

Uniwersytet Warszawski
Wydział Prawa i Administracji
Instytut Prawa Cywilnego

Stanisław Ignacy Michałowski

UMOWA OFFSETOWA

promotor: prof. dr hab. Krzysztof Pietrzykowski
promotor pomocniczy: dr Anna Zbiegień-Turzańska

Warszawa, październik 2019

Spis treści

Spis treści	2
Wykaz skrótów	6
Wprowadzenie	9
Rozdział I Zagadnienia wstępne dotyczące offsetu	11
1. Offset w obrocie międzynarodowym.....	11
2. Rozwój offsetu w Polsce.....	21
3. Źródła prawa	29
4. Podsumowanie	34
Rozdział II Prawo unijne a model offsetu w Polsce	35
1. Prawo unijne a offset	36
2. Artykuł 346 TFUE	41
2.1 <i>Zasada stosowania art. 346 TFUE jako wyjątku</i>	43
2.2 <i>Zasada proporcjonalności</i>	45
2.3 <i>Zakaz stosowania automatyzmu</i>	47
2.4 <i>Artykuł 346 ust. 1 lit. b TFUE</i>	47
2.5 <i>Pojęcie produktu o przeznaczeniu wojskowym</i>	49
2.6 <i>Pojęcie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa</i>	54
2.7 <i>Rozkład ciężaru dowodu</i>	57
3. Przesłanki stosowania offsetu według prawa unijnego	59
4. Zmiana modelu offsetu w Polsce pod wpływem prawa unijnego	63
5. Podsumowanie	65
Rozdział III Charakterystyka offsetu oraz przesłanki jego stosowania	66
1. Charakterystyka offsetu	66

1.1	<i>Definicja offsetu</i>	66
1.2	<i>Definicja umowy offsetowej</i>	70
1.3	<i>Wielopodmiotowa konstrukcja offsetu</i>	71
1.4	<i>Powiązanie umowy offsetowej z umową dostawy</i>	76
1.5	<i>Powiązanie umowy offsetowej z umowami z offsetobiorcami</i>	85
1.6	<i>Powiązanie umowy offsetowej z innymi umowami</i>	87
2.	Przesłanki stosowania offsetu.....	88
3.	Podsumowanie.....	95
Rozdział IV Podmioty umowy offsetowej		96
1.	Strony umowy offsetowej.....	96
1.1	<i>Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej</i>	96
1.2	<i>Zagraniczny dostawca</i>	99
2.	Osoby trzecie w stosunku do umowy offsetowej.....	111
2.1	<i>Offsetobiorca</i>	111
2.2	<i>Offsetodawca</i>	118
3.	Podsumowanie.....	121
Rozdział V Przedmiot umowy offsetowej		122
1.	Typologia zobowiązań offsetowych.....	122
2.	Istota zobowiązania offsetowego.....	126
3.	Przykłady świadczeń objętych zobowiązaniem offsetowym.....	130
4.	Zmiana charakteru zobowiązania offsetowego.....	137
5.	<i>Pre-offset</i> i przyrzeczenie offsetowe.....	140
6.	Podsumowanie.....	143
Rozdział VI Umowa offsetowa a umowy odnoszące się do osób trzecich		145
1.	Umowa offsetowa a umowa o świadczenie przez osobę trzecią.....	145
2.	Umowa offsetowa a umowa o zwolnienie dłużnika od obowiązku świadczenia przez osobę trzecią.....	158

3.	Umowa offsetowa a umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej	160
4.	Podsumowanie	172
Rozdział VII Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy offsetowej		
		173
1.	Charakter prawny odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie ustawy offsetowej	173
2.	Odpowiedzialność wobec Skarbu Państwa.....	183
3.	Odpowiedzialność wobec offsetobiorcy	192
4.	Zabezpieczenia ustanawiane w ramach umowy offsetowej	196
5.	Przedawnienie roszczeń odszkodowawczych.....	198
6.	Podsumowanie	206
Rozdział VIII Zawarcie, zmiana i wygaśnięcie umowy offsetowej.....		
		207
1.	Zawarcie umowy offsetowej.....	207
1.1	<i>Decyzja o zastosowaniu offsetu</i>	207
1.2	<i>Proces poprzedzający negocjacje</i>	214
1.3	<i>Negocjacje</i>	222
1.4	<i>Forma i treść umowy offsetowej</i>	226
1.5	<i>Wejście w życie umowy offsetowej</i>	229
2.	Zmiana umowy offsetowej	232
3.	Wygaśnięcie umowy offsetowej	236
4.	Podsumowanie	244
Rozdział IX Charakter prawny umowy offsetowej.....		
		246
1.	Umowa nazwana.....	246
2.	Umowa dwustronna	248
3.	Umowa jednostronnie zobowiązująca	252
4.	Umowa konsensualna	257

5. Umowa kausalna.....	258
6. Umowa odpłatna	264
7. Umowa o zobowiązanie rezultatu.....	266
8. Umowa swobodnie negocjowana	268
9. Podsumowanie	269
Rozdział X Umowa offsetowa a umowy o podobnym charakterze	270
1. Umowa offsetowa a umowa ramowa.....	270
2. Umowa offsetowa a umowa kompensacyjna.....	279
3. Podsumowanie	291
Zakończenie	292
Bibliografia	297

