatkowe zobowiązania.

42. Oficjalna dokumentacja wzmiankowana w lit. e) ma stanowić podstawę dla zobowiązania oferenta wynikającego z lit. d) w celu udzielenia dodatkowego zapewnienia instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu. Mogłoby się ono opierać na ustaleniach związanych z bezpieczeństwem dostaw takich jak te przyjęte przez państwa członkowskie w ramach procesu listu intencyjnego lub Europejskiej Agencji Obrony. Takie ustalenia mogłyby stanowić systemy określania ważności (które zamówienia realizować w pierwszej kolejności w przypadku kolidujących ze sobą zamówień) lub uwzględniać zobowiązania ogólne (dołożenia wszelkich starań w celu zrealizowania pilnych potrzeb partnerów).

Jednakże wymogi wynikające z lit. d) i e) są ograniczone zobowiązaniami dostawców z innych państw członkowskich wynikającymi z zezwoleń. W celu uniknięcia ewentualnej dyskryminacji, trzeci akapit art. 23 przewiduje, że: „nie można wymagać od oferenta, by uzyskał od państwa członkowskiego zobowiązanie ograniczające swobodę tego państwa członkowskiego w zakresie stosowania, zgodnie z odpowiednimi przepisami prawa międzynarodowego lub wspólnotowego, swoich krajowych kryteriów dotyczących zezwoleń na eksport, transfer lub tranzyt w warunkach panujących w chwili podejmowania decyzji w sprawie takich zezwoleń”.

3.5.5) Utrzymanie, modernizacja i adaptacja

f) zobowiązanie oferenta do zapewnienia utrzymania, modernizacji lub adaptacji dostaw stanowiących przedmiot zamówienia;

43. Lit. f) stwierdza, że instytucje/podmioty zamawiające mogą wymagać zobowiązania do przeprowadzenia prac kontynuacyjnych. W praktyce wskazane jest określenie takiego zobowiązania wraz z bardziej szczegółowymi zastrzeżeniami co do charakteru i przedmiotu utrzymania, modernizacji lub adaptacji, które mają być wykonane, uwzględniając, jeżeli to możliwe, przynajmniej ogólne porozumienie co do cen. Wystarczająco szczegółowe zdefiniowanie prac kontynuacyjnych nie tylko zwiększy praktyczną użyteczność zobowiązania; ogranicza ono również ryzyko prawne związane z modyfikacją lub rozszerzeniem znaczących warunków zamówienia w późniejszym etapie w trakcie wykonywania zamówienia.¹⁰²

3.5.6) Zmiany przemysłowe

g) zobowiązanie oferenta do informowania instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego na czas o każdej zmianie, jaka zaszła w jego organizacji, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej, mogącej mieć wpływ na jego zobowiązania wobec instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego;

44. Lit. g) przewiduje zobowiązanie do informowania instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego o zmianach w organizacji wykonawcy, łańcuchu dostaw lub strategii przemysłowej wybranego oferenta. Ma to na celu zagwarantowanie, by instytucja zamawiająca nie została zaskoczona decyzjami biznesowymi, które mogą wpływać na bezpieczeństwo do-

¹⁰² Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości, znaczne zmiany zasadniczych postanowień zamówienia publicznego wymagają nowej procedury udzielenia zamówienia, jeżeli znacznie różnią się charakterem od postanowień pierwotnego zamówienia, zob. wyroki z dnia 19 czerwca 2008 r. w sprawie C-454/06 *pressetext Nachrichtenagentur GmbH*, pkt 34 do 37, oraz z dnia 13 kwietnia 2010 w sprawie C-91/08 *Wall AG*, pkt 37 and 38.

staw oraz by miała wystarczająco dużo czasu na znalezienie i/lub wynegocjowanie alternatywnych rozwiązań, jeżeli zajdzie taka konieczność. W odniesieniu do ewentualnych zmian w łańcuchu dostaw w trakcie trwania zamówienia, lit. g) należy odczytywać razem z drugą częścią lit. c), która przewiduje zobowiązanie gwarantujące, że takie zmiany „nie wpłyną negatywnie na zgodność z” wymogami bezpieczeństwa dostaw określonymi w specyfikacji warunków zamówienia.

3.5.7) Zaprzeszanie produkcji

h) zobowiązanie oferenta do zapewnienia instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, na warunkach do uzgodnienia, wszelkich szczególnych środków produkcji części zamiennych, elementów oraz specjalnego wyposażenia testowego, w tym rysunków technicznych, licencji i instrukcji użytkowania, jeżeli nie jest on już w stanie zapewnić tych dostaw.

45. Lit. h) dotyczy ryzyka związanego z zaprzestaniem produkcji sprzętu wojskowego lub sprzętu związanego z bezpieczeństwem. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może żądać zobowiązania, które pozwoli mu na otrzymanie wszystkich środków szczególnych niezbędnych do produkcji tego sprzętu.

Jeżeli chodzi o lit. d) większość „warunków” wzmiankowanych pod koniec przepisu może prawdopodobnie zostać uzgodniona w momencie wystąpienia takiej konkretnej sytuacji. Może tak się stać w sytuacji, gdy dostawca zbankrutuje lub podejmie decyzję o rezygnacji z danej działalności.

3.6) Kryteria udzielania zamówień: bezpieczeństwo dostaw a decyzja o udzieleniu zamówienia

46. Po wykluczeniu przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający tych oferentów, którzy nie spełniają minimalnych warunków wykonania zamówienia, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający:

- w procedurze ograniczonej, przechodzi do etapu udzielania zamówienia, udzielając zamówienia zgodnie z art. 47;
- w procedurze negocjacyjnej, „negocjuje z oferentami złożone przez nich oferty w celu dostosowania ich do wymogów, określonych w ogłoszeniu o zamówieniu, specyfikacjach technicznych zamówienia oraz ewentualnie w dokumentach dodatkowych” (art. 26 ust. 1). Etap negocjacji daje zatem możliwość szczegółowego przedyskutowania z oferentami wymogów bezpieczeństwa dostaw oraz środków ich spełnienia. Jednakże instytucja zamawiająca musi zagwarantować prowadzenie negocjacji w sposób niedyskryminujący i nie dawać żadnym oferentom przewagi nad innymi. Negocjacje mogą być prowadzone w sukcesywnych etapach w celu stopniowego zmniejszania liczby oferentów przy użyciu kryteriów udzielania zamówień określonych w ogłoszeniu o zamówieniu lub specyfikacjach warunków zamówienia (art. 26 ust. 3)). Na podstawie dostosowanych ofert instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wyszukuje najlepszą ofertę zgodnie z art. 47;
- w dialogu konkurencyjnym, ewentualnie zwraca się o udzielenie wyjaśnienia, specyfikację lub poprawienie ofert, a następnie wybiera najbardziej ekonomicznie korzystną ofertę zgodnie z art. 47.

47. Decyzje o udzieleniu zamówienia muszą być podejmowane „na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji” (motyw 69).

Na mocy art. 47 dyrektywy do instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego należy decyzja o udzieleniu zamówienia na podstawie kryterium oferty oferującej najniższą cenę albo oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Ponieważ zamówienia przewidziane w dyrektywie są zwykle złożone i niewrażliwe, decyzje o udzieleniu zamówienia będą w większości przypadków oparte na kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie.

48. Kiedy instytucje/podmioty zamawiające udzielają zamówienia na podstawie kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, „dokonują one oceny ofert w celu wyłonienia oferty prezentującej najlepszą relację jakości do ceny. W tym celu określają one kryteria ekonomiczne i jakościowe, które, potraktowane łącznie, muszą umożliwić wyłonienie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie dla instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego. Określenie tych kryteriów uzależnione jest od przedmiotu zamówienia, gdyż muszą one umożliwić ocenę poziomu wykonania przedstawionego w każdej ofercie w świetle przedmiotu zamówienia, zdefiniowanego w specyfikacjach technicznych, oraz ocenę relacji jakości do ceny każdej z ofert” (motyw 71).

W ramach ograniczeń wyjaśnionych poniżej instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może dowolnie decydować o doborze kryteriów udzielania zamówienia, które chce stosować w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Kryteria udzielania zamówień i ich względna waga muszą być wskazane w ogłoszeniu o zamówieniu i/lub specyfikacji warunków zamówienia¹⁰³, tak by oferenci byli świadomi tych oczekiwań w trakcie przygotowywania oferty¹⁰⁴. Kryteria muszą być sformułowane, jak to ujął Trybunał, w taki sposób by „umożliwić wszystkim należycie poinformowanym oferentom działającym ze zwykłą starannością na zinterpretowanie ich w taki sam sposób”¹⁰⁵.

Zgodnie z art. 47 ust. 1 lit. a) dyrektywy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może traktować spełnienie wymogów bezpieczeństwa dostaw jako kryterium udzielania zamówienia¹⁰⁶. Art. 23 wskazuje co mogłyby obejmować te kryteria.

49. Jednakże istnieją trzy ważne ograniczenia wynikające ze sformułowania art. 47 ust. 1 lit. a) oraz odnośnego orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości:

1. Kryteria udzielania zamówień muszą być związane z przedmiotem zamówienia. Oznacza to, że na przykład tylko te części łańcucha dostaw, które byłyby konkretnie wykorzystywane w celu wykonania danego zamówienia, mogą być brane pod uwagę. Tak samo tylko usługi konserwacji i serwisu dla sprzętu objętego zamówieniem mogą być brane pod uwagę.

¹⁰³ Zob. art. 32 ust. 1 w połączeniu z załącznikiem IV i art. 47 ust. 2 dyrektywy. Zgodnie art. 47 ust. 2 akapit trzeci wskazanie względnej wagi różnych kryteriów można zastąpić wskazaniem kryteriów w porządku od najważniejszego do najmniej ważnego, jeżeli instytucja/podmiot zamawiający uzna, że przedstawienie wag nie jest możliwe z oczywistych przyczyn.

¹⁰⁴ Zob. wyrok z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, pkt 62.

¹⁰⁵ Zob. wyrok z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG i Wienstrom AG*, pkt 57.

¹⁰⁶ Zob. również wyrok *EVN AG i Wienstrom AG*, pkt 70, gdzie Trybunał wyraźnie stwierdza, że „niezawodność dostaw może być co do zasady zaliczana do kryteriów stosowanych przy wyłanianiu ofert najkorzystniejszej ekonomicznie”, i wyrok z dnia 28 marca 1995 r. w sprawie C-324/93 *Evans Medical Ltd*, pkt 44: „niezawodność dostaw jest jednym z kryteriów, które mogą być brane pod uwagę ... w celu wyłonienia oferty najkorzystniejszej ekonomicznie”.

2. Kryteria udzielania zamówień nie mogą dawać instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu bezwzględnej swobody wyboru w zakresie udzielenia zamówienia¹⁰⁷. Muszą być one wyrażone w formie konkretnych i mierzalnych wymogów, które pozwalają na skuteczną weryfikację informacji udzielonych przez oferentów¹⁰⁸. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający muszą zatem jasno określić treść zobowiązań oraz stosować przejrzyste i weryfikowalne parametry oceny.
3. Kryteria udzielania zamówień muszą być zgodne ze wszystkimi fundamentalnymi zasadami prawa UE, w szczególności z zasadą niedyskryminacji¹⁰⁹.

50. Ponadto należy podkreślić, że zgodnie z utrwalonym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości decyzja o udzieleniu zamówienia musi być oparta wyłącznie na kryteriach mających na celu wyłonienie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. Z kolei kryteria związane z oceną odpowiedniości oferentów w zakresie wykonania danego zamówienia są niedopuszczalne¹¹⁰. Na przykład kryteria związane z doświadczeniem oferenta, z konkretnymi kwalifikacjami jego personelu, konkretnymi cechami sprzętu technicznego, czy ze źródłem jego dostaw są ściśle ograniczone do etapu selekcji¹¹¹.

4) Prawo pierwotne UE a bezpieczeństwo dostaw

51. Motyw 16 stwierdza, że art. 36, 51, 52, 62 i 346 TFUE przewidują „szczególne wyjątki od stosowania ustalonych zasad, a w konsekwencji od stosowania prawa wynikającego z tych zasad. W związku z tym żaden przepis niniejszej dyrektywy nie powinien zabraniać nakładania ani stosowania środków, które byłyby konieczne do ochrony interesów uznanych za uzasadnione przez wyżej wymienione postanowienia Traktatu. Oznacza to w szczególności, że udzielanie zamówień objętych zakresem stosowania niniejszej dyrektywy może podlegać wyłączeniu, jeżeli jest uzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego lub konieczne dla obrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego.”

Ponadto motyw 16 stanowi, że „może tak być w przypadku zamówień zarówno w dziedzinie obronności jak i bezpieczeństwa, które wymagają takich wyjątkowo surowych wymogów bezpieczeństwa dostaw [...] że nawet szczególne przepisy niniejszej dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich.”

52. Zatem bezpieczeństwo dostaw jest wyraźnie uznawane za możliwe uzasadnienie dla wynikającego z Traktatu odstępstwa w stosunku do zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Jednakże w tym kontekście należy zauważyć, że podstawy prawne dla odstępstwa byłyby różne w odniesieniu do obronności i bezpieczeństwa: w dziedzinie obronności największe znaczenie ma art. 346 Traktatu; art. 346 ust. 1 lit. b) może również obejmować wymogi dotyczące bezpieczeństwa dostaw. Jednakże zakres art. 346 ust. 1 lit. b) ograniczony jest do broni, amunicji i materiałów wojennych i nie obejmuje związanych z bezpieczeństwem niewojskowych dostaw, usług i robót budowlanych. W przypadku tych ostatnich odstępstwo ze względu na bezpieczeństwo dostaw musiałoby zatem być uzasadnione na podstawie art. 36 TFUE.

¹⁰⁷ Zob. wyrok *Concordia Bus Finland*, pkt 61.

¹⁰⁸ Zob. wyrok *EVN AG i Wienstrom AG*, pkt 52.

¹⁰⁹ Zob. wyrok *Concordia Bus Finland*, pkt 63.

¹¹⁰ Zob. wyroki C-532/06 *Lianakis i inni*, pkt 26 do 30 oraz C-199/07 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 51 do 55.

¹¹¹ Zob. powyżej, punkt 15.

4.1) Art. 346 TFUE

53. Motyw 16 uznaje bezpieczeństwo dostaw za możliwe uzasadnienie dla wykorzystania art. 348 TFUE. Rodzi się pytanie, które zamówienia „wymagają takich wyjątkowo surowych wymogów bezpieczeństwa dostaw, że nawet szczególne przepisy niniejszej dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa”. W tym kontekście nie można wykluczyć różnych sytuacji, na przykład:

- Zakupiony sprzęt/usługa jest strategicznie tak istotny, że każda zależność od zezwolenia innego państwa członkowskiego uznawana jest za zagrożenie dla istotnych interesów bezpieczeństwa. Biorąc pod uwagę ograniczoną liczbę przypadków, w których odmawia się zezwoleń na transfery wewnątrz UE, argument ten wydaje się dopuszczalny tylko w przypadku wyjątkowo newralgicznych zakupów (np. kryptologia, sprzęt chemiczny, biologiczny, radiologiczny i jądrowy, itd.).
- Część działań związanych z zamówieniem (konserwacja, serwis w trakcie użytkowania) muszą być wykonywane, szczególnie w trakcie sytuacji kryzysowej, na terytorium państwa członkowskiego i wyłącznie przez krajowego dostawcę. W takim przypadku dane państwo członkowskie musiałoby być w stanie wykazać, dlaczego mniej restrykcyjne środki, takie jak ustanowienie infrastruktury biznesowej przez dostawcę niekrajowego w miejscu wykonywania zamówienia, mogą nie dać takiego samego rezultatu jak udzielenie zamówienia dostawcy krajowemu.
- Zamówienie musi być udzielone konkretnemu dostawcy krajowemu w celu utrzymania lub ustanowienia krajowego potencjału przemysłowego, ponieważ państwo członkowskie uznaje za niezbędną dla swoich istotnych interesów bezpieczeństwa niezależność od niekrajowego dostawcy w tym szczególnym obszarze. W takim przypadku wymóg bezpieczeństwa dostaw dotyczyłby nie tylko przedmiotu zamówienia, ale również potencjału przemysłowego, który jest niezbędny dla wykonania zamówienia. Istotne interesy bezpieczeństwa polegałyby na utrzymaniu lub ustanowieniu tego konkretnego potencjału przemysłowego na szczeblu krajowym.

