



IM.STEFANA  
**FUNDACJA  
BATOREGO**

ul. Sapieżyńska 10a  
00-215 Warszawa  
tel. 22 536 02 00  
fax 22 536 02 20  
batory@batory.org.pl  
www.batory.org.pl

Warszawa, 2 listopada 2021 r.

### **Opinia Fundacji im. Stefana Batorego na temat wybranych propozycji przepisów projektu ustawy o zmianie ustawy o krajowym systemie cyberbezpieczeństwa oraz niektórych innych ustaw (wersja z 2 listopada 2021 r.)**

Fundacja nie prowadzi działań związanych z cyberbezpieczeństwem, natomiast od wielu lat jest aktywna w obszarze, szeroko rozumianej, przejrzystości wydatkowania środków publicznych, szczególnie w zakresie zamówień publicznych. W związku z tym, przekładana opinia ogranicza się wyłącznie do tych elementów skierowanego do konsultacji projektu, które dotyczą obszaru zamówień publicznych.

W zakresie samej procedury, ale też i konsekwencji uznania dostawcy sprzętu lub oprogramowania za dostawcę wysokiego ryzyka, uznajemy że przyjęte rozwiązania wydają się w sposób prawidłowy (co rozwinięte jest również w uzasadnieniu dołączonym do tekstu projektu) ważyć wartości konstytucyjne prawa do prowadzenia działalności gospodarczej i kwestii bezpieczeństwa państwa. Procedura przedstawiona w projekcie w art. 66a kompleksowo i wszechstronnie reguluje uznanie dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka, dając jednocześnie dostawcy aktywne uczestnictwo w procedurze i gwarantujące jej przejrzystość. **Jednocześnie podkreślamy, że taki środek powinien być używany w wyjątkowych okolicznościach, a uznanie dostawcy za dostawcę wysokiego ryzyka nie może służyć ograniczaniu konkurencji na rynku usług i dostaw oprogramowania i sprzętu ICT, a wyłącznie uzasadnionemu zagwarantowaniu bezpieczeństwa państwa.**

Jednocześnie zwracamy się o wprowadzenie zmian w zakresie określonego w art. 76e projektu, automatycznego dopuszczenia do niestosowania ustawa z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych w przypadku zawierania umów, o których mowa w art. 76d ust. 6 projektu dotyczących realizacji zadań, o których mowa w art. 76a ust. 1 przedstawionego projektu ustawy.

**Nie można zgodzić się, z przedstawionym w uzasadnieniu projektu stanowiskiem, że „Jest to rozwiązanie zgodne z art. 13 lit. a dyrektywy 2009/81/WE, zgodnie z którym nie stosuje się postanowień tejże dyrektywy do zamówień, w przypadku których stosowanie dyrektywy zobowiązałoby państwo członkowskie do dostarczenia informacji, których ujawnienie uznaje się za sprzeczne z jego podstawowymi interesami w zakresie bezpieczeństwa.”**

Dyrektywa, co prawda pozwala we wskazanym przepisie na możliwość skorzystania przez zamawiającego z rezygnacji ze stosowania przepisów prawa zamówień publicznych, ale nie należy tego czynić w sposób automatyczny. Zamawiający powinien w każdym wypadku przeprowadzania zakupów rozważyć czy rzeczywiście powinno dojść do wybrania procedury niekonkurencyjnej. W wyjaśnieniach do stosowania Dyrektywy przedstawionych przez

Komisję Europejską<sup>1</sup>, wyraźnie wskazano, że „Zgodnie z art. 11 Dyrektywy art. 13 lit. a) należy interpretować w sposób ścisły, a ciężar dowodu, że dany przypadek zamówienia mieści się w granicach wyłączenia, spoczywa na instytucji zamawiającej/podmiocie zamawiającym, który chce się na nie powołać”. Tego wyjaśnienia, zabrakło również w treści uzasadnienia projektu, ograniczając się – jak wyżej wskazano – jedynie do stwierdzenie, że Dyrektywa takie działanie dopuszcza.

Na podobną kwestię, zwracają również uwagę autorzy opracowania przygotowanego dla Instytutu Wymiaru Sprawiedliwości<sup>2</sup>. Piszą oni, że „dane państwo członkowskie może dokonać wyłączenia zamówienia spod reżimu postępowań w sprawach zamówień publicznych, określonego w analizowanych dyrektywach unijnych, ale jednocześnie musi zapewnić, i w razie konieczności udowodnić, że 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.”

**W związku z powyższym wnosimy o taką zmianę projektowanego art. 76e, aby kategorię stwierdzenie „nie stosuje się” zamienić na „można nie stosować”. Dzięki temu rozwiązaniu, na zamawiającym będzie spoczywał obowiązek wykazania, że okoliczności konkretnego zamówienia przemawiają za rezygnacją z przeprowadzenia procedur określonych w ustawie – Prawo zamówień publicznych. W efekcie, zachowany będzie, co do zasady standard przejrzystości i konkurencyjności zamówień, a jednocześnie zamawiający będzie – w określonych okolicznościach – mógł skorzystać z odrębnego trybu zakupu towarów i usług gwarantującego bezpieczeństwo państwa.**

Sporządził: Krzysztof Izdebski, ekspert Fundacji im. Stefana Batorego

---

<sup>1</sup> <https://ec.europa.eu/docsroom/documents/15408?locale=pl>

<sup>2</sup> [https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS\\_Czterech-Autor%C3%B3w\\_Wy%C5%82%C4%85czenie-stosowania-re%C5%BCimu-prawa-zam%C3%B3wie%C5%84-publicznych.pdf](https://iws.gov.pl/wp-content/uploads/2018/08/IWS_Czterech-Autor%C3%B3w_Wy%C5%82%C4%85czenie-stosowania-re%C5%BCimu-prawa-zam%C3%B3wie%C5%84-publicznych.pdf)