Wykaz skrótów

dyrektywa obronna	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 (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76, ze zm.)
Dz.U.	Dziennik Ustaw Rzeczypospolitej Polskiej
Dz. Urz. UE	Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej
GPA	zrewidowane porozumienie w sprawie zamówień rządowych przyjęte przez Unię Europejską decyzją Rady z dnia 2 grudnia 2013 r. dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (2014/115/UE) (Dz. Urz. UE L 68 z 2014 r., s. 1)
k.p.c.	ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1798)
k.c.	ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1495)
Konstytucja RP	Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483)
p.z.p.	ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843)

p.p.m.	ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. – Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792.)
rozporządzenie mnożnikowe	rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na poczet wartości umowy offsetowej (Dz.U. Nr 91, poz. 612)
SN	Sąd Najwyższy
SPH	System Prawa Handlowego
SPP	System Prawa Prywatnego
TFUE	Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz. Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47)
TWE	Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz. Urz. UE C 312 z 2006 r., E/1)
UE	Unia Europejska
dawna ustawa offsetowa lub pierwsza ustawa offsetowa	ustawa z dnia 10 września 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. z 2013 r. poz. 716 ze zm.)
ustawa offsetowa lub obecna ustawa offsetowa	ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1379)

- u.w.d.g.w.** ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r.
o wykonywaniu działalności gospodarczej
w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami
wybuchowymi, bronią, amunicją oraz
wyrobami i technologią o przeznaczeniu
wojskowym lub policyjnym (Dz.U. poz. 1214)
- Wytyczne** Guidance Note. Offsets. Directive 2009/81/EC
on the award of contracts in the fields
of defence and security, Directorate General
Internal Markets and Services, Ref. Ares
(2016)765159 – 12/02/2016,
<http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/154>
13/ (dostęp: dnia 14 października 2019 r.)
- WTO** Światowa Organizacja Handlu

Wprowadzenie

Polska od 20 lat należy do grona państw, które prowadzą aktywną politykę offsetową. Podstawowym narzędziem w prowadzeniu tej polityki przez państwo jest umowa offsetowa; nie tylko jej przedmiot, lecz również specyficzna konstrukcja prawna skłaniają do poddania tej instytucji prawnej dogłębnej analizie. Przedmiot umowy offsetowej dotyczy podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa; jej celem jest pozyskanie przez polski przemysł obronny niezbędnego potencjału. Cechą charakterystyczną umowy offsetowej jest to, że łączy ona w sobie wiele elementów i instytucji z zakresu prawa zobowiązań. Pomimo skomplikowanej sytuacji i konstrukcji prawnej, umowa offsetowa jest stosunkowo rzadko przedmiotem analizy w polskiej nauce. Przyczyną takiego stanu rzeczy jest przede wszystkim fakt, iż dotychczasowa liczba umów offsetowych zawartych i występujących w polskim obrocie prawnym jest niewielka; okoliczność ta znacząco ogranicza zainteresowanie badaną tematyką. Autor niniejszej pracy zdecydował się podjąć problematykę umowy offsetowej występującej w polskim obrocie prawnym nie tylko ze względu na niedostateczną liczbę publikacji poświęconych tej tematyce, lecz ponadto z uwagi na nabyte w ostatnich latach doświadczenie zawodowe, w ramach którego brał czynny udział w stosowaniu offsetu w Polsce, zarówno po stronie Skarbu Państwa, polskich przedsiębiorców zbrojeniowych, jak również zagranicznych dostawców. Celem pracy jest kompleksowy opis i analiza umowy offsetowej, a także weryfikacja poglądów doktryny dotyczących tej instytucji prawnej i sformułowanych na gruncie dawnej ustawy offsetowej, wreszcie ustalenie, czy poglądy te zachowują aktualność w obecnym stanie prawnym. Dla realizacji tak wyznaczonych celów badawczych, w rozprawie posłużono się przede wszystkim metodą dogmatyczną. Analizie zostały poddane w szczególności przepisy obecnie oraz poprzednio obowiązującej ustawy offsetowej wraz z aktami wykonawczymi do tych ustaw. Powyższa analiza została dokonana z uwzględnieniem wymagań stawianych przez prawo unijne; jego celem jest ograniczenie stosowania praktyk offsetowych przez państwa członkowskie. W pracy uwzględniono stanowisko polskiej i zagranicznej doktryny oraz judykatury. W pracy wykorzystano różne metody wykładni, w tym wykładnię logiczno-językową, systemową, celowościową oraz historyczną; szczególny nacisk położono na prounijną wykładnię prawa krajowego. W uzupełnieniu metody dogmatycznej posłużono się także metodą empiryczną,

wykorzystując doświadczenie zawodowe autora, który – jak wspomniano już – od wielu lat jest zaangażowany w stosowanie offsetu i zawieranie umów offsetowych w polskim obrocie prawnym. Zasadniczym celem pracy jest opracowanie teoretycznego modelu umowy offsetowej w Polsce.

Rozdział I Zagadnienia wstępne dotyczące offsetu

Offset jest instytucją o charakterze międzynarodowym stosowaną w różnej formie przez większość państw na świecie. Offset występujący w Polsce jest zatem zjawiskiem, które należy rozpatrywać w szerszym kontekście obrotu międzynarodowego. Ponadto offset, będąc instytucją stosunkowo młodą w prawie polskim, nie jest instytucją zupełnie nową. Celem tego rozdziału jest przedstawienie i umiejscowienie polskich unormowań w kontekście międzynarodowym oraz historycznym. W początkowej części niniejszego rozdziału omówiono pojęcie offsetu. Następnie usystematyzowano informacje dotyczące rozwoju historycznego tej instytucji w obrocie międzynarodowym oraz jej zróżnicowanego charakteru. W kolejnej części opisano rozwój offsetu w polskim obrocie prawnym. Wreszcie pod koniec tej części pracy przedstawiono źródła prawa, które będą wykorzystywane w toku dalszej analizy zagadnień poświęconych obecnemu funkcjonowaniu instytucji offsetu w Polsce. Rozdział ten ma zatem za zadanie wprowadzać w dalsze rozważania o charakterze szczegółowym.