54. W tym kontekście należy przypomnieć, że zgodnie z przyjętym orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości odstępstwo na podstawie art. 346 TFUE ograniczone jest do wyjątkowych i wyraźnie określonych przypadków, a podjęte środki nie mogą wychodzić poza ograniczenia takich przypadków¹¹². Jak każde inne odstępstwo od podstawowych swobód musi być ono ściśle interpretowane¹¹³. Ponadto względy ekonomiczne nie są uznawane za podstawę dla uzasadnienia ograniczeń swobód gwarantowanych w Traktacie. Środki prowadzące do naruszenia zakazu dyskryminacji ze względu na narodowość mogą być dozwolone tylko w przypadku, gdy są uzasadnione przez jeden z względów nieekonomicznych wymienionych w art. 36, 51, 52, 62 i 346 TFUE. Oznacza to, że decyzja o utrzymaniu konkretnego potencjału przemysłowego musi opierać się wyłącznie na interesach bezpieczeństwa, a nie na interesach ekonomicznych lub związanych z zatrudnieniem.

Zasady te są dodatkowo podkreślone przez motyw 17 dyrektywy, który stwierdza, że „możliwość zastosowania takich wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane artykuły pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie niniejszej dyrektywy musi być zara-

¹¹² Zob. wyrok w sprawie C-414/97 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, pkt 22, oraz wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, pkt 68.

¹¹³ Zob. wyrok z dnia 2 października 2008 r. w sprawie C-157/06 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 23 do 25, oraz wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, pkt 69.

zem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług.”

55. Dlatego też jeżeli państwo członkowskie zamierza powołać się na art. 346 TFUE przy udzielaniu zamówienia bez przestrzegania wymogów proceduralnych określonych w dyrektywie, musi ono zagwarantować, że konkretne wybrane środki są niezbędne dla ochrony jego istotnych interesów bezpieczeństwa¹¹⁴. Zatem decyzja o skorzystaniu z art. 346 TFUE musi opierać się na ocenie indywidualnej danego przypadku, która określa zagrożone istotne interesy bezpieczeństwa i ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, tj. niestosowania dyrektywy lub pewnych postanowień dyrektywy, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TFUE.

Oznacza to, że w przypadku bezpośredniego udzielenia zamówienia konkretnemu dostawcy lub wyłącznie krajowym dostawcom ze względów bezpieczeństwa dostaw, dane państwo członkowskie musi być przygotowane do wskazania istotnych interesów bezpieczeństwa, które wymagają udzielenia zamówienia konkretnemu dostawcy. Musi również wykazać, że udzielenie zamówienia było odpowiednim środkiem ochrony tych interesów oraz wyjaśnić, dlaczego nie było możliwe osiągnięcie tego samego celu przy pomocy mniej restrykcyjnych środków.

Szczegóły argumentacji zależeć będą od okoliczności każdego przypadku. Jeżeli na przykład państwo członkowskie udziela zamówień na konserwację i naprawę konkretnego sprzętu wojskowego krajowemu dostawcy w celu utrzymania konkretnego potencjału przemysłowego, musi być w stanie określić dokładnie potencjał przemysłowy do utrzymania oraz zobrazować, dlaczego utrzymanie tego konkretnego potencjału przemysłowego stanowi samo w sobie istotny interes bezpieczeństwa. W tym kontekście pierwsze wskazanie mogłoby na przykład stanowić znaczenie nadane temu potencjałowi przemysłowemu w Białej Księdze Obronności i/lub Przemysłowej Strategii Obronnej. Chodzi o to, że chociaż państwa członkowskie mają dużą dowolność w definiowaniu swoich istotnych interesów bezpieczeństwa, muszą być w stanie wiarygodnie wykazać, dlaczego konkretny potencjał przemysłowy jest istotny dla ich interesów bezpieczeństwa. Jest to szczególnie ważne w celu udowodnienia, jeżeli to konieczne, że podstawy stosowania odstępstwa nie mają charakteru ekonomicznego. Ponadto państwo członkowskie musiałoby udowodnić, że udzielenie tych konkretnych zamówień było odpowiednim środkiem utrzymania odnośnego potencjału.

Musiałoby również postępować w zgodzie z zasadą proporcjonalności i ograniczyć przedmiot zamówienia, wartość i czas trwania wyłączonych zamówień ściśle do tego, co jest niezbędne do utrzymania wymaganego potencjału przemysłowego. Oznacza to w szczególności, że dostawca krajowy posiadający odnośny potencjał nie może automatycznie skorzystać z bezpośredniego udzielenia wszystkich zamówień w sektorze, w którym funkcjonuje. Przeciwnie, dane państwo członkowskie musi być w stanie udowodnić w każdym przypadku, dlaczego dane zamówienie musi być udzielone w celu utrzymania konkretnego potencjału przemysłowego.

4.2) Artykuły 36, 52 i 62 TFUE a bezpieczeństwo publiczne

56. Art. 36, 52 i 62 TFUE zawierają odstępstwa od zakazów i ograniczeń podstawowych swobód¹¹⁵, które uzasadnione są szeregiem szczególnych względów, uwzględniając „bezpie-

¹¹⁴ Zob. wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, pkt 72.

¹¹⁵ Art. 36 dotyczy swobodnego przepływu towarów, art. 52 swobody przedsiębiorczości, art. 62 swobody świadczenia usług.

czeństwo publiczne”. Odstępstwa te są jednym z kamieni węgielnych orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości w kwestii koncepcji i zakresu stosowania podstawowych swobód.

57. W celu skorzystania z tych przepisów państwa członkowskie muszą dowieść, że podjęte środki są uzasadnione obiektywnymi okolicznościami odpowiadającymi potrzebom bezpieczeństwa publicznego. W tym kontekście koncepcja bezpieczeństwa publicznego obejmuje zarówno bezpieczeństwo wewnętrzne jak i zewnętrzne¹¹⁶. Trybunał Sprawiedliwości uznał również, że wymogi bezpieczeństwa dostaw mogą stanowić względy bezpieczeństwa publicznego uzasadniające odstępstwo od art. 36 TFUE¹¹⁷.

58. Jednakże motyw 17 dyrektywy przypomina, że zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości „możliwość zastosowania takich wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane artykuły pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie niniejszej dyrektywy musi być zarazem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług.”

59. Jak w przypadku art. 346 TFUE, środki podjęte na mocy art. 36, 52 i 62 TFUE muszą być ograniczone do tego, co jest ściśle niezbędne dla ochrony zagrożonego interesu bezpieczeństwa publicznego.

Dlatego też odstępstwo wynikające z tych artykułów jest możliwe tylko pod następującymi warunkami:

1. Bezpieczeństwo dostaw nie może być dostatecznie zagwarantowane przez środki podjęte na podstawie prawa UE i/lub zapewnione przez działanie na poziomie Unii;¹¹⁸
2. Środki podejmowane są w celu osiągnięcia celów bezpieczeństwa publicznego, nie ze względów ekonomicznych.¹¹⁹
3. Podjęte środki obiektywnie umożliwiają zapewnienie bezpieczeństwa dostaw lub co najmniej doprowadzenie do obiektywnej poprawy sytuacji bezpieczeństwa dostaw;¹²⁰
4. Środki muszą być zgodne z zasadą proporcjonalności, tj. nie może istnieć żaden, mniej restrykcyjny środek umożliwiający osiągnięcia celu bezpieczeństwa dostaw. Jak już wspomniano w kontekście art. 346 TFUE, dotyczy to przedmiotu, wartości i również czasu trwania zamówień udzielonych bez zastosowania dyrektywy.

60. W przypadku wszystkich odstępstw na podstawie Traktatu, obowiązek udowodnienia, że spełnione są warunki zastosowania art. 36, 52 i 62 TFUE leży po stronie państwa członkowskiego powołującego się na te odstępstwa.

¹¹⁶ Zob. wyrok z dnia 4 października 1991 r. w sprawie C-367/89 *Richardt*, pkt 22.

¹¹⁷ Zob. wyrok z dnia 10 lipca w sprawie 72/83 *Campus Oil*, pkt 34.

¹¹⁸ Zob. wyrok *Campus Oil*, pkt 27 do 31.

¹¹⁹ Zob. wyrok *Campus Oil*, pkt 35 i wyrok z dnia 25 października 2001 r. w sprawie C-398/98 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 30.

¹²⁰ Zob. wyrok *Campus Oil*, pkt 39.

VIII. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA BEZPIECZEŃSTWA INFORMACJI

1) Wstęp

1. Biorąc pod uwagę newralgiczny charakter wielu zamówień z dziedziny obronności i bezpieczeństwa, bezpieczeństwo informacji stanowi szczególnie istotne zagadnienie w dyrektywie 2009/81/WE¹²¹. Zdolność i wiarygodność wykonawców związane z ochroną informacji niejawnych¹²² są kluczowe dla udzielania i realizowania wielu zamówień z dziedziny obronności lub newralgicznego sprzętu związanego z bezpieczeństwem. Wymogi bezpieczeństwa informacji obowiązują w trakcie trwania zamówienia i będą praktycznie testowane w trakcie realizacji zamówienia.

Jednocześnie otwarcie rynków związanych z obronnością i bezpieczeństwem w UE jest utrudnione z powodu braku ogólnoeuropejskich przepisów dotyczących bezpieczeństwa informacji. Do każdego państwa członkowskiego należy określenie jakie informacje należy zaklasyfikować i na jakim poziomie poufności; każde państwo członkowskie udziela też własnych poświadczeń bezpieczeństwa potwierdzających zdolność dostawcy do ochrony informacji poufnych. Te certyfikaty bezpieczeństwa nie są automatycznie uznawane przez inne państwa członkowskie. Jednak w wielu przypadkach umowy dwustronne lub inne odpowiednie umowy lub porozumienia uwzględniają postanowienia dotyczące wzajemnego uznawania certyfikatów bezpieczeństwa, które zmniejszają negatywny wpływ na skuteczność dyrektywy.

2. Dyrektywa przewiduje różne zabezpieczenia dotyczące bezpieczeństwa informacji, co powinno umożliwić instytucjom/podmiotom zamawiającym ograniczenie zarówno wykluczeń jak i wyłączeń na podstawie Traktatu ze względów związanych z poufnością do rzeczywiście wyjątkowych przypadków.

Bezpieczeństwo informacji pojawia się w różnych miejscach w dyrektywie: wzmiankowane jest jako wymóg na etapie zbierania ofert i udzielania zamówień (art. 7) i może być przyczyną wyłączenia (art. 13), warunkiem zamówienia (art. 20 i 22) oraz kryterium kwalifikacji (art. 39 i 42). Razem postanowienia te pozwalają na stosowanie wymogów dotyczących ochrony informacji niejawnych na wszystkich etapach od początku procedury udzielania zamówienia do końca realizacji zamówienia.

2) Postanowienia ogólne: ochrona informacji niejawnych

3. Art. 7 stanowi część zasad ogólnych dotyczących przeprowadzania procedury. Pozwala instytucjom/podmiotom zamawiającym „*nałożyć na wykonawców wymagania mające na celu ochronę niejawnych informacji, które przekazują w trakcie procedury zbierania ofert i udzielania zamówień. Mogą również wymagać od tych wykonawców zagwarantowania zastosowania się do tych wymagań przez podwykonawców*”.

¹²¹ Zob. motywy 8 i 9 dyrektywy.

¹²² Zgodnie z art. 1 ust. 8 dyrektywy informacje niejawne „*oznaczają wszelkie informacje lub materiały, niezależnie od ich formy, charakteru lub sposobu ich przekazania, którym przyznano określony poziom niejawności lub ochrony ze względów bezpieczeństwa i które — w interesie bezpieczeństwa narodowego i zgodnie z przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi obowiązującymi w danym państwie członkowskim — wymagają ochrony przed wszelkim sprzeniewierzeniem, zniszczeniem, usunięciem, ujawnieniem, utratą lub dostępem ze strony osób nieupoważnionych lub wszelkim innym zagrożeniem*”.

Przepis ten zapewnia bezpieczeństwo informacji niejawnych przekazanych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający wszystkim kandydatom i oferentom do czasu rzeczywistego udzielania zamówienia. W praktyce art. 7 pozwala instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu na podjęcie decyzji o tym, że każdy udział w procedurze, w szczególności wysyłka dokumentów do wybranych kandydatów, podlega (przedumownemu) zobowiązaniu kandydatów/ofertentów do właściwego zabezpieczenia wszystkich informacji niejawnych, na które zwrócono ich uwagę i/lub dostarczono im, jeżeli to konieczne, w specjalnym poświadczeniu bezpieczeństwa.

4. Po udzieleniu zamówienia odpowiedni poziom bezpieczeństwa informacji można osiągnąć za pomocą warunków realizacji zamówienia wynikających z art. 20 i 22 dyrektywy.

3) Kryteria kwalifikacji podmiotowej

3.1) Zasady ogólne

5. Art. 39 do 46 dyrektywy dotyczą kwalifikacji podmiotowej kandydatów i ofertentów. Na tym etapie procedury instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi ocenić predyspozycje wykonawców na podstawie kryteriów wyłączenia i kryteriów związanych z sytuacją ekonomiczną i finansową oraz wiedzą czy możliwościami zawodowymi i technicznymi. Przy udzielaniu niewrażliwych zamówień z dziedziny bezpieczeństwa, wiarygodność i możliwość zagwarantowania bezpieczeństwa informacji jest jednym z kluczowych kryteriów kwalifikacji podmiotowej.

Kwalifikację podmiotową kandydatów i ofertentów należy odróżnić od etapu oceny ofert. Jest ona ściśle ograniczona do predyspozycji wykonawców i dotyczy w związku z tym tylko ich sytuacji, możliwości i wiarygodności jako takich, a nie produktów i usług, które oferują w ramach wykonania zamówienia.

6. W procedurach ograniczonych, negocjacyjnych z publikacją ogłoszenia o zamówieniu i dialogu konkurencyjnym, kwalifikacja podmiotowa zwykle odbywa się w momencie selekcji kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do złożenia oferty. Art. 38 ust. 3 dyrektywy stwierdza, że „instytucje/podmioty zamawiające mogą ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, których zaproszą do składania ofert lub negocjacji” stosując obiektywne i niedyskryminacyjne kryteria kwalifikacji.

Dodatkowo instytucje/podmioty zamawiające mogą żądać od kandydatów wykazania pewnych minimalnych zdolności zgodnie z art. 41 i 42 dyrektywy.

3.2) Podstawy wykluczenia kandydatów i ofertentów

7. Art. 39 zawiera listę przypadków, w których kandydat lub oferent może być wykluczony z udziału w procedurze udzielania zamówienia. Ustęp pierwszy przewiduje obowiązkowe wykluczenie w przypadku skazania prawomocnym wyrokiem sądu za pewne przestępstwa, ustęp drugi zaś pozostawia instytucji zamawiającej margines dowolności w podjęciu decyzji o wykluczeniu kandydatów lub ofertentów, którzy popełnili szczególne rodzaje wykroczeń zawodowych. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości listy podstaw wykluczenia w art. 39 ust. 1 i 2 są wyczerpujące. Nie byłoby zatem możliwe wykluczenie przez państwo członkowskie lub instytucje/podmioty zamawiające kandydatów lub ofertentów na podstawie innych kryteriów związanych z ich właściwościami zawodowymi.¹²³

¹²³ Wyrok z 16 grudnia 2008 r. w sprawie C-213/07 *Michaniki AE*, pkt 43.

Art. 39 ust. 2 zawiera dwa kryteria wykluczenia związane z bezpieczeństwem informacji. Stwierdza on, że „z udziału w zamówieniu można wykluczyć każdego wykonawcę, który:

...

- d) *jest winny poważnego wykroczenia zawodowego, udowodnionego dowolnymi środkami przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, takiego jak na przykład pogwałcenie zobowiązań w zakresie bezpieczeństwa informacji lub bezpieczeństwa dostaw w czasie wcześniejszego zamówienia;*
- e) *na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych, uznano, że nie posiada wiarygodności niezbędnej do wykluczenia zagrożenia dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”.*

8. Lit. d) odnosi się wyraźnie do naruszeń zobowiązań dotyczących bezpieczeństwa informacji w trakcie wcześniejszych zamówień. Obejmuje to również naruszenia takich zamówień w stosunku do innych instytucji/podmiotów zamawiających, bez względu na to, w którym państwie członkowskim znajduje się ich siedziba. Chociaż przepis ten nie wymaga skazania prawomocnym wyrokiem sądu, dość mocne określenia „winny” oraz „udowodnionego” wskazują, że instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi polegać na obiektywnych i wiarygodnych informacjach, jeżeli chce wykluczyć kandydata/oferenta z procedury na tych podstawach.