1. **Offset w obrocie międzynarodowym**

Praktyki offsetowe stosuje się powszechnie w obrocie międzynarodowym związanym z zakupem sprzętu wojskowego i uzbrojenia. Uznaje się, że wymagania offsetowe są nakładane przez od 80 do nawet 130 państw¹. Brak możliwości precyzyjnego wskazania liczby państw stosujących offset wynika przede wszystkim z tego, że nie istnieje jednoznaczna definicja tego pojęcia. Niewątpliwie analizę istoty offsetu należy rozpocząć od przedstawienia językowego znaczenia tego słowa. Wywodzi się ono z języka angielskiego i ma wiele znaczeń. W tym miejscu należy skupić się na prawniczym rozumieniu tego pojęcia, które jest zasadnicze dla przedmiotowej pracy. Słowo „offset” oznacza zatem „równoważyć,

¹ The International Forum on Business Ethical Conduct, *Offsets in the Aerospace and Defence Industry*, s. 3, <http://www.global-kinetics.com/wp-content/uploads/2016/02/IFBEC-Offsets-Report.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.); L.K. Behara, *Defence Offsets. International Best Practices and Lessons for India*, „IDSA Monograph Series” 2015/45, s. 9; S. Michałowski, *Charakterystyka i przedmiot zobowiązań offsetowych w prawie polskim*, Przegląd Prawa Handlowego 2017/11, s. 44.

rekompensować, potrącać wzajemnie”². Terminu „offset” używa się m.in. w kontekście kompensacji wzajemnych roszczeń, dlatego też nie może budzić zdziwienia, że umowy offsetowe zaliczane są powszechnie do umów kompensacyjnych³.

Przedstawione znaczenie terminu offset w języku angielskim nie oddaje jednak całej istoty offsetu. Należy dodatkowo posłużyć się definicjami sformułowanymi w odpowiednich aktach prawnych, stosowanymi przez instytucje monitorujące offset oraz przez przedstawicieli doktryny, którzy zajmują się tym zjawiskiem. Rozważania te zostaną rozpoczęte od przedstawienia sposobu, w jaki offset definiowany jest przez Amerykański Departament Handlu, który regularnie monitoruje udział amerykańskich podmiotów w offsecie w obrocie międzynarodowym. Znaczenie amerykańskiego przemysłu obronnego w sferze globalnych transakcji obrotu sprzętu wojskowego jest kluczowe; definicja stworzona przez ww. organ oparta jest o wiele lat doświadczeń płynących z handlu uzbrojeniem z wieloma państwami na świecie. Wedle Amerykańskiego Departamentu Handlu offset jest praktyką polegającą na udzielaniu zamówień z sektora obronnego pod warunkiem zobowiązania się przez zagranicznego dostawcę do udzielenia zamawiającemu pewnej formy kompensacji, polegającej przede wszystkim na obowiązkowej współpracy w zakresie: produkcji, wsparcia w finansowaniu, przekazywaniu licencji produkcyjnych, udzielaniu zamówień, transferu technologii, szkoleniach lub zapewnianiu zagranicznych inwestycji⁴. Część przedstawicieli międzynarodowej doktryny wskazuje, że definicję offsetu można ująć jako niestandardowe umowy wymagające jako warunek zakupu towarów lub usług, aby sprzedawca przeniósł do nabywającego państwa pewną formę działalności gospodarczej. Są to zatem akcesoryjne umowy przyznające dodatkowe korzyści na rzecz nabywcy⁵. Obowiązki zagranicznego dostawcy mają zatem kluczowe

² E. Myrczek, Słownik terminologii prawniczej. Angielsko-polski, polsko-angielski, Warszawa 2005, s. 106.

³ W. Pawłuszko, F. Sereżyński, *Ustawa o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (ustawa offsetowa). Komentarz*, Warszawa 2016, art. 1, nb 1-2.

⁴ U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security, *Offsets in Defense Trade, Twenty-Second Study*, 2018, <https://bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2231-22nd-offsets-in-defense-trade-report-public/> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

⁵ A. Irwin, P. Jeyled, Ch. Sylvian, *Offset in International Defense Trade*, Briefing Papers, 2015.

znaczenie dla pojęcia offsetu. Kształtowanie owych obowiązków następuje przede wszystkim w formie nakładania na zagraniczne podmioty tzw. zobowiązań offsetowych. W celu opisanego znaczenia pojęcia zobowiązania offsetowego, warto posłużyć się często stosowaną w obrocie międzynarodowym definicją przyjętą w zrewidowanym porozumieniu w sprawie zamówień rządowych (GPA). Artykuł I lit. 1 tego porozumienia definiuje zobowiązanie offsetowe jako „wszelkie warunki lub zobowiązania, które wspierają rozwój lokalny lub poprawiają bilans płatniczy Strony, takie jak korzystanie z udziału lokalnego, licencje na technologię, inwestycje, handel wymienny i podobne działania lub wymogi”. Najczęściej tak rozumiane zobowiązania offsetowe są nakładane na podmiot zagraniczny w związku z udzieleniem mu zamówienia na dostawę sprzętu wojskowego lub uzbrojenia. Powyższe definicje mają charakter wyrażnie ekonomiczny i kompensacyjny. Podobnie w polskim piśmiennictwie od lat przeważa gospodarcze ujęcie offsetu. Offset jest postrzegany jako narzędzie polityki gospodarczej i bezpieczeństwa rządu, którego celem jest rekompensata krajowej gospodarce i przedsiębiorstwom (w szczególności zbrojeniowym) oraz naukowym jednostkom badawczym zakupów ze środków publicznych zagranicznego sprzętu wojskowego i uzbrojenia⁶. Offset ma kompensować ujemne saldo obrotów handlowych pomiędzy państwem zamawiającym a państwem, w którym dostawca ma siedzibę. Offset przyjmuje przy tym przeważnie formę narzucanej przez prawo danego kraju współpracy między zagranicznym dostawcą sprzętu wojskowego i jego podwykonawcami a lokalnymi przedsiębiorstwami, jednostkami badawczymi i rządem⁷. Rozwój funkcjonowania offsetu w sferze międzynarodowej wykracza jednak obecnie poza sferę gospodarczą i kompensacyjną, o czym szerzej będzie mowa w dalszej części pracy. Formy stosowania offsetu oraz zakres obowiązków nakładanych na podmioty zagraniczne są na tyle zróżnicowane na świecie, że trudno jest dokonywać precyzyjnych uogólnień. Eliminując zatem cechę