9. Lit. e) dotyczy wiarygodności kandydatów i oferentów. Motyw 67 potwierdza, że „ze względu na newralgiczny charakter sektora, zaufanie do wykonawców, którym udziela się zamówienia, jest rzeczą kluczową. Zaufanie to zależy szczególnie od ich zdolności do sprostania wymogom instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego w zakresie bezpieczeństwa dostaw i bezpieczeństwa informacji”. Motyw 65 rozszerza koncepcję wiarygodności, wskazując, że wykonawcy muszą być „wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zagrożenie takie może wynikać z niektórych cech produktów dostarczonych przez kandydata lub z jego struktury własności”. Potwierdza to, że wiarygodność wykonawców może również zależeć od czynników innych niż ich zdolność do ochrony informacji niejawnych.

W świetle szczególnie newralgicznego charakteru pewnych zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem art. 39 ust. 2 lit. e) pozwala na udowodnienie braku wiarygodności „na podstawie dowolnych środków dowodowych, w tym chronionych źródeł danych”. Motyw 65 stwierdza, że „wykluczenie wykonawców powinno być ... możliwe w przypadku gdy instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający posiada informacje, w stosownych przypadkach pochodzące z chronionego źródła, mówiące, że wykonawcy ci nie są wystarczająco wiarygodni, aby wykluczyć zagrożenie dla bezpieczeństwa państwa członkowskiego”.

Lit. e) i motyw 65 wskazują na przypadki, gdzie instytucje/podmioty zamawiające mogą kwestionować wiarygodność kandydata, nawet jeżeli posiada on certyfikaty bezpieczeństwa wydane przez swoje władze krajowe. W przypadkach, które wychodzą poza kwestie czysto prawne lub zwykłe kwestie związane z udzielaniem zamówień, chronione źródła danych mogą być rzeczywiście ważnym — jeżeli nie jedynym — sposobem ustalenia, że zagrożenia bezpieczeństwa nie można wykluczyć.

Jednakże lit. e) nie daje całkowitej dowolności instytucjom/podmiotom zamawiającym. Każde wykluczenie kandydata lub oferenta musi wynikać z zagrożenia bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Ponadto, zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi wciąż gotowy udowodnić, jeżeli to konieczne w specjalnej procedurze odwoławczej, wiarygodność swojej decyzji.

3.3) Kryteria możliwości technicznych i zawodowych

10. Art. 42 ust. 1 opisuje różne sposoby dostarczania dowodów swoich możliwości technicznych przez wykonawców. Instytucje/podmioty zamawiające mogą wykorzystywać te środki jako podstawę dla swoich kryteriów kwalifikacji.

Zgodnie z art. 38 instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować kryteria kwalifikacji na dwa sposoby:

- Po pierwsze mogą żądać od kandydatów spełnienia wymagań dotyczących minimalnych zdolności. *„Zakres informacji (...) oraz minimalne zdolności wymagane w przypadku konkretnego zamówienia muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.”*
- Po drugie mogą wykorzystywać je jako podstawę do sporządzenia rankingu, jeżeli zdecydują się ograniczyć liczbę odpowiednich kandydatów, którzy zostaną zaproszeni do złożenia ofert.

11. W kontekście bezpieczeństwa informacji szczególnie istotna jest lit. j) art. 42 ust. 1. Stwierdza on, że wymagane są *„w odniesieniu do zamówień wymagających informacji poufnych, związanych z nimi lub je zawierających, dowody potwierdzające zdolność przetwarzania, przechowywania i przekazywania takich informacji na poziomie ochrony wymaganym przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. W przypadku braku harmonizacji krajowych systemów bezpieczeństwa na poziomie Wspólnoty, państwa członkowskie mogą przewidzieć, że dowody te muszą spełniać odpowiednie przepisy prawa krajowego dotyczące certyfikatów bezpieczeństwa.”*

W tym kontekście motyw 68 stwierdza, że *„instytucje/podmioty zamawiające lub państwa członkowskie określają poziom kwalifikacji technicznych wymaganych w tej dziedzinie, aby uczestniczyć w procedurze udzielania zamówienia oraz oceniają, czy kandydaci zapewniają wymagany poziom bezpieczeństwa”*.

Jedynym dowodem potwierdzającym zdolność kandydata do postępowania z informacjami niejawnymi na wymaganym poziomie ochrony jest instytucjonalne świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego wydane przez własną krajową władzę bezpieczeństwa/wyznaczony organ bezpieczeństwa na podstawie właściwych przepisów krajowych. Te świadectwa bezpieczeństwa przemysłowego wydawane są tylko dla zamówień związanych z informacjami niejawnymi na poziomie POUFNE lub wyżej (nie dla poziomu ZASTRZEŻONE). W tym kontekście należy zauważyć, że wykonawcy nie posiadają kopii tego świadectwa bezpieczeństwa. Instytucje/podmioty zamawiające mogą zatem wyłącznie żądać od kandydatów oświadczenia, że posiadają świadectwo lub, że są przygotowane do podjęcia niezbędnych środków bezpieczeństwa w celu uzyskania takiego certyfikatu. Instytucje/podmioty zamawiające kontaktują się więc z właściwymi krajowymi władzami bezpieczeństwa/wyznaczonymi organami bezpieczeństwa w celu otrzymania potwierdzenia, że kandydaci posiadają świadectwo bezpieczeństwa przemysłowego na wymaganym poziomie lub, w odpowiednich przypadkach, zwracają się o wszczęcie procedury udzielenia kandydatowi świadectwa bezpieczeństwa.

12. Zgodnie z motywem 43 *„instytucje/podmioty zamawiające lub państwa członkowskie określają te wymogi zgodnie z prawem lub przepisami krajowymi oraz ustalają, czy poświadczenia bezpieczeństwa wydane zgodnie z prawem krajowym innego państwa członkowskiego są równoważne z poświadczeniami wydawanymi przez ich własne właściwe organy”*. Jednocześnie art. 42 ust. 1 lit. j) precyzuje, że *„państwa członkowskie uznają certyfikaty bezpieczeństwa,*

które uważają za równoważne z certyfikatami wydanymi zgodnie z ich prawem krajowym, posiadają jednak możliwość przeprowadzania i uwzględniania dalszych samodzielnych analiz, jeżeli uznaje się je za konieczne". W wielu przypadkach państwa członkowskie posiadają dwustronne umowy lub porozumienia dotyczące poziomów niejawności i wymogów bezpieczeństwa, takich jak świadectwa bezpieczeństwa dla obiektów i personelu firmy.

W takich przypadkach, instytucje/podmioty zamawiające uznają świadectwa bezpieczeństwa udzielone przez krajowe władze bezpieczeństwa/wyznaczone organy bezpieczeństwa innego państwa członkowskiego jako dowód zdolności kandydata do zapewnienia bezpieczeństwa informacji niejawnych zgodnie z krajowymi prawami i przepisami w dziedzinie obronności oraz dwustronnymi umowami i porozumieniami.

Jednakże „nawet w przypadkach istnienia takich porozumień [lub umów] weryfikacji można podać możliwości wykonawców z innych państw członkowskich w odniesieniu do bezpieczeństwa informacji, weryfikacja taka powinna odbyć się zgodnie z zasadami niedyskryminacji, równego traktowania i proporcjonalności" (motyw 68). Taka weryfikacja może być zwykle dokonywana tylko przez krajowe władze bezpieczeństwa/wyznaczone organy bezpieczeństwa państwa członkowskiego, w którym ma siedzibę wykonawca.

Odpowiednio, czwarty akapit art. 42 ust. 1 lit. j) stwierdza, że „instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zwrócić się do krajowego organu bezpieczeństwa państwa członkowskiego kandydata lub do organu bezpieczeństwa wskazanego przez to państwo o sprawdzenie zgodności pomieszczeń i instalacji, które mogą zostać użyte, procedur przemysłowych i administracyjnych, które zostaną zastosowane, sposobów zarządzania informacjami lub sytuacji personelu, który może być wykorzystywany do realizacji zamówienia".

Trzeci akapit art. 42 ust. 1 lit. j) stwierdza, że „instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może w stosownych przypadkach przyznać kandydatom nieposiadającym jeszcze certyfikatu bezpieczeństwa dodatkowy czas na jego uzyskanie. W takim przypadku instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wskazuje na taką możliwość w ogłoszeniu o zamówieniu, określając odpowiedni termin". W celu poprawienia dostępu nowych uczestników do rynku i poszerzenia bazy dostawców z zakresu obronności i bezpieczeństwa w celu uwzględnienia graczy o nieugruntowanej jeszcze pozycji, instytucje/podmioty zamawiające powinny skorzystać z tej możliwości wszędzie, gdzie jest to możliwe bez utrudniania procedury udzielania zamówień.

13. W praktyce, instytucje/podmioty zamawiające mogą wykorzystać jako kryterium kwalifikacji zdolność kandydatów do przetwarzania, przechowywania i przekazywania informacji związanych z zamówieniem na wymaganym poziomie ochrony. Jedynym dowodem tej zdolności będą świadectwa bezpieczeństwa wydane przez władze krajowe państwa członkowskiego, w którym kandydat (i/lub odnośne obiekty) ma swoją siedzibę. Na tej podstawie trudno jest określić minimalne wymagania lub stworzyć rankingi: pojawia się jedynie pytanie czy te świadectwa będą uznawane czy nie. Jeżeli państwa członkowskie, w których zlokalizowane są instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający oraz kandydat posiadają umowę lub porozumienie dwustronne w kwestii bezpieczeństwa informacji, świadectwa są zwykle uznawane automatycznie, mimo, że mogą być poddawane dalszemu sprawdzeniu, jeżeli zostanie to uznane za niezbędne. Przy braku takich dwustronnych porozumień lub umów instytucje/podmioty zamawiające nie są formalnie zobowiązane to uznawania świadectw bezpieczeństwa. Jednakże podejmując decyzję o jego uznaniu jako powodu do wykluczenia lub niewykluczenia kandydata lub oferenta z innego państwa członkowskiego, muszą postępować zgodnie z zasadą proporcjonalności w celu zmniejszenia do ścisłego minimum ograniczenia dostępu do rynku.

W tym kontekście należy zauważyć, że świadectwo bezpieczeństwa per se nie daje prawa do otrzymywania informacji niejawnych — jest to warunek konieczny dla osoby lub instytucji, która posiada informacje niejawne do udzielenia ich firmie lub osobie, która posiada świadectwo.

Nawet odbiorcom posiadającym świadectwa bezpieczeństwa informacje niejawne udzielane są wtedy, kiedy potrzebują one danej informacji i tylko, jeżeli nie stoi to w sprzeczności z żadnymi innymi względami bezpieczeństwa. Tutaj właśnie istotna staje się kwestia wiarygodności: zgodnie z ogólną zasadą państwa członkowskie powinny uznać krajowe świadectwo bezpieczeństwa wydane w innym państwie członkowskim za wystarczający dowód wiarygodności firmy. Jednakże dyrektywa jasno stwierdza, że inne czynniki mogą być również brane pod uwagę i w związku z tym wymienia wiarygodność jako odrębne kryterium kwalifikacji. Ponieważ wiarygodność jest pojęciem mało precyzyjnym, instytucje/podmioty zamawiające mają znaczny zakres elastyczności swojej oceny, ale również spoczywa na nich szczególna odpowiedzialność przeprowadzenia tej oceny ze szczególną uwagą. Jeżeli stosują ją jako kryterium, zwykle nie dokonują oceny same, ale zwracają się do swoich krajowych władz bezpieczeństwa/wyznaczonych organów bezpieczeństwa z zapytaniem czy istnieją elementy wskazujące na ewentualny brak wiarygodności kandydata lub oferenta.

4) Warunki realizacji zamówienia

4.1) Zasady

14. Zgodnie z art. 20 dyrektywy „instytucje/podmioty zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty oraz zostały wskazane w dokumentach zamówienia”. Warunki te mogą w szczególności mieć na celu zapewnienie „bezpieczeństwa informacji niejawnych wymaganych przez instytucje/podmioty zamawiające”, zgodnie z art. 22. Motyw 41 stwierdza, że „warunki realizacji zamówienia są zgodne z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące oraz że są przedstawione w ogłoszeniu o zamówieniu lub w specyfikacji warunków zamówienia.” Warunki te zwykle przyjmują formę klauzuli umownych nakładających szczególne obowiązki na wybranych oferentów.

Motyw 43 przewiduje, że „w celu zagwarantowania bezpieczeństwa informacji instytucje/podmioty zamawiające mogą domagać się szczególnie od wykonawców lub podwykonawców zobowiązania ochrony poufnych informacji przed dostępem ze strony osób nieupoważnionych oraz wystarczających informacji o ich zdolnościach do realizacji tego zobowiązania. Wobec braku przepisów wspólnotowych dotyczących bezpieczeństwa informacji, instytucje/podmioty zamawiające lub państwa członkowskie określają te wymagania zgodnie z prawem lub przepisami krajowymi oraz ustalają, czy poświadczenia bezpieczeństwa wydane zgodnie z prawem krajowym innego państwa członkowskiego są równoważne z poświadczeniami wydawanymi przez ich własne właściwe organy”.

15. Z proceduralnego punktu widzenia dla instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego ważne jest by dostarczyć wszystkim oferentom solidną podstawę do przygotowania ofert i poinformowania ich wyczerpująco oraz w terminie o wymogach bezpieczeństwa informacji oraz o sposobie ich spełnienia. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi zatem uwzględnić w ogłoszeniu o zamówieniu co najmniej wyczerpującą listę wszystkich jego wymogów dotyczących bezpieczeństwa informacji, a następnie w specyfikacji warunków zamówienia (lub w dołączonych dokumentach opisowych i dokumentach dodatkowych) przedstawić szczegółowo:

- treść wymogów dotyczących bezpieczeństwa informacji wynikających z zamówienia, oraz

- informacje szczegółowe (zobowiązania, informacje), które należy złożyć w ofercie w celu udowodnienia, że wymagania dotyczące bezpieczeństwa informacji zostały spełnione.

16. Drugi akapit art. 22 zawiera niewyczerpującą listę szczegółowych informacji, których uwzględnienia w ofercie może żądać instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający. W tym kontekście szczególne zobowiązania zabezpieczające wszystkie informacje niejawne związane z zamówieniem są szczególnie ważne. Trzeci akapit stwierdza, że państwa członkowskie mogą przewidzieć, że te zobowiązania „*muszą się zgadzać z ich krajowymi przepisami w dziedzinie sprawdzania bezpieczeństwa*”.

4.2) Zobowiązanie do chronienia poufności

Artykuł 22

...

- a) *zobowiązanie oferenta i już zidentyfikowanych podwykonawców do odpowiedniego chronienia poufności wszystkich informacji niejawnych w ich posiadaniu, lub z którymi zapoznają się w trakcie trwania zamówienia i po upływie lub zakończeniu zamówienia, zgodnie z odpowiednimi przepisami ustawowymi, wykonawczymi i administracyjnymi;*
- b) *zobowiązanie oferenta do uzyskania zobowiązania przewidzianego w lit. a) od innych podwykonawców, którym zleci podwykonawstwo w trakcie realizacji zamówienia;*

17. Lit. a) i b) art. 22 stanowią użyteczne uzupełnienie kryteriów kwalifikacji ujętych w art. 42 lit. j). Podczas gdy ten ostatni pozwala na weryfikację ogólnej zdolności kandydata do ochrony informacji niejawnych na wymaganym poziomie na podstawie świadectw bezpieczeństwa, warunek realizacji zamówienia umożliwia zdobycie wiążącego zobowiązania, podpartego świadectwami bezpieczeństwa, do wykorzystania tych zdolności do ochrony konkretnych informacji otrzymanych w związku z zamówieniem. Takie zobowiązanie może być wymagane nie tylko od oferenta, ale również od podwykonawców. Zatem te dwa przepisy stanowią spójny system, który pozwala instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu zagwarantować, że po pierwsze tylko wiarygodni wykonawcy posiadający niezbędne umiejętności zostaną zaproszeni do składania ofert, a po drugie, że zobowiązują się zapewnić wystarczającą ochronę informacji niejawnych.

...

- c) *wystarczające informacje na temat już zidentyfikowanych podwykonawców, które umożliwią instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu stwierdzenie, czy każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do odpowiedniej ochrony poufności informacji niejawnych, do których mają dostęp lub, które wytworzą w związku z realizacją ich działań w zakresie podwykonawstwa;*
- d) *zobowiązanie oferenta do dostarczenia informacji wymaganych w lit. c) dotyczących wszystkich nowych podwykonawców przed udzieleniem im zamówienia.*

18. Lit. c) i d) dodają kolejne elementy do systemu ochrony informacji niejawnych: instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może żądać od oferentów złożenia informacji dotyczących podwykonawców tak by być w stanie zweryfikować ich zdolność do ochrony

udostępnionych im informacji niejawnych. W praktyce, informacje te mogą składać się ze świadectw wydanych przez ich krajową władzę bezpieczeństwa/wyznaczony organ bezpieczeństwa potwierdzających, że dani podwykonawcy posiadają krajowe świadectwa bezpieczeństwa na niezbędnym poziomie bezpieczeństwa. Instytucje/podmioty zamawiające mogą następnie sprawdzić te informacje we właściwych krajowych władzach bezpieczeństwa/wyznaczonych organach bezpieczeństwa. Są zatem w stanie zweryfikować wiarygodność nie tylko głównego wykonawcy, ale również podwykonawców.

5. Aspekty proceduralne

5.1) Informacje dla odrzuconych kandydatów i oferentów

19. Art. 35 ust. 1 dyrektywy stwierdza, że „*tak szybko jak to możliwe instytucje/podmioty zamawiające informują kandydatów i oferentów o podjętych decyzjach dotyczących udzielenia zamówienia ..., w tym także o podstawach do podjęcia decyzji o rezygnacji z udzielenia zamówienia ...*”. Dodatkowo instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający musi, po otrzymaniu pisemnego wniosku, poinformować odrzuconych kandydatów lub oferentów o powodach ich odrzucenia, „*a w przypadkach, o których mowa w art. 22 i 23, o przyczynach podjęcia decyzji o niezgodności z wymogami w zakresie bezpieczeństwa informacji i bezpieczeństwa dostaw*”.

20. Te obowiązki związane z informowaniem wynikają z zasady przejrzystości. Ma to zasadnicze znaczenie jako gwarancja uczciwości procedury oraz jednocześnie warunek konieczny dla konstruktywnego korzystania z prawa do ochrony sądowej. Jednakże pełna przejrzystość powodów wykluczenia kandydata lub odrzucenia oferenta może być sprzeczna z bezpieczeństwem informacji niejawnych, szczególnie kiedy takie decyzje oparte są na informacjach ze źródeł chronionych.

W takich przypadkach art. 35 ust. 3 przewiduje, że instytucje/podmioty zamawiające „*mogą podjąć decyzję o nieudzielaniu pewnych informacji ... jeżeli ich ujawnienie mogłoby utrudnić stosowanie przepisów prawa lub byłoby sprzeczne z interesem publicznym, w szczególności z interesami związanymi z obronnością lub bezpieczeństwem...*”. Jeżeli spełnione są te warunki instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zatem podjąć decyzję o nieprzekazywaniu informacji, nawet jeżeli oznacza to, że kandydat lub oferent nie może być poinformowany o głównej przyczynie odrzucenia go. Jednakże dany kandydat lub oferent może zakwestionować odrzucenie w procedurze odwoławczej.

5.2) Wymogi dotyczące procedur odwoławczych

21. Ta sama sprzeczność pojawia się, kiedy kandydat lub oferent wnosi odwołanie od decyzji o odroczeniu na podstawie procedury przewidzianej w art. 54 do 64 dyrektywy. Na mocy art. 55 ust. 2, państwa członkowskie muszą zagwarantować, że od decyzji podejmowanych przez instytucje/podmioty zamawiające przysługuje skuteczne odwołanie „*z powodu naruszenia przez te decyzje prawa wspólnotowego w dziedzinie zamówień...*”. Dotyczy to przede wszystkim decyzji o wykluczeniu kandydatów z procedury lub decyzji o odrzuceniu ofert.

Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający muszą zatem być przygotowane na uzasadnienie powodów swoich decyzji przed organem odwoławczym. Dotyczy to również przypadków gdzie obowiązuje prawo, na mocy art. 35 ust. 3, do nieujawniania pewnych informacji odrzuconym kandydatom lub oferentom.

22. Jednakże art. 56 ust. 10 określa szczególne przepisy mające na celu pogodzenie skutecznego sądowego postępowania odwoławczego ze specyficzną koniecznością ochrony informacji niejawnych. Zgodnie z tym postanowieniem *„państwa członkowskie zapewniają, aby organy odpowiedzialne za procedury odwoławcze gwarantowały odpowiedni stopień poufności informacji niejawnych lub innych informacji zawartych w dokumentacji przekazanej przez strony oraz działały zgodnie z interesami obronności i bezpieczeństwa w ciągu całej procedury”*. W tym celu państwa członkowskie mogą podjąć decyzję o przekazaniu oceny zamówień z zakresu obronności i bezpieczeństwa specjalnemu organowi odwoławczemu.

Trzeci akapit art. 56 ust. 10 stwierdza dodatkowo, że *„państwa członkowskie mogą przewidzieć, że jedynie członkowie organów odwoławczych imiennie upoważnieni do przetwarzania informacji niejawnych mogą rozpatrywać odwołania zawierające takie informacje. Mogą również wprowadzić specjalne środki bezpieczeństwa dotyczące rejestracji odwołań, przyjmowania dokumentów lub przechowywania dokumentacji”*.

Takie środki powinny zagwarantować, że instytucje/podmioty zamawiające mogą przekazywać wszystkie informacje niejawne organowi odwoławczemu bez ryzyka bezprawnego ujawnienia. Jednakże środki te nie mogą całkowicie rozwiązać podstawowej sprzeczności nieodłącznej w przypadku takiego postępowania odwoławczego: z jednej strony wnioskodawca musi znać przyczyny decyzji, żeby otrzymać skuteczną ochronę prawną swoich praw oraz przedstawić swoją argumentację. Z drugiej strony ujawnienie tych powodów może być niezgodne z wymaganą ochroną informacji niejawnych.

23. Dyrektywa pozostawia państwom członkowskim stworzenie odpowiednich rozwiązań tego dylematu w ramach krajowych ram prawnych. Czwarty akapit art. 56 ust. 10 stwierdza jedynie, że *„państwa członkowskie określają, w jaki sposób organy odwoławcze mają godzić poufność informacji niejawnych z poszanowaniem prawa do obrony oraz, w przypadku sądowego postępowania odwoławczego lub odwołania rozpatrywanego przez inny organ będący sądem lub trybunałem ..., dokonują tego w sposób zapewniający, że w całej procedurze przestrzegane jest prawo do sprawiedliwego procesu”*.

6) Bezpieczeństwo informacji: wyłączenia szczególne i wyjątki wynikające z Traktatu

6.1) Artykuł 13 lit. a): ujawnienie informacji

24. Zgodnie z art. 13 lit a) przepisów dyrektywy nie stosuje się do *„zamówień, w przypadku których stosowanie przepisów niniejszej dyrektywy zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje ono za sprzeczne z jego podstawowymi interesami bezpieczeństwa”*. Wyłączenie to opiera się na art. 346 ust. 1 lit a) TFUE, który stwierdza, że *„żadne Państwo Członkowskie nie ma obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa”*. Główna różnica polega na tym, że w tekście art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE mowa jest tylko o prawie nieujawnienia informacji, ale nie wymienione są żadne środki ewentualnie związane z takim nieujawnieniem. Art. 13 lit. a) natomiast wskazuje na wyraźny związek między nieujawnieniem informacji i nie stosowaniem dyrektywy. Wydaje się to szczególnie istotne dla zamówień udzielanych w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego, które nie podlegają art. 346 ust. 1 lit. b) TFUE.

25. Motyw 27 wyjaśnia, które zamówienia obejmuje wykluczenie z art. 13 lit. a), mianowicie *„zamówienia (które) mają charakter tak newralgiczny, że stosowanie do nich niniejszej dyrektywy byłoby niewłaściwe, pomimo jej szczególnej natury”*. Motyw 27 wymienia również

obszary bezpieczeństwa, które są szczególnie newralgiczne oraz te gdzie zamówienia mogą w związku z tym być często wysoce poufne. Jest to przypadek „szczególnie newralgicznych zakupów wymagających bardzo wysokiego stopnia poufności, takich jak przykładowo pewne zakupy przewidziane do ochrony granic, zwalczania terroryzmu lub przestępczości zorganizowanej, odnoszące się do szyfrowania lub przewidziane konkretnie do prowadzenia tajnych działań lub innych równie newralgicznych działań prowadzonych przez policję i służby bezpieczeństwa”.

Lista ta ma charakter wyłącznie orientacyjny i odnosi się do „pewnych zakupów”. Oznacza to, że nie wszystkie zamówienia udzielane w tych obszarach są automatycznie objęte wyłączeniem, o którym mowa w art. 13 lit. a), ale również, że równie newralgiczne przypadki mogą się również zdarzać w innych obszarach związanych z bezpieczeństwem. Jednakże lista w motywie 27 również wskazuje, że art. 13 lit. a) został wprowadzony zasadniczo w celu wyrażenia wyłączenia wysoce poufnych zamówień w dziedzinie bezpieczeństwa niewojskowego.

26. W każdym przypadku art. 13 lit. a) musi być stosowany w świetle art. 11, który stanowi ogólną klauzulę ochronną przeciwko stosowaniu art. 12 i 13 w celu uniknięcia przejrzystości i konkurencyjności procedur udzielania zamówień. Na mocy orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości przepisy, które zezwalają na wyjątki od zasad UE dotyczących udzielania zamówień publicznych muszą być ściśle interpretowane.¹²⁴ Oznacza to, że wyłączenia wynikające z art. 12 i 13 muszą być ograniczone do zamówień z rodzaju opisanych w tych przepisach. Obowiązek udowodnienia, że zamówienie podlega jednemu z wyłączeń wymienionych art. 12 i 13 spoczywa na instytucji zamawiającej/podmiocie zamawiającym, które chcą je zastosować. Ponadto, zasada proporcjonalności zgodnie z opisem znajdującym się poniżej w punkcie 6.3) w kontekście art. 346 TFUE stosuje się również do art. 13 lit. a). Jest to szczególnie istotne, ponieważ uzasadnienia zastosowania wyłączenia z art. 13 lit. a) i wyjątku wynikającego z Traktatu mogą być często bardzo podobne.

6.2) Artykuł 13 lit. b): zamówienia do celów działalności wywiadowczej

27. Art. 13 lit. b) określa dostawane do konkretnych potrzeb wyłączenie dla szczególnej kategorii wysoce newralgicznych zamówień, mianowicie „zamówień do celów działalności wywiadowczej”. Zgodnie z motywem 27 dotyczy to „zamówień składanych przez służby wywiadowcze lub zamówień na wszystkie typy działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych określonych przez państwa członkowskie”. Postanowienie to oparte jest na założeniu, że zamówienia związane z działalnością wywiadowczą są z definicji zbyt newralgiczne, aby mogły być udzielane w ramach przejrzystej i konkurencyjnej procedury. Obejmuje to zarówno przypadki, gdy inne instytucje publiczne udzielają zamówień na usługi wywiadowcze, szczególne dostawy, roboty budowlane lub usługi (np. ochrona rządowych sieci IT) oraz przypadki udzielania zamówień przez służby wywiadowcze do celów swoich działań wywiadowczych.

28. Art. 13 lit. b) odnosi się do działań wywiadowczych, nie do służb ani agencji wywiadowczych. Ponadto motyw 27 pozostawia państwom członkowskim zdefiniowanie „działań wywiadowczych, w tym działań kontrwywiadowczych”. Prawodawca wybrał to podejście głównie z dwóch powodów. Po pierwsze nie wszystkie zakupy dokonywane przez służby wywiadowcze są konieczne tak newralgiczne, żeby nie mogły się do nich stosować zasady UE dotyczące udzielania zamówień; w rezultacie wyłączenie obejmuje tylko te zakupy, które dokonywane są do celów działań wywiadowczych. Po drugie nie ma jednej ogólnie przyjętej definicji działalności wywiadowczej i sposoby organizacji działalności wywiadowczej różnią się w państwach członkowskich. Zdefiniowanie zakresu art. 13 b) bierze tę różnorodność

¹²⁴ Zob. wyrok z 13 grudnia 2007 r. w sprawie C-337/06 Bayerischer Rundfunk, pkt 64.

pod uwagę i uwzględnia zakupy do celów wszystkich rodzajów działań wywiadowczych, bez względu na to czy dana służba lub agencja odpowiada za daną funkcję w ramach działalności wywiadowczej (działalność wojskowa, związana z bezpieczeństwem, kryminalna lub zewnętrzna działalność wywiadowcza) lub wyspecjalizowaną w zbieraniu informacji z pewnych źródeł (np. rozpoznanie środkami obrazującymi czy wywiadu łączności).

6.3) Bezpieczeństwo informacji na podstawie art. 346 TFUE

29. Zgodnie z motywem 16, art. 346 TFUE dotyczy „zamówień zarówno w dziedzinie obronności jak i bezpieczeństwa, ... które mają charakter tak tajny ... , że nawet szczególne przepisy niniejszej dyrektywy nie są wystarczające, aby zabezpieczyć istotne interesy bezpieczeństwa”. Motyw 20 stwierdza, że art. 346 ust. 1 lit. a) TFUE w szczególności „oferuje państwu członkowskiemu możliwość zwolnienia zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa z obowiązku stosowania przepisów niniejszej dyrektywy, jeżeli jej zastosowanie zobligowałoby je do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznałyby za sprzeczne z istotnymi interesami ich bezpieczeństwa...”.

30. Zgodnie z ugruntowanym orzecnictwem Trybunału Sprawiedliwości wyłączenie ujęte w art. 346 TFUE jest ograniczone do wyjątkowych i jasno zdefiniowanych przypadków oraz nie może być wykorzystywane poza jego granicami. Jak każdy wyjątek od podstawowych z musi by interpretowany w sposób ścisły.¹²⁵

Dlatego też decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi opierać się na ocenie konkretnego przypadku, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz konieczność ścisłego interpretowania art. 346 TFUE. W kontekście bezpieczeństwa informacji kluczowe pytania dla instytucji/podmiotów zamawiających są następujące:

- Których informacji nie wolno ujawniać?
- Komu wolno ujawnić informacje?

Bez względu na odpowiedź na te pytania — państwa członkowskie muszą, jeżeli to konieczne, być w stanie udowodnić, że nałożone ograniczenie jest odpowiednie i proporcjonalne dla ochrony ich istotnych interesów bezpieczeństwa. Oznacza to, że instytucje/podmioty zamawiające zawsze muszą zagwarantować, że stosują najmniej ograniczające środki niezbędne do ochrony ich krajowych interesów bezpieczeństwa.

31. Najbardziej ograniczające podejście polega na nieujawnianiu żadnych informacji dotyczących zamówienia. Tak skrajne podejście może być niezbędne w przypadku zamówienia, które „jest tak newralgiczne, że nawet sam fakt jego istnienia powinien zostać objęty tajemnicą” (motyw 20). W tym przypadku, nawet najprostsze opublikowanie ogłoszenia o dobrowolnej przejrzystości ex ante, ogłoszenia o zamówieniu lub ogłoszenia o udzieleniu zamówienia mogłoby zagrozić istotnym interesom bezpieczeństwa.

32. Mniej skrajne przypadki obejmują zamówienia, w przypadku których instytucje/podmioty zamawiające żądają by wszyscy członkowie personelu zaangażowanego w realizację zamówienia posiadali imienne świadectwa bezpieczeństwa i byli obywatelami zamawiającego państwa członkowskiego. W takim przypadku świadectwa bezpieczeństwa innych państw członkowskich nie są uważane za wystarczające zapewnienie ochrony informacji niejawnych.

¹²⁵ Zob. wyrok w sprawie C-414/97 Komisja przeciwko Hiszpanii, pkt 22, oraz wyroki z 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-239/06, pkt 68.

Taki warunek typu „tylko do wiedzy obywateli danego państwa członkowskiego” narusza zasadę niedyskryminacji ze względu na narodowość i może zatem być uzasadniony tylko na podstawie art. 346 TFUE.