⁶ Informacja o wynikach kontroli realizacji zobowiązań offsetowych wynikających z kontraktu na zakup samolotów F-16, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2009, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,75,vp,75.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.) oraz Realizacja zobowiązań offsetowych związanych z dostawą dla Sił Zbrojnych RP kołowych transporterów opancerzonych, Warszawa 2012, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,4251,vp,5410.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

⁷ *Vademecum offsetowe*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2009, s. 7.

kompensacyjną offsetu, pojęcie offsetu można sprowadzić do stosowanych przez państwa praktyk, które polegają na nakładaniu na podmiot zagraniczny dodatkowych obowiązków w związku z udzielaniem temu podmiotowi zamówień przede wszystkim ze sfery sektora obronnego. Z powyższego wynika zatem, że pojęcie „offsetu” charakteryzują przede wszystkim następujące cechy:

- 1) zaangażowanie państw jako strony oczekującej offsetu;
- 2) nakładanie na podmiot zagraniczny określonych obowiązków;
- 3) związek pomiędzy nakładaniem obowiązków na zagranicznego dostawcę a udzielaniem mu zamówień;
- 4) silny związek zamówień udzielanych zagranicznym dostawcom ze sferą obronności.

Przedstawiciele doktryny wskazują powszechnie, że handel sprzętem technologicznie zaawansowanym, często powstałym w rezultacie badań naukowo-technicznych realizowanych na potrzeby wojska, stanowi wyspecjalizowany sektor międzynarodowego obrotu gospodarczego. Transakcje te, najczęściej z udziałem państw, obejmują kontrakty o poważnym ciężarze majątkowym, co skłania nie tylko do szukania źródeł finansowania w budżetach państw, ale także podejmowania prób uzyskania w zamian dodatkowych korzyści w postaci zapewnienia rozwoju nowoczesnych technologii i tworzenia nowych miejsc pracy. To właśnie w ramach kontraktowania dostaw uzbrojenia, sprzętu wojskowego, a także samolotów dla lotnictwa cywilnego pojawiły się w II połowie XX w. operacje handlowe określane jako offset. Ich celem była redukcja ciężaru ekonomicznego zakupu uzbrojenia dokonywanego za granicą, a z czasem także realizacja planów modernizacyjnych w gospodarce i nauce⁸. Przyjmuje się, że początek instytucji offsetu w powyższym rozumieniu sięga okresu międzywojennego⁹. W marcu 1933 r. Kongres USA uchwalił tzw. *Buy American Act*. Celem tej ustawy było promowanie – przy organizowaniu federalnych przetargów publicznych – produktów, które były wytworzone przez amerykański przemysł. Każdy produkt końcowy lub materiał konstrukcyjny

⁸ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2011, s. 277-278, nb 1.

⁹ C. Hoyos, K. Carnie, T. Pearson, *The history of defence offsets*, <http://ig-legacy.ft.com/content/3d602e04-2c24-11e3-acf4-00144feab7de> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

był uważany za amerykański, jeśli koszt komponentów lub surowców wyprodukowanych lub wydobytych w USA, które wchodziły w skład danego produktu lub materiału, przekraczał odpowiednią wartość w ramach oferowanej przez wykonawcę ceny. W innym przypadku produkt był uznawany za zagraniczny, nawet jeśli oferent był podmiotem zarejestrowanym w Stanach Zjednoczonych. Wykonawcy, którzy oferowali produkty amerykańskie, mogli liczyć na preferencje zamawiających. Zagraniczne przedsiębiorstwa były zatem zachęcane, by korzystać z potencjału amerykańskich partnerów i zawiązywać z nimi współpracę gospodarczą. Tym samym początkowo offset nie był ograniczony do sfery przemysłu obronnego. Niemniej jednak od samego początku był on silnie związany z zamówieniami udzielanymi przez władze publiczne i był wyrazem protekcyjnego działania państwa. Po zakończeniu II wojny światowej aż do lat 60. USA naciskały na kraje europejskie, aby zamawiały amerykański sprzęt wojskowy. Miała to być rekompensata za wysiłek Stanów Zjednoczonych włożony w wyzwolenie Europy oraz utrzymywanie nad krajami zachodnimi parasola ochronnego przed zagrożeniem ze strony Związku Radzieckiego. Uznaje się, że pierwszym przypadkiem oficjalnego zastosowania offsetu było doprowadzenie do koprodukcji licencyjnej amerykańskiego myśliwca Lockheed F-104 Starfighter w latach 50¹⁰. Współpraca w zakresie produkcji ww. myśliwców nie miała jednak charakteru wymuszonego i polegała na doprowadzeniu do regionalizacji produkcji w mniej samodzielnych pod względem zbrojeniowym krajach członkowskich NATO (w szczególności we Włoszech, RFN, Holandii, Belgii, Kanadzie). Celem tej współpracy była racjonalizacja i standaryzacja systemów zbrojeniowych, jak również podział kosztów rozwoju sprzętu potrzebnego do przeciwstawienia się blokowi wschodniemu¹¹. Następnym okresem rozwoju offsetu przypada na lata 1960–1990. Wówczas takie kraje, jak Argentyna, Japonia, Arabia Saudyjska czy Turcja zaczęły formułować wymagania offsetowe, by doprowadzić do rozwoju krajowych przemysłów

¹⁰ Ron Matthews, *The UK Offset Model. From Participation to Engagement*, s. 2, https://rusi.org/sites/default/files/201408_whr_matthews_web_0.pdf (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

¹¹ Eduardo Munhoz Svartman, Anderson Matos Teixeira, *Coproduce or Codevelop Military Aircraft? Analysis of Models Applicable to USAN*, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212018000100203 (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

lotniczych. Niebawem podobną politykę zaczęły prowadzić również Malezja, Korea Południowa, Hiszpania i RPA. Natomiast w 1984 r. Kongres USA zobowiązał prezydenta Ronalda Reagana do publikowania regularnych raportów dotyczących skutków offsetu w obszarze konkurencyjności amerykańskiego przemysłu, poziomu zatrudnienia i handlu. Owe raporty, za których publikacje odpowiedzialny jest Amerykański Departament Handlu i o których była już mowa na wstępie tego rozdziału, wciąż są regularnie publikowane. W kwietniu 1990 r. prezydent USA ogłosił politykę offsetową w zakresie eksportu uzbrojenia, która wskazywała na negatywne skutki gospodarcze tego zjawiska i dążyła do ograniczenia stosowania offsetu. Tym samym Stany Zjednoczone, które są uznawane przez niektórych za swoistą ojczyznę offsetu, stały się jej głównym przeciwnikiem. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że w Stanach Zjednoczonych nadal stosowany jest *Buy American Act*, który może być traktowany jako przykład polityki offsetowej stosowanej przez rząd USA, pomimo jego sprzeciwu przeciwko analogicznym praktykom za granicą.

W latach 1990–2000 wydarzeniem istotnym z punktu widzenia rozwoju instytucji offsetu było podpisanie w Marrakeszu, w kwietniu 1994 r., w ramach powoływanej Światowej Organizacji Handlu porozumienia w sprawie zamówień publicznych (*Government Procurement Agreement*), które weszło w życie w styczniu 1996 r. Jego celem była liberalizacja zamówień publicznych w państwach będących stronami porozumienia, przez dopuszczenie do udziału w przetargach oferentów z innych państw będących sygnatariuszami tego porozumienia. Chodziło zatem o ograniczenie polityki protekcyjnej państw oraz pobudzenie konkurencji między przedsiębiorstwami, w celu uzyskiwania wyższej jakości produktów i usług. Zgodnie z art. IV ust. 6 GPA, w odniesieniu do zamówień objętych porozumieniem, strona, łącznie z jej podmiotami zamawiającymi, nie może zmierzać do uzyskania, uwzględniać, nakładać ani egzekwować jakichkolwiek zobowiązań offsetowych. Państwa rozwijające się mogły jednak stosować offset w postaci np. udziału krajowego przemysłu w realizacji zamówień. Wymaganie offsetu mogło być stosowane jedynie przy kwalifikacji do udziału w przetargu, nie mogło ono jednak stanowić kryterium decydującego o przyznaniu zamówienia. Jednoznacznie negatywny stosunek WTO do praktyk offsetowych ma jednak drugorzędne znaczenie praktyczne ze względu na przewidziane w GPA wyłączenia. Poza wspomnianym wyjątkiem dotyczącym krajów rozwijających się, najistotniejsze znaczenie ma art. III ust. 1, który wskazuje,

iż postanowienia GPA nie mogą być interpretowane jako uniemożliwiające którejkolwiek ze stron podejmowania działań lub nieujawniania informacji, które strona uznaje za konieczne do ochrony swoich podstawowych interesów bezpieczeństwa związanych z zakupem broni, amunicji lub materiałów wojskowych bądź z zakupami niezbędnymi do zapewnienia bezpieczeństwa narodowego i obrony narodowej. Wyjątek ten jest nadużywany przez państwa należące do WTO w celu uchylecia ograniczeń wynikających z GPA¹². Warto w tym miejscu podkreślić, że postanowienia GPA mają niewielkie znaczenie dla stosowania offsetu w Polsce. Zarówno bowiem w ustawie offsetowej, jak i w uzasadnieniu jej projektu odwołano się wyłącznie do Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej oraz jego interpretacji przez instytucje unijne. Ze względu na przewidziane w GPA wyjątki dotyczące dziedziny obronności, możliwość stosowania offsetu na gruncie tego aktu mieści się w możliwości stosowania offsetu na gruncie prawa unijnego. Ponadto możliwości skutecznego zwalczania praktyk offsetowych przez WTO są o wiele mniejsze, w porównaniu do tych, którymi dysponują instytucje unijne.