Jednakże ograniczenia typu „tylko do wiedzy obywateli danego państwa członkowskiego” nie wykluczają z definicji możliwości zastosowania procedur konkurencyjnych z publikacją na terytorium całej UE, w szczególności ponieważ ograniczenia te często dotyczą tylko pewnych aspektów realizacji zamówienia. Może się tak zdarzyć na przykład, gdy wysoce newralgiczne urządzenia mają być zintegrowane z większym systemem lub sprzęt ma zostać zainstalowany w wysoce zastrzeżonym obszarze. W takich przypadkach instytucje zamawiające mogą, w zależności od poziomu integracji i pokrywania się,

- udzielić zamówienia jako całości zgodnie z jedną z procedur opisanych w dyrektywie, ale z uwzględnieniem specjalnego warunku zamówienia — uzasadnionego na podstawie art. 346 TFUE — który wymaga od wybranego oferenta zaangażowania do realizacji konkretnej części zamówienia jedynie obywateli posiadających odpowiednie świadectwa bezpieczeństwa, lub
- udzielić zamówienia, jeżeli to możliwe, na roboty budowlane, dostawy lub usługi podlegające ograniczeniu typu „tylko do wiedzy obywateli danego państwa członkowskiego” na podstawie oddzielnego zamówienia. Główne zamówienie byłoby wtedy udzielane przy pełnym zastosowaniu wszystkich postanowień dyrektywy, podczas gdy oddzielne zamówienie byłoby udzielane na podstawie procedury dyrektywy, ale z uwzględnieniem warunku typu „tylko do wiedzy obywateli danego państwa członkowskiego”, uzasadnionym na podstawie art. 346 TFUE.

33. We wszystkich tych przypadkach, państwa członkowskie muszą zawsze być w stanie udowodnić, że nieujawnienie informacji jest odpowiednie dla ochrony istotnych interesów bezpieczeństwa oraz wyjaśnić, dlaczego nie było możliwe osiągnięcie tych samych celów za pomocą mniej restrykcyjnych środków. Innymi słowy: priorytetem zawsze powinno być zastosowanie jak najmniej restrykcyjnego rozwiązania.

IX. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA PODWYKONAWSTWA

1) Podwykonawstwo w zamówieniach w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa

1. Jedną z właściwych obronności innowacji dyrektywy 2009/81/WE są zasady dotyczące podwykonawstwa. Dyrektywa 2004/18/WE przewiduje jedynie bardzo ograniczone obowiązki w odniesieniu do podwykonawstwa¹²⁶ i zasadniczo pozostawia zwycięskiemu wykonawcy kwestię organizacji własnego łańcucha dostaw. Natomiast dyrektywa 2009/81/WE zawiera szczegółowy zestaw przepisów określonych w art. 21 i tytule III (art. 50–54) pozwalających instytucjom zamawiającym w szczególności żądać od zwycięskich wykonawców udzielenia zamówień na podwykonawstwo na pewną część głównego zamówienia (tj. określenie minimalnego poziomu podwykonawstwa) i/lub powierzenia proponowanych umów na podwykonawstwo w ramach postępowania konkurencyjnego. Jednocześnie określa podstawowe zasady uczciwego i przejrzystego udzielania takich zamówień na podwykonawstwo.

2. Podejście to opiera się na założeniu, że na prawdziwie europejskim rynku sprzętu obronnego, konkurencja nie powinna być ograniczona do poziomu głównych wykonawców. Podwykonawcy skorzystają z otwarcia krajowych rynków obronnych, jeżeli będą mieli uczciwą szansę zdobycia dostępu do łańcuchów dostaw integratorów systemów zlokalizowanych w innych państwach członkowskich. Jest to ważne z ekonomicznego punktu widzenia, ponieważ daje wykonawcy większy wybór potencjalnych podwykonawców, jak również z politycznego punktu widzenia, ponieważ baza przemysłu obronnego w wielu państwach członkowskich składa się głównie z małych i średnich przedsiębiorstw (MŚP).

3. Dlatego też przepisy dyrektywy dotyczące podwykonawstwa mają na celu wprowadzenie konkurencji do łańcucha dostaw głównych wykonawców. Wiele państw członkowskich zwracało się o przyznanie zamówień na (pod)wykonawstwo lokalnym firmom rynku obronnego w formie rekompensaty za zakup sprzętu wojskowego od dostawców zagranicznych. Porozumienia offsetowe były zatem wykorzystywane, by udzielić lokalnym przemysłom dostępu do innych rynków obronnych za pośrednictwem łańcucha dostaw obcych głównych wykonawców. Jednak praktyka ta jest sprzeczna z zasadą niedyskryminacji i podstawowymi swobodami rynku wewnętrznego. W związku z tym dyrektywa nie zezwala na stosowanie tej praktyki, lecz promuje dostęp do rynku dla MŚP w całej Unii Europejskiej poprzez konkurencję w łańcuchu dostaw.

2) Zasady

4. Postanowienia dyrektywy dotyczące podwykonawstwa opierają się na zasadzie niedyskryminacji. Oznacza to, że:

- Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający żąda od wybranego oferenta przyznania umów o podwykonawstwo na pewną minimalną część zamówienia, umowy te muszą być przyznawane zgodnie ze szczególnymi zasadami określonymi w tytule III. Instytucja zamawiająca nie może żądać od wybranego oferenta przyznania umów o podwykonawstwo konkretnym podwykonawcom lub podwykonawcom konkretnej narodowości.

¹²⁶ Art. 25 i szczególne zobowiązania dotyczące podwykonawstwa koncesjonariuszy (art. 60 i 62 do 65).

- Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wymaga od wybranego oferenta przyznania konkretnych umów o podwykonawstwo w postępowaniu konkurencyjnym, postępowanie to musi być również zorganizowane na poziomie ogólnoeuropejskim oraz w sposób sprawiedliwy i przejrzysty.
- W odniesieniu do wszystkich umów na podwykonawstwo nieobjętych jednym z powyższych wymogów wybrany oferent może dowolnie wybierać podwykonawców, „*a w szczególności nie można od niego wymagać dyskryminacji potencjalnych podwykonawców ze względu na narodowość*” (art. 21 ust. 1).

5. Postanowienia dotyczące podwykonawstwa mogą być stosowane do wszystkich procedur udzielania zamówień wynikających z dyrektywy 2009/81/WE, uwzględniając procedurę negocjacyjną bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 28).

6. Postanowienia art. 21 i tytułu III stanowią wyczerpujący opis ewentualnych sposobów zobligowania przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający zwycięskiego wykonawcy do przyznania umów o podwykonawstwo na pewną część zamówienia stronom trzecim i/lub ingerowania w sposób wyboru podwykonawców przez zwycięskiego wykonawcę. Wynika to z restrykcyjnego sformułowania właściwych postanowień (takich jak, na przykład, art. 21 ust. 4) oraz z zasady określonej w art. 21 ust. 1 mówiącej, że „*wybrany oferent może wybrać podwykonawców do wszystkich części realizowanych w ramach podwykonawstwa, które nie są objęte wymogami, o których mowa w ust. 3 i 4*”.

7. Ponadto należy zauważyć, że postanowienia dotyczące podwykonawstwa odnoszą się tylko do umów na podwykonawstwo przyznawanych „stronom trzecim”. Zgodnie z art. 50 ust. 2 „*grupy przedsiębiorstw utworzone w celu uzyskania zamówienia lub przedsiębiorstwa z nimi powiązane nie są uważane za osoby trzecie*”. Oznacza to, że umowy zawarte pomiędzy przedsiębiorstwami należącymi do grup kandydatów lub oferentów w rozumieniu art. 5 ust. 2 nie podlegają wymogom dotyczącym podwykonawstwa, w szczególności ewentualnemu obowiązkowi udzielania zamówień na podwykonawstwo w procedurze konkurencyjnej. Jednocześnie takie umowy zawierane między przedsiębiorstwami takich grup nie kwalifikują się jako realizacja minimalnego poziomu podwykonawstwa.

8. Zgodnie z art. 20 „*instytucje/podmioty zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty oraz zostały wskazane w dokumentach zamówienia (ogłoszenia o zamówieniu, specyfikacje warunków zamówienia, dokumenty opisowe lub dokumenty dodatkowe). Warunki te mogą w szczególności dotyczyć podwykonawstwa (...)* zgodnie z art. 21.

Wymogi dotyczące podwykonawstwa przyjmują zatem zwykle formę warunków wykonania zamówienia: instytucje/podmioty zamawiające nakładają warunki umowne określające zobowiązania zwycięskiego wykonawcy.

9. Art. 21 ust. 7 stwierdza, że wymogi dotyczące podwykonawstwa „*nie naruszają odpowiedzialności głównego wykonawcy*”. Nie oznacza to jednak, że zwycięski wykonawca musi zawsze ponosić całkowitą odpowiedzialność za wykonanie zamówienia, jeżeli odwołuje się do zobowiązań dotyczących podwykonawstwa. W zależności od właściwego prawa zobowiązań właściwe może być wprowadzenie do umowy systemu podziału ryzyka między zwycięskiego wykonawcę i instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. W procedurze negocjacyjnej lub dialogu konkurencyjnym dokładna treść porozumienia może być określona w drodze negocjacji między stronami (zob. poniżej, punkt 29).

3) Możliwości dla państw członkowskich i instytucji/podmiotów zamawiających

10. Art. 21 przewiduje kilka możliwości dotyczących podwykonawstwa. To, czy instytucje zamawiające mogą (lub muszą) stosować te możliwości, zależy od sposobu, w jaki państwa członkowskie transponują dyrektywę.

Niezależnie od tego, z jakiej możliwości skorzystają, instytucje zamawiające nie mogą żądać od zwycięskich wykonawców dyskryminacji potencjalnych podwykonawców ze względu na narodowość (art. 21 ust. 1).

Możliwość A): Zwycięski wykonawca określa, jaki udział procentowy w wartości zamówienia, na które części oraz komu powierzone zostanie podwykonawstwo — instytucja zamawiająca ogranicza się do zweryfikowania wiarygodności i bezpieczeństwa łańcuch dostaw

11. Pierwszą możliwością dla instytucji zamawiającej, opisaną w art. 21 ust. 1 i 2, jest pozostawienie zwycięskiemu wykonawcy określenia: a) procentowego udziału podwykonawstwa w głównym zamówieniu, b) które części/którą część głównego zamówienia oraz c) komu powierzy podwykonawstwo. Instytucja zamawiająca przyjmuje propozycję oferenta dotyczącą udzielenia podwykonawstwa, podlegającą ewentualnej weryfikacji kryteriów wyboru, zgodnie z art. 21 ust. 5.

Przepisy dyrektywy związane z tą możliwością muszą być transponowane, ale państwa członkowskie mogą pozostawić decyzję o ich zastosowaniu swoim instytucjom zamawiającym lub zażądać od instytucji zamawiających ich zastosowania.

Możliwość B): zwycięski wykonawca określa, jaki udział procentowy wartości zamówienia i które części powierzyć podwykonawcom — instytucja zamawiająca decyduje, które zamówienia powierzyć podwykonawcom w procedurze konkurencyjnej

12. Drugą możliwością dla instytucji zamawiającej, opisaną w art. 21 ust. 2 i 3, jest pozostawienie wybranemu oferentowi określenia a) procentowego udziału podwykonawstwa w głównym zamówieniu oraz b) które części głównego zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom, i jednocześnie wymaganie od zwycięskiego wykonawcy przyznania części lub wszystkich umów o podwykonawstwo zgodnie z tytułem III. Wymóg ten może dotyczyć wszystkich części głównego zamówienia, które wybrany oferent zamierza powierzyć podwykonawcom, bez względu na to, czy wybrany oferent określił już ewentualnych podwykonawców dla tych części czy nie.

13. W takim przypadku instytucja zamawiająca musi wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu, że może zastosować tę możliwość (w zależności od oferty). Oferenci najpierw określają, w swoich ofertach, swoje zamiary dotyczące udzielenia zamówień na podwykonawstwo (jak dużą część, które części, oraz proponowanych podwykonawców). Instytucja zamawiająca powiadamia następnie oferentów, które z planowanych umów na podwykonawstwo powinny być przyznane zgodnie z tytułem III. Wybrany oferent jest zobligowany do przyznania tych umów na podwykonawstwo zgodnie z przejrzystymi i niedyskryminującymi procedurami określonymi w tytule III.

Przepisy dyrektywy związane z tą możliwością muszą być transponowane, ale państwa członkowskie mogą pozostawić decyzję o ich zastosowaniu swoim instytucjom zamawiającym lub zażądać od instytucji zamawiających ich zastosowania.

Możliwość C): Instytucja zamawiająca decyduje o tym, jaki udział procentowy w wartości zamówienia powierzyć podwykonawcom w ramach postępowania konkurencyjnego — zwycięski wykonawca decyduje o tym, które części zamówienia powierzyć podwykonawcom w ramach konkursu

14. Trzecią możliwością dla instytucji zamawiającej, opisaną w art. 21 ust. 4, jest wymaganie przyznania umów na podwykonawstwo pewnej części głównego zamówienia (ustalenie minimalnego poziomu podwykonawstwa). Dyrektywa odnosi się do tej części jako do „minimalnego procentu”, który należy wyrazić *„w formie przedziału wartości obejmujących minimalny i maksymalny procent. Maksymalny procent nie może przekroczyć 30% wartości zamówienia.”*

15. W takim przypadku instytucja zamawiająca musi określić minimalny udział procentowy podwykonawstwa w wartości głównego zamówienia (na przykład 15–20% lub 25–30%) i zwrócić się do zwycięskiego wykonawcy o wskazanie w swojej ofercie, które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia tego wymogu. Zatem instytucja zamawiająca określa minimalny udział procentowy w wartości głównego zamówienia, który ma być powierzony podwykonawcom, a wybrany oferent decyduje o tym, które części powierzyć podwykonawcom.

Wszystkie zamówienia na podwykonawstwo, których dotyczy to postanowienie muszą być udzielane w przejrzystej i niedyskryminacyjnej procedurze na podstawie zasad określonych w tytule III.

16. Prawo krajowe transponujące dyrektywę określa tylko górny limit 30%. Na tej podstawie instytucje/podmioty zamawiające definiują dla każdego poszczególnego przypadku minimalny i maksymalny procentowy udział podwykonawstwa, w zależności od specyfiki danego zamówienia. Dyrektywa wskazuje, że należy unikać nadmiernego zniekształcenia łańcucha dostaw: art. 21 ust. 4 stwierdza, że przedział określonych udziałów procentowych *„jest proporcjonalny do przedmiotu i wartości zamówienia oraz charakteru zaangażowanego sektora przemysłu, obejmującego poziom konkurencji na danym rynku oraz odpowiednie kwalifikacje techniczne bazy przemysłowej”*. Motyw 40 zwraca uwagę, że *„nie powinno to zagrażać prawidłowemu funkcjonowaniu łańcucha dostaw wybranego oferenta. Dlatego też część, która może zostać podzlecona osobie trzeciej na wniosek instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego powinna odpowiadać przedmiotowi i wartości zamówienia.”*

17. Należy również zwrócić uwagę na to, że na podstawie art. 21 ust. 4, wybrany oferent dowolnie decyduje o tym, które umowy o podwykonawstwo chce zawrzeć zgodnie z zasadami określonymi w tytule III w celu osiągnięcia wymaganego udziału procentowego. Instytucja/podmiot zamawiający może jedynie narzucić odnośne wartości procentowe; nie może żądać od wybranego oferenta powierzenia podwykonawcom konkretnych części zamówienia.

Postanowienia dyrektywy związane z tą możliwością nie muszą być transponowane. Jeżeli państwo członkowskie się na to zdecyduje, wtedy może pozostawić decyzję o ich zastosowaniu swoim instytucjom zamawiającym lub zażądać od instytucji zamawiających ich zastosowania.

Możliwość D): instytucja zamawiająca określa minimalny udział procentowy w wartości zamówienia, który ma być powierzony podwykonawcom w ramach postępowania konkurencyjnego oraz, dodatkowo, narzuca postępowanie konkurencyjne dla umów o podwykonawstwo, które zwycięski wykonawca zamierza zawrzeć powyżej minimalnego udziału procentowego

18. Czwartą możliwością dla instytucji zamawiającej jest połączenie postanowień art. 21 ust. 3 i 4. Wymaga on zatem od zwycięskiego wykonawcy powierzenia podwykonawcom minimalnego udziału procentowego wartości głównego zamówienia, a następnie, w oparciu o propozycję oferenta, żąda przyznania części lub wszystkich proponowanych umów na podwykonawstwo powyżej wymaganego udziału procentowego w przejrzystej i niedyskryminacyjnej procedurze.