W latach 2000–2010 kolejne państwa wdrażały do swoich porządków prawnych praktyki offsetowe. Chodzi głównie o Litwę, Estonię, Grecję, Portugalię, Czechy, Węgry, Bułgarię, Chorwację i Słowenię. Także Polska uregulowała w tym okresie kwestię offsetu, o czym szerzej będzie w dalszej części pracy. Jednocześnie Unia Europejska przyjęła w latach 2004–2009 szereg regulacji, których celem było ograniczenie stosowania offsetu. W tym zakresie należy wskazać w szczególności na prace dotyczące dyrektywy obronnej. Pomimo, że dyrektywa obronna nie odnosiła się do problematyki offsetu, to jednak pracom nad nią towarzyszyła intensyfikacja działań (w szczególności Komisji Europejskiej), które miały doprowadzić do ograniczenia stosowania praktyk offsetowych przez państwa członkowskie, w szczególności poprzez przedstawienie jasnych reguł umożliwiających korzystanie z offsetu (szerzej na ten temat w rozdziale drugim). Przygotowywaniu dyrektywy obronnej towarzyszyły również prace nad dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady 2009/43/WE z dnia 6 maja 2009 r. w sprawie uproszczenia warunków transferów produktów związanych z obronnością we Wspólnocie (Dz. Urz. UE L Nr 146, s. 1).

¹² D. Kimla, Frost & Sullivan, *Military Offsets & In-country Industrialisation Market Insight*, 2013, <http://www.frost.com/prod/servlet/cio/275947347> (dostęp: dnia 3 stycznia 2019 r.).

Od 2010 r. Unia Europejska kontynuowała ograniczanie stosowania offsetu. W wyniku działań instytucji unijnych doszło do istotnych zmian w polityce offsetowej stosowanej przez państwa członkowskie, w tym przez Polskę¹³.

Pomimo działań zmierzających do ograniczenia stosowania praktyk offsetowych, szacuje się, że wzrost wydatków na zbrojenia powoduje jednocześnie nieustanny wzrost zainteresowania offsetem. Posługując się danymi zebranymi od amerykańskich przedsiębiorców zbrojeniowych przez Amerykański Departament Handlu należy stwierdzić, że wartość umów offsetowych zawieranych przez te podmioty w latach 1993-2016 wyniosła ok. 112 707 000 000 USD w związku z zawieraniem umów dostawy o wartości 185 780 000 000 USD. Z powyższego wynika, że średnia wartość zobowiązań offsetowych stanowiła 60,67% wartości umów dostawy. Powyższe dane zostały ustalone z uwzględnieniem o 1089 umów zawieranych z 50 państwami. Osobno należy wycenić tzw. transakcje offsetowe, rozumiane jako działania, których realizacja zaliczona jest na poczet wartości wykonanych umów offsetowych (przez co wedle naszej nomenklatury należy rozumieć wartość wykonanych zobowiązań offsetowych). Rzeczywista wartość transakcji offsetowych w latach 1993-2016 wyniosła 78 222 000 000 USD (wartość nominalna, tj. bez uwzględnienia mnożników stosowanych przez poszczególne państwa), z czego wartość transakcji offsetowych bezpośrednio związanych z przedmiotem zamówienia stanowiła 38,98%¹⁴. Według szacunków łączna wartość zobowiązań offsetowych w 20 państwach stosujących transakcje offsetowe w największym wymiarze (Polska zaliczana jest do tego grona) wzrosła z ok. 36 miliardów USD w 2012 r. do około 49 miliardów USD w roku 2021. Powyższe przewidywania oparte są na licznych wskaźnikach, w szczególności brana pod uwagę jest planowana wysokość budżetów państw przeznaczonych na wydatki obronne, przewidywane strategie obronne poszczególnych państw, lokalna ocena gospodarek, ogłoszone oraz oczekiwane kontrakty na dostawę sprzętu wojskowego i uzbrojenia, jak również wymagania, które będą stawiane przez użytkowników końcowych w celu zapewnienia utrzymania lub ustanowienia potencjału w krajowych przemyślach obronnych¹⁵.

¹³ W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, Wprowadzenie, nb 1-14.

¹⁴ U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security, *Offsets...*

¹⁵ D. Kimla, Frost & Sullivan, *Military...*

Inną cechą charakterystyczną offsetu w obrocie międzynarodowym jest olbrzymia różnorodność stosowanych w ramach tej instytucji praktyk. Offset rozumiany jako proces nakładania na podmiot zagraniczny dodatkowych obowiązków w związku z udzielaniem zamówień z dziedziny obronności przybiera bardzo wiele form, które ze względu na rozmiar oraz zmienność materii, zostaną w przedmiotowej pracy wyłącznie przybliżone. Badając stosowanie praktyk offsetowych na świecie, należy wskazać, że wiele państw jako synonim pojęcia offset traktuje pojęcie współpracy gospodarczej (ang. *Industrial Cooperation*). Przyjmuje się, że na świecie występują dwie metody kształtowania zobowiązań offsetowych. Jednym z rozwiązań jest negocjowanie zobowiązań offsetowych w ramach kształtowania przedmiotu umowy dostawy. W takim przypadku mamy do czynienia z jedną umową, tj. umową dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego, zaś offset stanowić będzie jedynie materię jednej z klauzul tej umowy (klauzulę offsetową). Z kolei innym rozwiązaniem jest stosowanie tzw. dualizmu umów, tj. zawieranie odrębnej umowy offsetowej (umowy pomocniczej) oraz umowy dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego (umowy podstawowej). Należy wskazać, że państwa prowadzące usystematyzowaną politykę offsetową korzystają z drugiego modelu, który zakłada dualizm umów. Inny przyjęty sposób klasyfikacji offsetu odwołuje się do stopnia sformalizowania rygorów stawianych dla praktyk offsetowych przez poszczególne państwa. Możliwe są w tym zakresie dwa skrajne rozwiązania. Pierwszym z nich jest model zamknięty i w pełni protekcjonistyczny dla lokalnego przemysłu obronnego. Podejście takie charakteryzuje m.in. Rosję, która jest prawie w całości państwem samowystarczalnym jeśli chodzi o dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego. Polityka zbrojeniowa Rosji w praktyce eliminuje zagranicznych dostawców od ubiegania się o udzielenie zamówień z zakresu obronności. Na przeciwległym biegunie plasuje się przykład otwartego podejścia rządu Australii, który znosząc przymusowe stosowanie offsetu, wyłącznie zachęca do podejmowania współpracy gospodarczej z lokalnym przemysłem. Pomiędzy tymi przykładami mieszczą się wszystkie inne możliwe rozwiązania w zakresie offsetu. Polityka offsetowa stosowana jest w niezwykle zróżnicowany sposób. Niektóre państwa (takie jak Singapur, Chiny i Japonia) nie wykształciły żadnych sformalizowanych zasad stosowania offsetu, skupiając się na elastycznym stosowaniu praktyk offsetowych w zależności od danych potrzeb. Inne rozwiązanie obowiązuje w Indiach, gdzie zasady stosowania offsetu są niezwykle sformalizowane. Ciekawym przykładem są Stany

Zjednoczone. Jak wskazano już, państwo to oficjalnie sprzeciwia się stosowaniu praktyk offsetowych na świecie, wprowadzając jednocześnie daleko idące ograniczenia w zakresie dostępu do własnego rynku. *Buy American Act* jest przykładem protekcyjnej polityki rządu USA, który nie zamykając zagranicznym przedsiębiorcom dostępu do rynku amerykańskiego, nakłada jednocześnie na te podmioty rozliczne obowiązki w zakresie lokowania produkcji oraz posługiwania się lokalnymi materiałami na potrzeby realizacji zamówień publicznych. Wymagania stawiane przez rząd USA mogą być uznane za jeden z najbardziej rygorystycznych przykładów praktyk offsetowych stosowanych na świecie¹⁶. Z polskiej perspektywy ciekawsza jest taka odmiana offsetu, która odpowiada poprzedniej polskiej ustawie offsetowej. Model ten charakteryzuje się wyznaczeniem minimalnej wartości zamówienia sprzętu wojskowego, powyżej której to wartości stosowanie offsetu jest obligatoryjne. Ponadto obowiązuje tu wymaganie zastosowania offsetu o wartości odpowiadającej określonego procentowi wartości umowy dostawy. Trzecią cechą charakterystyczną tej postaci offsetu jest stosowanie tzw. mnożników, tj. wartości przyporządkowanych do poszczególnych kategorii zobowiązań offsetowych, przez które przemnaża się realną (nominalną) wartość zobowiązania offsetowego¹⁷. Stosowanie mnożników ma działać mobilizująco na zagranicznych dostawców, aby w celu wykonania obowiązku realizacji offsetu o odpowiedniej wartości, oferowali zobowiązania offsetowe najbardziej pożądane przez państwa zamawiające sprzęt obronny, tj. takie, dla których przewidziany jest najwyższy mnożnik. Powyższemu modelowi odpowiada offset stosowany m.in. w takich państwach jak: Kanada, Izrael, Malezja (brak mnożników), Korea Południowa (brak mnożników), Turcja (brak minimalnej wartości umowy dostawy) i Zjednoczone Emiraty Arabskie¹⁸. Innym rozwiązaniem w zakresie stosowania offsetu, odchodzącym od ww. zautomatyzowanej metody, jest model wyznaczany państwom członkowskim przez prawo unijne. Wymagania stawiane przez to prawo zostały omówione w rozdziale

¹⁶ The International Forum on Business Ethical Conduct, *Offsets...*, s. 30-35.

¹⁷ Wedle definicji z art. 3 pkt 9 dawnej ustawy offsetowej przez mnożnik offsetowy rozumiano określony liczbą współczynnik zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy na poczet wartości umowy offsetowej.

¹⁸ L.K. Behara, *Defence...*, s. 9

drugim. Właśnie do tego ostatniego modelu zaliczyć należy obecny model offsetu stosowanego w Polsce.

2. Rozwój offsetu w Polsce

Wyraźny wzrost zainteresowania problematyką offsetu można zauważyć w polskich publikacjach z końca lat 90. XX wieku. To właśnie w owym czasie trwały prace nad wprowadzeniem w Polsce pierwszej zinstytucjonalizowanej postaci offsetu. Jak wskazuje się w doktrynie, konieczność przyjęcia regulacji prawnej w zakresie umów offsetowych w prawie polskim wynika przede wszystkim z istotnych dla państwa polskiego przemian z okresu końca lat 90. XX wieku¹⁹. Podobne argumenty podawane były w uzasadnieniu projektu pierwszej ustawy offsetowej²⁰. Było to przede wszystkim wejście w życie Konstytucji RP z 1997 r. oraz wejście Polski w struktury NATO w 1999 r. Przedstawiciele doktryny wskazują, że wprowadzenie instytucji offsetu było podyktowane w szczególności ekonomicznymi potrzebami związanymi z restrukturyzacją i rozwojem polskiej gospodarki, w tym w szczególności przemysłu obronnego. Planowanym przez Skarb Państwa w związku z przystąpieniem Polski do NATO zakupom uzbrojenia i sprzętu wojskowego za granicą towarzyszyła jednoczesna chęć uzyskania rozlicznych korzyści dla gospodarki państwa. Należy także wskazać na oczekiwania polskiego przemysłu obronnego, który borykał się z problemami finansowymi. Otrzymanie dodatkowych środków było potrzebne do modernizacji krajowego przemysłu i do rozwoju technologii zbrojeniowych. Skoro bowiem Polska musiała przeznaczyć znaczne środki na zakup zagranicznego sprzętu wojskowego celem spełnienia wymagań stawianych przez NATO, jej racjonalnym zamierzeniem było również uzyskanie z tego tytułu określonych korzyści. Offset miał być zatem jednym z narzędzi poprawy sytuacji ekonomicznej i technologicznej przedsiębiorstw zbrojeniowych, miał więc silnie kompensacyjny charakter. Warto w tym miejscu wskazać, że offset jako zjawisko występujące w Polsce istniało przed