19. W takim przypadku instytucja zamawiająca określa w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny udział procentowy wartości głównego zamówienia, który ma zostać powierzony podwykonawcom i zwraca się do zwycięskiego wykonawcy o określenie w ofercie (1) które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom w celu wypełnienia wymogu minimalnego udziału procentowego, oraz (2) które części zamówienia zamierza powierzyć podwykonawcom powyżej wymaganego procentu. Na podstawie oferty instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający wymaga zawarcia części lub wszystkich umów o podwykonawstwo powyżej wymaganego udziału procentowego z podmiotem wyłonionym w przejrzystej i niedyskryminującej procedurze. Jednakże wykonawca dowolnie decyduje o tym, które części chce powierzyć podwykonawcom (w celu zrealizowania minimalnego udziału procentowego lub powyżej wymaganego poziomu minimalnego). W każdym przypadku wszystkie umowy o podwykonawstwo narzucone przez instytucje zamawiające muszą być udzielane przez zwycięskiego wykonawcę zgodnie z tytułem III.

Nie wszystkie postanowienia dyrektywy związane z tą możliwością muszą być transponowane. Jeżeli państwo członkowskie zdecyduje się je transponować, może pozostawić decyzję o ich zastosowaniu swoim instytucjom zamawiającym lub zażądać od instytucji zamawiających ich zastosowania.

4) Wymogi dotyczące podwykonawstwa w postępowaniu o udzielanie zamówienia

4.1) Ogłoszenie o zamówieniu

20. Zgodnie z art. 21 ust. 6 instytucje/podmioty zamawiające muszą wskazać wszystkie swoje wymogi dotyczące podwykonawstwa w ogłoszeniu o zamówieniu. Stosuje się to do każdej możliwości opisanej w punkcie 3 i do wszystkich procedur z publikacją ogłoszenia o zamówieniu (procedura ograniczona, procedura negocjacyjna z publikacją ogłoszenia o zamówieniu lub dialog konkurencyjny).¹²⁷ Z uwagi na ogólną zasadę przejrzystości oraz ze względów praktycznych ważne jest, by instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający informowała wykonawców tak wyczerpująco jak to tylko możliwe o swoich wymogach dotyczących podwykonawstwa.

21. Stosuje się to szczególnie do instytucji/podmiotów zamawiających, które zamierzają zastosować możliwości B lub D (art. 21 ust. 3). Powinni oni podać już w ogłoszeniu o zamówieniu tyle informacji ile to możliwe o obiektywnych i niedyskryminujących kryteriach, które zamierzają zastosować przy wyborze tych proponowanych umów o podwykonawstwo, których mają być zawarte zgodnie z zasadami określonymi w tytule III. Mogą na przykład ogłosić, że zamierzają zastosować ten wymóg do wszystkich proponowanych umów o podwykonaw-

¹²⁷ Jeżeli zamówienie główne udzielane jest na podstawie art. 28 w ramach procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może opublikować wymogi dotyczące podwykonawstwa w ewentualnym (dobrowolnym) wstępnym ogłoszeniu informacyjnym opublikowanym zgodnie z art. 30 ust. 1 w TED lub w profilu nabywcy instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego. W każdym przypadku informacja ta musi zostać opublikowana w ogłoszeniu o udzieleniu zamówienia zgodnie z art. 30 ust. 3 oraz załącznikiem IV dyrektywy.

stwo, lub do pewnych części zamówienia (na przykład konkretnych podsystemów), jeżeli oferent proponuje powierzenie tych części podwykonawcom. Takie informacje mogą mieć zasadnicze znaczenie dla potencjalnych kandydatów i oferentów.

22. Instytucje/podmioty zamawiające, które stosują art. 21 ust. 4 (możliwości C i D) muszą wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu minimalny udział procentowy w ogólnej wartości zamówienia, na który, zgodnie z wymogami instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego, muszą być zawarte umowy o podwykonawstwo zgodnie z procedurą konkurencyjną.

23. We wszystkich przypadkach (możliwości A do D) instytucje/podmioty zamawiające muszą wskazać w ogłoszeniu o zamówieniu

- kryteria selekcji dotyczące sytuacji personalnej podwykonawców, która może skłonić instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający do odrzucenia potencjalnych podwykonawców, oraz wymagane informacje potwierdzające, że podwykonawcy ci nie podlegają wykluczeniu, oraz
- informacje i dokumenty wymagane do oceny minimalnych zdolności ekonomicznych i technicznych podwykonawców.

Zgodnie z art. 21 ust. 5 odrzucenie podwykonawcy może opierać się wyłącznie na kryteriach stosowanych do selekcji oferentów dla głównego zamówienia.

4.2) Przygotowanie oferty

24. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający stosuje art. 21 ust. 2 lub 3, oferent musi wskazać w swojej ofercie

- udział procentowy wartości zamówienia, którą zamierza zlecić osobom trzecim,
- przedmiot umów o podwykonawstwo, które zamierza zawrzeć, oraz
- tożsamość proponowanych podwykonawców, jeżeli są już znani.

25. W przypadku art. 21 ust. 4 oferent musi określić w ofercie

- którą część lub części swojej oferty zamierza powierzyć podwykonawcom w celu spełnienia wymogu minimalnego poziomu podwykonawstwa, oraz
- jeżeli oferent zamierza powierzyć podwykonawcom część oferty powyżej minimalnego poziomu podwykonawstwa:
 - przedmiot umów o podwykonawstwo powyżej minimalnego poziomu oraz
 - tożsamość proponowanych podwykonawców, jeżeli są już znani.

26. We wszystkich przypadkach oferta musi zawierać informacje i dokumenty potrzebne do dokonania oceny wymaganych zdolności proponowanych podwykonawców.

Dyrektywa zawiera szczególne postanowienia dotyczące wymogów związanych z bezpieczeństwem informacji. Zgodnie z art. 22 lit. c) i d) instytucje/podmioty zamawiające mogą żądać by oferent uwzględnił „wystarczające informacje na temat już zidentyfikowanych podwykonawców, które umożliwią instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu stwierdzenie, czy każdy z nich posiada kwalifikacje wymagane do odpowiedniej ochrony poufności informacji niejawnych, do których mają dostęp lub, które wytworzą w związku z realizacją ich działań w zakresie podwykonawstwa” jak również by oferent zobowiązał się do dostarczenia tych sa-

mych informacji we właściwym trybie w odniesieniu do każdego nowego podwykonawcy. W praktyce informacje te składają się zwykle z oświadczeń proponowanych podwykonawców, że posiadają oni właściwe świadectwa bezpieczeństwa (oświadczenia są weryfikowane przez instytucje/podmioty zmagające we właściwym krajowym organie bezpieczeństwa).

Na koniec, oferenci należący do grupy przedsiębiorstw utworzonej w celu otrzymania zamówienia muszą uwzględnić w ofercie wyczerpującą listę członków grupy i ich przedsiębiorstw powiązanych. (art. 50 ust. 2).

4.3) Ocena ofert

27. Przy ocenie ofert instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający weryfikuje ich zgodność z wymogami określonymi w specyfikacji warunków zamówienia, w szczególności czy zawierają wszystkie wymagane informacje i dokumenty. Obejmuje to szczegółowe informacje dotyczące podwykonawstwa. Pod tym względem instytucja zamawiająca sprawdza czy oferent dostarczył informacje wymagane zgodnie z art. 21 ust. 2 oraz, w przypadku możliwości C i D, czy oferta zawiera wszystkie właściwe szczegóły dotyczące tego, jak oferent zrealizuje minimalny poziom podwykonawstwa. Jeżeli te podstawowe warunki zostaną spełnione, dalsze kroki zależą od tego, którą możliwość wybrała instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający.

28. W przypadku możliwości A instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający zasadniczo pozostawia oferentowi kwestię wyboru podwykonawców. Ewentualna ingerencja ograniczona jest do odrzucenia pojedynczych podwykonawców na podstawie art. 21 ust. 5. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zatem natychmiast sprawdzić predyspozycje proponowanych podwykonawców. Art. 21 ust. 5 wskazuje, że weryfikacja ta może opierać się tylko na kryteriach stosowanych do selekcji jakościowej oferentów dla głównego zamówienia. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający odrzuca proponowanego podwykonawcę musi wysłać oferentowi pisemne uzasadnienie, określając dlaczego uważa, że podwykonawca nie spełnia kryteriów (zob. poniżej, punkt 4.4.6).

29. W przypadku możliwościach B i C instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający rezerwuje sobie prawo do zobligowania wybranego oferenta do zawarcia proponowanych umów o podwykonawstwo za pośrednictwem procedury opisanej w tytule III. Zobowiązanie to może stosować się do wszystkich umów o podwykonawstwo lub tylko do konkretnych umów o podwykonawstwo wybranych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający nie ogłosił od początku, że wymaga zastosowania tytułu III dla wszystkich umów na podwykonawstwo proponowanych przez oferentów, musi w trakcie procedury udzielania zamówień powiadomić oferentów które umowy o podwykonawstwo rzeczywiście podlegać będą tym zasadom.

30. Chociaż dyrektywa nie zawiera formalnych ograniczeń w tym względzie, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinien być niemniej jednak świadomy, że jego decyzja musi być zgodna z zasadą równego traktowania oferentów (art. 4). Oznacza to, że odnośne umowy o podwykonawstwo mogą być wskazywane indywidualnie, ale nie w sposób arbitralny. Instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinien zatem określić obiektywne i niedyskryminujące podejście oraz dostarczyć tyle informacji ile to możliwe dotyczących kryteriów swojej decyzji. W szczególności decyzja instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego nie może opierać się na narodowości pierwotnie wybranych przez oferenta podwykonawców.

31. Ponadto, z uwagi na praktyczne i ekonomiczne implikacje dla oferenta, umowy o podwykonawstwo, które mają być zawarte w wyniku procedury konkurencyjnej powinny

być wskazane tak wcześnie jak to możliwe w procedurze udzielania zamówień. W związku z tym w procedurze ograniczonej instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający powinien poinformować o swojej decyzji natychmiast po ocenie ofert. Wskazanie zamówień na podwykonawstwo, które mają być udzielone zgodnie z zasadami określonymi w tytule III jest zatem wiążące dla oferenta.

W procedurze negocjacyjnej lub dialogu konkurencyjnym sytuacja jest trochę inna. Zgodnie z motywem 40 „instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający oraz oferenci mogą omówić wymogi podzlecenia lub dotyczące go warunki w celu zagwarantowania pełnego powiadomienia instytucji zamawiającej/podmiotu zamawiającego o wpływie różnych opcji podzlecenia szczególnie na koszty, jakość lub ryzyko”. W tych procedurach dokładna treść zobowiązań dotyczących podwykonawstwa jest zatem określana w późniejszym etapie, po przeprowadzeniu negocjacji między stronami.

32. W przypadku możliwości C oferent decyduje o tym, które umowy o podwykonawstwo chce zawrzeć zgodnie z zasadami określonymi w tytule III w celu spełnienia wymagań minimalnego procentu nałożonych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. Wszystko zatem, co instytucja zamawiająca może zrobić, to żądać zastosowania tytułu III do umów o podwykonawstwo, które oferent chce zawrzeć powyżej minimalnego poziomu.

4.4) Przepisy stosowane przez zwycięskiego wykonawcę po udzieleniu głównego zamówienia

4.4.1) Zasady

33. Po udzieleniu zamówienia zwycięski wykonawca ma obowiązek stosowania przepisów określonych w tytule III do zawierania umów podwykonawstwa objętych wymogami nałożonymi przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający. Chociaż sformułowania dyrektywy sugerują, że zwycięski wykonawca zawiera umowy o podwykonawstwo po udzieleniu głównego zamówienia, możliwe jest również wybranie przez oferenta swoich podwykonawców wcześniej tj. już w trakcie przygotowywania oferty, przy zastosowaniu procedur określonych w tytule III. Takie umowy o podwykonawstwo byłyby zawierane pod warunkiem udzielenia oferentowi zamówienia głównego. Ewentualnie wybrany oferent może również spełnić wymóg dotyczący podwykonawstwa poprzez zawarcie umów o podwykonawstwo na podstawie umowy ramowej zawartej zgodnie z tytułem III (zob. poniżej, punkt 4.4.3).

Przepisy określone w tytule III ograniczają się do obowiązku opublikowania ogłoszenia dotyczącego podwykonawstwa w całej UE oraz przestrzegania pewnych podstawowych zasad zawierania umów o podwykonawstwo. Pozwalają one na większą elastyczność w przeprowadzaniu procedury.

Motyw 40 zwraca uwagę, że podwykonawcy zaproponowani pierwotnie przez wybranego oferenta mogą uczestniczyć w procedurach konkurencyjnych organizowanych zgodnie z tytułem III.

4.4.2) Ogłoszenie dotyczące podwykonawstwa

34. Przy zawieraniu umów o wartości przekraczającej próg stosowania dyrektywy (art. 8) zwycięscy wykonawcy muszą opublikować w TED¹²⁸ ogłoszenie dotyczące podwykonawstwa,

¹²⁸ Tenders Electronic Daily, internetowa wersja „Suplementu do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej”, <http://ted.europa.eu>.

które musi zawierać podstawowe informacje dotyczące udzielanego zamówienia. Dokładna zawartość ogłoszenia znajduje się w załączniku V dyrektywy. Ogłoszenie należy sporządzić stosując standardowy formularz.

Zgodnie z art. 53 ogłoszenie dotyczące podwykonawstwa musi w szczególności zawierać „kryteria jakościowej selekcji przewidziane przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, a także wszelkie inne kryteria, które [wybrany oferent] zastosuje do jakościowej selekcji podwykonawców.”

35. Zgodnie z art. 52 ust. 4 ogłoszenie dotyczące podwykonawstwa nie jest wymagane w sytuacji, gdy umowa o podwykonawstwo spełnia warunki uzasadniające zastosowanie procedury negocjacyjnej bez publikacji ogłoszenia o zamówieniu (art. 28). W takim przypadku nawet instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający byłby upoważniony do udzielenia zamówienia bez ogłaszania; ta sama zasada musi być stosowana do zwycięskiego wykonawcy.

36. Dla umów o podwykonawstwo poniżej progu stosowania dyrektywy nie ma obowiązku publikowania ogłoszenia. Art. 52 ust. 7 stwierdza jednak, że przy zawieraniu takich umów, wykonawcy muszą stosować zasady Traktatu dotyczące przejrzystości i konkurencji. Zgodnie z orzecznictwem Trybunału Sprawiedliwości może to oznaczać obowiązek zapewnienia odpowiedniego stopnia publikacji, jeżeli dana umowa o podwykonawstwo może stanowić przedmiot zainteresowania wykonawców z innych państw członkowskich.¹²⁹

4.4.3) Umowy ramowe

37. Art. 52 ust. 6 daje państwom członkowskim możliwość pozwalającą zwycięskiemu wykonawcy spełnić wymogi dotyczące podwykonawstwa poprzez zawarcie umów o podwykonawstwo na podstawie umowy ramowej zawartej zgodnie z zasadami określonymi w Tytule III. Takie umowy o podwykonawstwo są uznawane za udzielone w procedurze konkurencyjnej zgodnie z Tytułem III; kwalifikują się zatem do wypełnienia wszystkich wymogów dotyczących podwykonawstwa nałożonych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Okres obowiązywania umowy ramowej jest zasadniczo ograniczony do siedmiu lat. Ostatni akapit art. 52 ust. 6 przestrzega również, że „umowy ramowe nie mogą być stosowane w sposób nieodpowiedni ani też w sposób wykluczający, ograniczający lub zakłócający konkurencję”.

Umowy ramowe pozwalają przedsiębiorcom w sektorze obronnym i w sektorze bezpieczeństwa na utworzenie łańcucha dostaw wybranych podwykonawców w przejrzysty i nie-dyskryminujący sposób. Jednocześnie dają one podwykonawcom — w szczególności MŚP — możliwość zbudowania transgranicznych stosunków biznesowych i stania się częścią łańcucha dostaw integratorów dużych systemów z innych państw członkowskich. Mogą być one zatem ważnym instrumentem otwierania funkcjonujących łańcuchów dostaw.

4.4.4) Klauzula wyłączeniowa

38. Zgodnie z art. 53 „wybrany oferent nie musi powierzać podwykonawstwa, jeżeli udowodni instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu, że żaden z podwykonawców bio-

¹²⁹ Zob. wyrok z dnia 15 maja 2008 r. w sprawach połączonych C-147/06 i C-148/06 SECAP, pkt. 18 do 35; Komunikat wyjaśniający Komisji dotyczący prawa wspólnotowego obowiązującego w dziedzinie udzielania zamówień, które nie są lub są jedynie częściowo objęte dyrektywami w sprawie zamówień publicznych, Dz. Urz. UE C179 z 1.8.2006, str. 2; wyrok z dnia 20 maja 2010 r. w sprawie T-258/06 Niemcy przeciwko Komisji, pkt 68–100.

jących udział w konkursie lub żadna z ich ofert nie spełnia kryteriów określonych w ogłoszeniu o zamówieniu na podwykonawstwo, przez co wybrany oferent nie mógłby spełnić wymogów określonych w głównym zamówieniu”.

Dotyczy to w szczególności przypadków, kiedy żadne z uczestniczących przedsiębiorstw nie spełnia kryteriów selekcji określonych przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający, lub kiedy żadna ze złożonych ofert nie jest zgodna z obowiązkowymi wymogami głównego zamówienia, takimi jak wymogi bezpieczeństwa dostaw. Jeżeli zwycięski wykonawca dostarczy instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu odpowiednich dowodów, jest zwolniony z obowiązku podzlecenia i może dowolnie decydować o tym, czy dostarczyć wymagane elementy za pośrednictwem własnych środków czy zawrzeć umowy o podwykonawstwo bez stosowania zasad określonych w tytule III.

4.4.5) Zasady zawierania umów o podwykonawstwo

39. *„W przypadku gdy wybrani oferenci są instytucjami/podmiotami zamawiającymi, przy przyznawaniu umów o podwykonawstwo muszą przestrzegać postanowień dotyczących głównego zamówienia określonych w tytule I i II” (art. 54). Wszyscy inni wybrani oferenci muszą stosować tylko ograniczony zestaw zasad zawierania umów o podwykonawstwo. Art. 51 stwierdza jedynie, że „wybrany oferent działa w sposób przejrzysty i traktuje wszystkich potencjalnych podwykonawców w sposób równy i niedyskryminujący”.*

Jednakże art. 53 ust. 1 odnosi się do kryteriów, które zwycięski wykonawca stosuje w selekcji jakościowej podwykonawców. Takie kryteria mogą być określone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający lub wybrane przez zwycięskiego wykonawcę. W obydwu przypadkach muszą one być „obiektywne, niedyskryminujące i spójne z kryteriami stosowanymi przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający [zgodnie z art. 39 do 42] przy wyborze oferentów do głównego zamówienia. Wymagane możliwości muszą być bezpośrednio związane z przedmiotem umowy o podwykonawstwo, a wymagane poziomy zdolności muszą być do niego współmierne”.

Istnienie specjalnej zasady dla selekcji jakościowej oznacza, że procedura stosowana przez zwycięskiego wykonawcę musi uwzględniać odrębną ocenę predyspozycji i możliwości potencjalnych podwykonawców. W takiej ocenie zwycięski wykonawca musi przynajmniej stosować kryteria selekcji określone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

Poza tymi wymogami zwycięskiemu wykonawcy pozostawiono kwestię określenia kryteriów udzielania oraz zorganizowania procedury zawarcia umów o podwykonawstwo. Nie ma w szczególności obowiązku stosowania formalnych procedur określonych w dyrektywie dla instytucji/podmiotów zamawiających.

4.4.6) Odrzucenie podwykonawców

40. W końcu kiedy zwycięski wykonawca wyselekcjonuje podwykonawców, stosując procedury określone w tytule III, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający weryfikuje predyspozycje wybranych podwykonawców zgodnie z art. 21 ust. 5. Weryfikacja ta może być oparta tylko na kryteriach zastosowanych przy selekcji jakościowej oferentów dla głównego zamówienia. W praktyce kryteria wyboru zastosowane przy odrzuceniu podwykonawców stanowią podzestaw kryteriów selekcji zastosowanych przy udzielaniu głównego zamówienia, ponieważ nie wszystkie pierwotne kryteria selekcji mogą mieć zastosowanie dla danego proponowanego podwykonawcy lub jego działalności.

Jeżeli instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający odrzuca proponowanego podwykonawcę powinien poinformować o swojej decyzji wybranego oferenta tak szybko jak to tylko możliwe. Musi sporządzić pisemne uzasadnienie, określając dlaczego uważa, że podwykonawca nie spełnia kryteriów, z zastrzeżeniem zastosowania art. 35 ust. 3.

4.4.7) Środki ochrony prawnej

41. Art. 55 ust. 1 stwierdza, że procedury odwoławcze określone w art. 55 do 64 mają zastosowanie tylko do „*umów, o których mowa w art. 2*”, tj. głównych zamówień na roboty budowlane, zamówień na usługi i dostawy zawartych pomiędzy instytucją zamawiającą/podmiotem zamawiającym a zwycięskim wykonawcą. W związku z tym firma, która uczestniczy lub jest zainteresowana uczestnictwem w konkurencyjnym postępowaniu na podwykonawstwo organizowanym przez zwycięskiego wykonawcę zgodnie z tytułem III nie może wszcząć procedury odwoławczej przeciwko wybranemu oferentowi.

Jeżeli zwycięski wykonawca nie wypełnia swoich zobowiązań związanych z podwykonawstwem, narusza warunki umowy z instytucją zamawiającą/podmiotem zamawiającym. Z zastrzeżeniem obowiązujących przepisów prawa zobowiązań, instytucja zamawiająca/podmiot zamawiający może zatem zastosować środki ochrony prawnej takie jak roszczenie odszkodowawcze lub wniosek o unieważnienie umowy przeciwko zwycięskiemu wykonawcy. Pod pewnymi warunkami instrumenty takie mogą być również dostępne dla firm, które wzięły udział lub były zainteresowane udziałem w danym postępowaniu konkurencyjnym.

42. Natomiast oferent może wszcząć procedurę odwoławczą na podstawie art. 55 do 64 przeciwko instytucji zamawiającej/podmiotowi zamawiającemu za domniemane naruszenie zasad dotyczących podwykonawstwa w czasie udzielania głównego zamówienia. Może się tak zdarzyć na przykład w sytuacjach, w których oferent uważa, że wymogi dotyczące podwykonawstwa określone przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający wykraczają poza to, co dopuszcza art. 21, lub w sytuacji gdy zwycięski wykonawca chce zakwestionować odrzucenie podwykonawcy przez instytucję zamawiającą/podmiot zamawiający.

X. NOTA WYJAŚNIAJĄCA KE DOTYCZĄCA OFFSETU

1) Wprowadzenie

1. Do tej pory wiele państw członkowskich wymagało kompensacji (offsetu) od dostawców niekrajowych przy zamawianiu za granicą sprzętu związanego z obronnością. Praktyki offsetowe, jak również zasady i przepisy leżące u ich podstaw, różnią się znacznie w różnych państwach członkowskich. W niektórych przypadkach, offset ma charakter wojskowy i jest związany bezpośrednio z zamówieniem (na przykład udział lokalnych firm przemysłowych w produkcji zamówionego sprzętu). W innych przypadkach offset ma charakter niebezpieśrdni lecz ograniczony do sfery wojskowej (na przykład umowy podwykonawstwa zawierane przez dostawcę z lokalnymi firmami z sektora obronnego na inne produkty wojskowe), lub niebezpieśrdni i niewojskowy (na przykład zobowiązanie dostawcy do inwestycji zagranicznych w sektorach cywilnych gospodarki państwa dokonującego zakupu lub do zakupu towarów cywilnych w tym państwie).

2. Takie wymagania offsetowe są środkami ograniczającymi, które są niezgodne z podstawowymi zasadami Traktatu, ponieważ dyskryminują wykonawców, towary i usługi z innych państw członkowskich oraz zakłócają wolny przepływ towarów i usług. Jako że naruszają one podstawowe zasady prawa pierwotnego UE, dyrektywa nie może na nie pozwalać, tolerować, ani ich regulować. Jednocześnie dyrektywa bierze pod uwagę związane z obronnością uzasadnienia dla offsetu i oferuje, za pośrednictwem swoich postanowień dotyczących bezpieczeństwa dostaw i podwykonawstwa, niedyskryminacyjną alternatywę, która pozwala państwom członkowskim ochronić uzasadnione interesy bezpieczeństwa oraz wprowadzić konkurencję do łańcucha dostaw wybranych oferentów bez naruszania prawa UE.

3. Jako środki ograniczające naruszające prawo pierwotne, wymagania offsetowe mogą być uzasadnione tylko na podstawie jednego z odstępstw wynikających z Traktatu, w szczególności art. 346 TFUE. Jednakże odstępstwa te muszą być ograniczone do wyjątkowych i jasno zdefiniowanych przypadków, a zastosowane środki nie mogą wychodzić poza granice tych przypadków. Muszą być one ściśle interpretowane, a obowiązek udowodnienia, że odstępstwo jest uzasadnione, leży po stronie państwa członkowskiego, które się na nie powołuje. W tym kontekście należy zwrócić uwagę, że względy ekonomiczne nie są uznawane za podstawę do uzasadnienia graniczeń swobód gwarantowanych w Traktacie. Ponadto sam art. 346 ust. 1 lit. b) stwierdza, że środki podejmowane na podstawie tego artykułu „nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych.”

4. W końcu, każda decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi opierać się na indywidualnej ewaluacji każdego przypadku, która określa zagrożony podstawowy interes bezpieczeństwa i ocenia konieczność zastosowania konkretnego środka, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz potrzebę ścisłej interpretacji art. 346 TFUE. Konieczność indywidualnej oceny każdego przypadku jest nie do pogodzenia z zasadami i przepisami krajowymi, które zakładają wymagania offsetowe zgodne z podejściem „uniwersalnym” (ang. „catch all”) dla pewnych kategorii zamówień.

2) Ramy prawne

2.1) Prawo pierwotne UE

5. Rynek wewnętrzny zbudowany jest na podstawowych swobodach, mianowicie na swobodnym przepływie towarów, osób, usług i kapitału (zob. art. 26 ust. 2 TFUE). Swobody te są bezpośrednio związane z podstawowymi zasadami równego traktowania, niedyskryminacji (art. 18 TFUE) oraz przejrzystości.

Wszystkie środki podejmowane przez państwa członkowskie oraz instytucje/podmioty zamawiające muszą być zgodne z fundamentalnymi swobodami oraz podstawowymi zasadami prawa UE. Motyw 15 dyrektywy 2009/81/WE potwierdza ten podstawowy obowiązek wynikający z pierwotnego prawa europejskiego przez wyraźne stwierdzenie, że udzielanie zamówień przez instytucje i podmioty zamawiające *„odbywa się zgodnie z zasadami Traktatu, a w szczególności z zasadami swobody przepływu towarów, swobody przedsiębiorczości oraz swobody świadczenia usług, a także zasad z nich wynikających, takich jak zasada równego traktowania, zasada niedyskryminacji, zasada wzajemnego uznawania, zasada proporcjonalności oraz zasada przejrzystości.”*

6. Prawo swobodnego przepływu towarów oznacza głównie zakaz ilościowych ograniczeń dla importu i eksportu *„oraz wszelkich środków o skutku równoważnym”* (art. 34 i 35 TFUE). Zgodnie z wieloletnim orzecznictwem dotyczy to *„wszelkich przepisów państw członkowskich dotyczących obrotu handlowego mogących bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie utrudnić wewnątrzwspólnotową wymianę handlową.”*¹³⁰ Wszelkie środki, które (a) zabraniają lub utrudniają sprzedaż towarów wytwarzanych lub dystrybuowanych przez wykonawców z innych państw członkowskich,¹³¹ lub (b) obligują lub skłaniają wykonawców do zakupu produktów od producentów krajowych w ogóle lub od konkretnych producentów, wpływają negatywnie na wielkość obrotu handlowego między państwami członkowskimi i muszą w związku z tym być uznane za środki o skutkach równoważnych z ograniczeniami ilościowymi na import zabronionymi na mocy artykułu 35 TFUE.¹³² Obejmuje to zwykle zachęcanie przy pomocy niewiążących środków mogących wpływać na postępowanie wykonawców.¹³³ W istocie, uniemożliwiając wykonawcom zakup od dostawców mających siedzibę w innych państwach członkowskich, środki takie dyskryminują produkty wytwarzane w innych państwach członkowskich oraz skutkują stworzeniem bariery dla handlu wewnątrz UE.¹³⁴

7. Swoboda świadczenia usług (art. 56 do 62 TFUE) zabrania nie tylko dyskryminacji ze względu na narodowość, ale wszelkich ograniczeń *„które są w stanie zakazać, utrudnić lub uczynić mniej atrakcyjną działalność usługodawcy mającego siedzibę w innym państwie członkowskim.”*¹³⁵ Dotyczy to wszystkich środków, które rezerwują pewne usługi dla dostaw-

¹³⁰ Wyrok z dnia 11 lipca 1974 r. w sprawie 8/74 *Dassonville*, pkt 5.

¹³¹ Zob. np. wyrok z dnia 24 czerwca 1992 r. w sprawie C-137/94 *Komisja przeciwko Grecji*, pkt 8, dotyczący krajowych zasad wymagających od przedsiębiorstw zakupu wyłącznie kas elektronicznych stanowiących wartość dodaną ich produkcji na terytorium kraju.

¹³² Zob. wyroki z dnia 24 listopada 1982 r. w sprawie 249/81 *Komisja przeciwko Irlandii* („Buy Irish”), pkt 23–29, z dnia 5 czerwca 1986 r. w sprawie 103/84 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 24 oraz z dnia 20 marca 1990 r. w sprawie C-21/88 *Du Pont de Nemours Italiana SpA*, dotyczący krajowego przepisu rezerwującego część publicznych zamówień na dostawy dla przedsiębiorstw z siedzibą w danym regionie kraju.

¹³³ Zob. sprawa 249/81, pkt 27 do 28.

¹³⁴ Zob. sprawa C-21/88, pkt 11.

¹³⁵ Wieloletnie orzecznictwo, zob. na przykład wyrok z dnia 12 grudnia 1996 r. w sprawie C-3/95 *Reisbüro Broede*, pkt 25.

ców zlokalizowanych w danym państwie członkowskim¹³⁶ lub określają warunki faworyzujące lokalnych dostawców usług.

W kontekście zamówień publicznych, Trybunał stwierdził, że bezpośrednie udzielenie zamówienia publicznego na usługi przedsiębiorstwu zlokalizowanemu w tym samym państwie członkowskim co instytucja zamawiająca narusza prawo swobodnego przepływu usług, ponieważ skutkuje wykluczeniem wszystkich usługodawców zlokalizowanych w innych państwach członkowskich.¹³⁷ Wynika z tego, że środki zobowiązujące lub skłaniające przedsiębiorców do udzielania zamówień na usługi lokalnym usługodawcom naruszają prawo swobodnego przepływu usług, ponieważ wykluczają lub ograniczają dostęp do rynku usługodawcom z innych państw członkowskich.

8. Wreszcie, art. 18 TFUE zawiera ogólny zakaz „wszelkiej dyskryminacji ze względu na przynależność państwową.” Dotyczy to wszystkich sytuacji w zakresie obowiązywania Traktatów, których nie obejmuje już zakres szczególnych swobód, takich jak swobody podstawowe.

2.2) Dyrektywa 2009/81/WE

2.2.1) Zasady podstawowe

9. Dyrektywa 2009/81/WE jest instrumentem prawnym mającym na celu zagwarantowanie przestrzegania tych podstawowych przepisów Traktatu w szczególnej dziedzinie obronności i niewrażliwych zamówień związanych z bezpieczeństwem. Biorąc pod uwagę jasne stanowisko prawne wynikające z prawa pierwotnego UE, dyrektywa nie dotyczy bezpośrednio kwestii offsetu. Jednakże zawiera szereg postanowień, które mają na celu zapewnienie, by procedury udzielania zamówień wynikające z dyrektywy ogólnie, a wymagania nakładane na kandydatów, oferentów i wybranych wykonawców w szczególności, były całkowicie zgodne z zasadami i wymaganiami prawa pierwotnego.

10. Art. 4 dyrektywy określa podstawowe zasady niedyskryminacji kandydatów i oferentów w procedurach udzielania zamówień: „Instytucje/podmioty zamawiające zapewniają równe i niedyskryminacyjne traktowanie wykonawców oraz działają w sposób przejrzysty.” Zasada ta zabrania stosowania wszelkich środków, które skutkują dyskryminacją uczestników procedury, na przykład poprzez określenie obowiązku kompensacji tylko dla oferentów z zagranicy. Zakaz ten obejmuje również dyskryminację wycelowaną w łańcuchy dostaw oferentów (artykuł 21 ust. 1).

2.2.2) Kryteria wyboru

11. Art. od 38 do 42 zawierają przepisy dotyczące kryteriów jakościowego wyboru kandydatów i oferentów. W tym kontekście motyw 61 stwierdza, że „weryfikacja predyspozycji oferentów i ich wybór powinny mieć charakter przejrzysty. W tym celu należy wskazać niedyskryminacyjne kryteria, które instytucje/podmioty zamawiające mogą stosować podczas kwalifikacji uczestników, oraz środki, które wykonawcy mogą wykorzystywać w celu udowodnienia spełnienia tych kryteriów. ...”

¹³⁶ Zob. wyrok z dnia 7 lutego 2002 r. w sprawie C-279/00 *Komisja przeciwko Włochom*, pkt 17.

¹³⁷ Zob. wyroki z dnia 21 lipca 2005 r. w sprawie C-231/03 *Coname*, pkt 17 do 20, oraz z dnia 13 listopada 2007 r. w sprawie C-507/03 *Komisja przeciwko Irlandii*, pkt 29 do 32.

Ponadto art. 38 ust. 2 wskazuje, że zakres informacji, które kandydaci i oferenci muszą dostarczyć oraz minimalne poziomy zdolności wymagane dla danego zamówienia „*muszą być związane z przedmiotem zamówienia i proporcjonalne do niego.*”

W związku z tym kryteria wyboru nie mogą prowadzić do bezpośredniego lub pośredniego dyskryminowania kandydatów i oferentów. Nie mogą odnosić się do kwalifikacji, zdolności lub innych elementów, które nie są związane z danym zamówieniem.

2.2.3) Warunki realizacji zamówienia

12. Art. 20 dotyczący warunków realizacji zamówień stwierdza, że „*instytucje/podmioty zamawiające mogą określić warunki szczególne związane z realizacją zamówienia, pod warunkiem że są one zgodne z prawodawstwem Wspólnoty... .*” Wyklucza to w oczywisty sposób wszystkie wymogi, które są niezgodne z pierwotnym prawem europejskim.

Motyw 41 potwierdza to, stwierdzając, że „*warunki realizacji zamówienia są zgodne z niniejszą dyrektywą, pod warunkiem że nie są one, bezpośrednio lub pośrednio, dyskryminujące....*”.

W tym kontekście warto również odnieść się do motywu 45, który stwierdza, że „*żaden warunek realizacji zamówienia nie może zawierać wymogów innych niż te, które są związane z realizacją samego zamówienia*”.

2.2.4) Podwykonawstwo

13. Art. 21 oraz tytuł III (art. 50–53) dyrektywy zawierają postanowienia pozwalające instytucjom/podmiotom zamawiającym żądać od wybranych wykonawców zlecenia pewnej części głównego zamówienia podwykonawcom i/lub poddania proponowanych umów podwykonawstwa konkurencji. Instytucje/podmioty zamawiające mogą wykorzystywać te przepisy do otwierania łańcucha dostaw wybranych wykonawców na konkurencję w całej Europie, ale nie mogą narzucać lokalnych dostawców jako podwykonawców.

14. Kiedy instytucje/podmioty zamawiające żądają, by pewna część głównego zamówienia była zlecana podwykonawcom, zgodnie z art. 21 ust. 4 wybrany oferent może zdecydować dowolnie, które części chce zlecić podwykonawcom w celu wypełnienia tego wymogu, a wszystkie umowy o podwykonawstwo muszą być udzielane zgodnie z zasadami określonymi w tytule III.

15. Zgodnie z art. 21 ust. 3 instytucje/podmioty zamawiające mogą również żądać od wybranych oferentów poddania proponowanych umów podwykonawstwa konkurencji; w takim przypadku wybrany oferent musiałby również udzielić tych umów o podwykonawstwo zgodnie z tytułem III dyrektywy.

16. We wszystkich tych przypadkach firmy usytuowane w państwie członkowskim dokonującym zakupu mogą uczestniczyć w procedurze zawierania umów podwykonawstwa zorganizowanej przez wybranego oferenta na tych samych warunkach, co wykonawcy usytuowani w każdym innym państwie członkowskim.

Dla wszystkich umów o podwykonawstwo, których nie dotyczy wymóg, o którym mowa w ust. 3 i 4 art. 21 „*wybrany oferent może wybrać podwykonawców*” (art. 21 ust. 1).

Oznacza to, że niezależnie od decyzji, jaką podejmą instytucje/podmioty zamawiające w sprawie wymogów w stosunku do podwykonawstwa, nie wolno im żądać od wybranych oferentów „*dyskryminacji potencjalnych podwykonawców ze względu na narodowość (art. 21 ust. 1)*”.

2.2.5) Kryteria udzielania zamówień

17. Na koniec zgodnie z art. 47 do instytucji/podmiotów zamawiających należy decyzja, czy chcą udzielić zamówienia na podstawie kryterium najniższej ceny czy kryterium oferty najkorzystniejszej ekonomicznie. W przypadku gdy zamówienia udziela się na podstawie oferty najkorzystniejszej ekonomicznie, instytucja/podmiot zamawiający może określić „*różne kryteria związane z przedmiotem danego zamówienia*” w celu dokonania oceny, który z oferentów proponuje najlepszą jakość w stosunku do ceny.

Ograniczenie do kryteriów związanych z przedmiotem danego zamówienia wynika z orzecznictwa Trybunału Sprawiedliwości.¹³⁸ Oznacza to, że dostawy, usługi, inwestycje oraz inne aspekty, które nie są bezpośrednio związane z przedmiotem danego zamówienia, nie mogą być brane pod uwagę przy podejmowaniu decyzji o udzieleniu zamówienia.

Ponadto motyw 69 podkreśla, że „*zamówienia powinny być udzielane na podstawie obiektywnych kryteriów, zapewniających zgodność z zasadami przejrzystości, niedyskryminacji, równego traktowania oraz gwarantujących, że oferty są oceniane w warunkach efektywnej konkurencji...*”.

3) Konsekwencje dla offsetu

3.1) Wymagania dotyczące offsetu a dyrektywa 2009/81/WE

18. Bez względu na to, czy offset ma charakter cywilny czy wojskowy, bezpośredni czy pośredni, oraz jaki jest jego związek z głównym zamówieniem, wymagania offsetowe są środkami ograniczającymi, które są niezgodne z podstawowymi zasadami Traktatu, ponieważ dyskryminują wykonawców, towary i usługi z innych państw członkowskich i zakłócają swobodny przepływ towarów i usług. Ponieważ naruszają one podstawowe zasady pierwotnego prawa UE, dyrektywa nie może zezwalać na ich występowanie, tolerować ich, ani regulować.

19. Co za tym idzie, instytucje/podmioty zamawiające nie mogą wymagać lub skłaniać, w jakikolwiek sposób, kandydatów, oferentów lub wybranych wykonawców do zobowiązania się do:

- zakupu towarów lub usług od wykonawców, których siedziba znajduje się w konkretnym państwie członkowskim;
- udzielania zamówień na podwykonawstwo przedsiębiorcom, których siedziba znajduje się w konkretnym państwie członkowskim;
- dokonywania inwestycji w konkretnym państwie członkowskim;
- wytwarzania wartości na terytorium konkretnego państwa członkowskiego.

Dotyczy to wszystkich rodzajów robót budowlanych, dostaw, usług i inwestycji, bez względu na to, czy mają one charakter lub cel wojskowy, związany z bezpieczeństwem lub cywilny oraz bez względu na to, czy bezpośrednio lub pośrednio związane są z danym zamówieniem. Ponadto od oferentów, kandydatów oraz wybranych wykonawców nie wolno żądać mobilizowania innych przedsiębiorstw, związanych z nimi lub nie, do dokonywania takich zakupów, podwykonawstwa lub inwestycji.

¹³⁸ Zob. w szczególności wyroki z dnia 17 września 2002 r. w sprawie C-513/99 *Concordia Bus Finland*, pkt 62, oraz z dnia 4 grudnia 2003 r. w sprawie C-448/01 *EVN AG Und Wienstrom AG*, pkt 57.

3.2) Wymagania offsetowe i artykuł 346 TFUE

20. Środki ograniczające niezgodne z prawem pierwotnym mogą być uzasadnione wyłącznie na podstawie jednego z odstępstw zawartych w Traktacie. Dla zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem najistotniejsze jest odstępstwo określone w art. 346 TFUE.

21. Zgodnie z przyjętym orzecznictwem odstępstwo wynikające z art. 346 TFUE jest ograniczone do wyjątkowych i wyraźnie określonych przypadków, a podjęte środki nie mogą wykraczać poza granice tych przypadków¹³⁹. Jak każde inne odstępstwo od podstawowych swobód, musi być ono interpretowane ściśle¹⁴⁰, a obowiązek udowodnienia, że odstępstwo jest uzasadnione, leży po stronie państwa członkowskiego, które się na nie powołuje.

Oznacza to, że jeżeli państwo członkowskie zamierza oprzeć się na art. 346 TFUE w celu określenia wymagań takich jak te wymienione powyżej w punkcie 2.1 (bez względu na to czy są oficjalnie nazywane offsetem czy nie), musi być w stanie oraz być gotowe do udowodnienia, że wymagania te są konieczne do ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa¹⁴¹.

Dokładniej rzecz ujmując, dane państwo członkowskie musi być przygotowane do wskazania podstawowego interesu bezpieczeństwa, który sprawia, że dany wymóg jest konieczny, do udowodnienia, że wymóg ten jest odpowiednim środkiem ochrony tego interesu oraz do wyjaśnienia, dlaczego nie jest możliwe osiągnięcie tego samego celu za pomocą mniej ograniczających środków. Wzajemne znoszenie zobowiązań offsetowych może stanowić odpowiedni środek zniesienia zobowiązań offsetowych podjętych w przeszłości; jednakże w odniesieniu do przyszłych uzgodnień offsetowych zapisy dotyczące wzajemnego znoszenia zobowiązań mogłyby zostać zinterpretowane jako dowód na to, że wymogi offsetowe nie były konieczne dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa.

Zasady te podkreślono również w motywie 17 dyrektywy, który stwierdza, że „możliwość zastosowania takich wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane artykuły pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie niniejszej dyrektywy musi być zarazem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług.”

22. W tym kontekście warto przypomnieć, że względy ekonomiczne nie są brane pod uwagę jako podstawa do uzasadnienia ograniczeń dla swobód gwarantowanych w Traktacie. Środki, które mogą naruszać zakaz dyskryminacji ze względu na narodowość, mogą być dozwolone tylko jeżeli są uzasadnione przez jeden z nieekonomicznych względów wymienionych w art. 36, 51, 52, 62 oraz 346 TFUE. Oznacza to, że te środki ograniczające muszą być niezbędne ze względu na interesy bezpieczeństwa, nie ze względu na interesy ekonomiczne lub związane z zatrudnieniem. W związku z tym (ekonomiczny) zwrot z inwestycji dokonanych za granicą nie jest wystarczającą dla uzasadnienia zastosowania odstępstwa.

23. Ścisła interpretacja art. 346 TFUE oznacza również, że uzasadnienie musi zawsze bezpośrednio dotyczyć konkretnych środków. W związku z tym uzasadnione odstępstwo od dyrektywy z innych względów bezpieczeństwa nie otwiera automatycznie drogi do żądania

¹³⁹ Zob. wyrok w sprawie C-414/97 *Komisja przeciwko Hiszpanii*, pkt 22, oraz wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, ust. 68.

¹⁴⁰ Zob. wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, ust. 69.

¹⁴¹ Zob. wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, ust. 72.

kompensacji. Zamówienie związane z obronnością lub bezpieczeństwem może podlegać wyłączeniu na przykład ze względów bezpieczeństwa informacji, ale wyłączenie to nie oznacza zgody na określenie wymagań offsetowych dla zakupu uwzględnionego w zamówieniu, które podlega wyłączeniu. Przeciwnie, wymaganie offsetowe byłoby kolejnym (dodatkowym) środkiem mającym negatywny wpływ na handel wewnątrzunijny w inny sposób i musiałoby w związku z tym być uzasadnione oddzielnie.

Dlatego też jeżeli państwo członkowskie zamierza powołać się na art. 346 TFUE w celu postawienia wymagań, które naruszają podstawowe swobody i zasady Traktatu, zawsze musi być w stanie udowodnić, że ten konkretny wymóg jest sam w sobie niezbędny do ochrony jego podstawowych interesów bezpieczeństwa¹⁴².

24. Ta sama logika ma zastosowanie do zamówień związanych z obronnością i bezpieczeństwem, które wyłączone są z obowiązywania dyrektywy na podstawie art. 12 lub 13. Wyłączenia te muszą być również ściśle interpretowane. Stąd na przykład zamówienia udzielane przez rząd innemu rządowi wyłączone są z dyrektywy, ale ewentualne wymagania offsetowe związane z takimi umowami musiałyby być uzasadnione oddzielnie jako konieczne dla ochrony podstawowych interesów kupującego państwa członkowskiego.

25. Ponadto należy zwrócić uwagę, że sam art. 346 ust. 1 lit. b) stwierdza, że środki podjęte na podstawie tego artykułu „nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych”. Miałoby to również zastosowanie do wymagań offsetowych, gdyby te ostatnie mogły być uzasadnione jako niezbędne dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa¹⁴³.

26. Na koniec, każda decyzja o zastosowaniu art. 346 TFUE musi opierać się na indywidualnej ewaluacji każdego przypadku, która określa dany podstawowy interes bezpieczeństwa oraz ocenia niezbędność konkretnego środka, biorąc pod uwagę zasadę proporcjonalności oraz konieczność ścisłej interpretacji art. 346 TFUE. Ta konieczność indywidualnej oceny poszczególnych przypadków jest nie do pogodzenia z zasadami lub przepisami krajowymi, które zakładają podejście „uniwersalne” (ang. „catch-all”) do wymogów offsetowych dla pewnych kategorii zamówień. Wskutek tego wszelkie ustawodawstwo i/lub polityka, które czynią wymagania offsetowe obowiązkowymi dla wszystkich lub pewnych zamówień związanych z bezpieczeństwem, na przykład powyżej pewnego progu, stanowią naruszenie Traktatu.

3.3) Kodeks postępowania EDA w zakresie offsetu

27. W dniu 1 lipca 2010 r. wszedł w życie Kodeks postępowania w zakresie offsetu przygotowany przez Europejską Agencję Obrony (EDA). Kodeks jest dobrowolnym, niewiążącym prawnie instrumentem międzyrządowym, który określa najistotniejsze zasady i wytyczne dotyczące stosowania offsetu w zamówieniach publicznych w dziedzinie obronności. Kodeks przyjęło 25 państw członkowskich oraz Norwegia.

28. Zarówno wprowadzenie jak i zasady kodeksu przewidują, że jego przepisy należy wdrażać w ramach prawa UE. Ponadto kodeks jest częścią międzyrządowego systemu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, który uczestniczące państwa członkowskie podpisały „bez uszczerbku dla swoich praw i obowiązków wynikających z Traktatów.”

¹⁴² Zob. wyroki z dnia 15 grudnia 2009 r., na przykład sprawa C-372/05, pkt 72.

¹⁴³ Zob. Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, COM/2006/0779 wersja ostateczna.

Jednakże należy zauważyć, że zastosowanie kodeksu nie sprawia samo w sobie, że wymagania offsetowe stają się zgodne z prawem UE. W każdej procedurze udzielania zamówień instytucje/podmioty zamawiające muszą w pierwszej kolejności zagwarantować zgodność wszystkich swoich wymogów z postanowieniami Traktatu i/lub dyrektywy. Na tej podstawie mogą następnie podjąć decyzję o zastosowaniu kodeksu w zakresie offsetu, pod warunkiem, że nie stawia to procedury udzielania zamówień w konflikcie z Traktatem lub dyrektywą. Innymi słowy, jedynym prawnym kryterium oceny wymagań offsetowych jest zgodność z pierwotnym i wtórnym prawem UE.

**Powyższe noty odzwierciedlają poglądy pracowników DG MARKT
i nie są prawnie wiążąca.**

**Jedynie Trybunał Sprawiedliwości posiada kompetencje
do wydawania prawnie wiążących interpretacji prawa UE.**

The background of the entire page is a solid olive green. On the right side, there is a large, stylized graphic element. It consists of a series of horizontal lines of varying lengths that create a sense of depth and movement. A large, dark, curved shape, resembling a thick, sweeping arc or a stylized letter 'C', is superimposed over these lines, extending from the top right towards the bottom right. The lines appear to be receding into the distance, creating a 3D effect.

ISBN: 978-83-88686-19-1

Warszawa 2011