¹⁹ A. Szumański, *Ustawa o umowach offsetowych*, Kraków 2000, s. 13-15 oraz W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, Wprowadzenie, nb 16.

²⁰ Uzasadnienie projektu z dnia 13 lipca 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, III kadencja, druk sejm. nr 1250.

wejściem w życie pierwszej ustawy. Prace nad ustawą regulującą problematykę offsetu miały jedynie zinstytucjonalizować zjawisko, które w pewnym stopniu występowało już wcześniej. Jak wskazuje się w doktrynie, klauzule offsetowe, które nakładały dodatkowe obowiązki na zagranicznego wykonawcę zamówień z sektora obronnego, występowały już wcześniej w polskiej praktyce kontraktowej²¹. Zjawisko to jest określane niekiedy jako tzw. polonizacja. Można zatem stwierdzić, że historia offsetu rozumianego jako oczekiwanie od zagranicznych dostawców przyjęcia dodatkowych obowiązków w związku z udzielaniem im zamówień jest starsza w polskim obrocie prawnym niż offset w ujęciu ustawowym.

Poza wskazanymi argumentami o charakterze ekonomicznym, również argumenty natury prawnej przemawiały za koniecznością instytucjonalizacji offsetu w Polsce²². Potrzeba regulacji problematyki offsetu w akcie prawnym rangi ustawowej była podyktowana przede wszystkim względami konstytucyjnymi. Charakter umów offsetowych sprawia, że naruszają one swobodę prowadzenia działalności gospodarczej. W myśl art. 20 Konstytucji RP ustrojem gospodarczym panującym w Polsce jest społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych. Z kolei art. 22 Konstytucji RP stanowi, że ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny. Ponadto w doktrynie podnoszono, że wymagania offsetowe naruszały zasadę swobody umów (art. 353¹ k.c.), a także stanowiły praktykę monopolistyczną w rozumieniu ustawy z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumenta²³. Wobec powyższego istniała potrzeba wprowadzenia przepisów rangi ustawowej o charakterze szczególnym względem powyższych regulacji. Za zinstytucjonalizowaniem offsetu w Polsce przemawiał także obowiązek zagwarantowania przez Polskę bezpieczeństwa prawnego, wynikający z art. 2 Konstytucji RP. Zagraniczni dostawcy oczekiwali bowiem określenia prawnych wymagań dla umów powiązanych z umowami dostawy uzbrojenia

²¹ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 13-15.

²² A. Szumański, *Ustawa...*, s. 13-15. oraz W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, Wprowadzenie, nb 16.

²³ T.j. Dz.U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403.

lub sprzętu wojskowego na terytorium Polski w akcie rangi ustawowej, co zapewnia większą stabilność legislacji niż akty wykonawcze lub akty o charakterze wewnętrznym (np. decyzje Ministra Obrony Narodowej).

W związku z powyższym, przystąpiono do prac nad projektem pierwszej ustawy offsetowej. Projekt pierwszej ustawy offsetowej został opracowany przez Ministerstwo Gospodarki, a następnie w dniu 13 lipca 1999 r. Rada Ministrów wniosła do Sejmu projekt ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa²⁴. Projekt był rozpatrywany przez parlament w trybie pilnym, m.in. z uwagi na trudną sytuację finansową przedsiębiorstw z sektora zbrojeniowego oraz przyjęcie przez Radę Ministrów kolejnego programu restrukturyzacji tych podmiotów²⁵. Powyższy projekt pierwszej ustawy offsetowej został uchwalony przez Sejm RP dnia 10 września 1999 r. jako ustawa o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, a następnie przyjęty bez poprawek przez Senat RP dnia 22 września 1999 r. Uzasadnienie do projektu ustawy liczyło zaledwie trzy strony, co jest przedmiotem zasadnej krytyki przedstawicieli doktryny. Chodziło bowiem o nową instytucję prawną, o skomplikowanym charakterze i niezmiernie istotną ze względów ekonomicznych oraz bezpieczeństwa państwa. W powiązaniu z projektem ustawy offsetowej dnia 15 lipca 1999 r. Rada Ministrów wniosła projekt ustawy o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 83, poz. 932 ze zm.), który również był rozpatrywany w trybie pilnym²⁶. Ustawa ta została uchwalona przez Sejm niedługo po ustawie offsetowej, tj. dnia 7 października 1999 r.²⁷.

²⁴ Przebieg procesu legislacyjnego wraz z dokumentami, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/\\$file/1250.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruk/1250/$file/1250.pdf) (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

²⁵ Uzasadnienie trybu pilnego z dnia 13 lipca 1999 r. projektu ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, III kadencja, druk sejm. nr 1250.

²⁶ Przebieg procesu legislacyjnego wraz z dokumentami, <http://orka.sejm.gov.pl/proc3.nsf/opisy/1252.htm> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

²⁷ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 13-15. oraz W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, Wprowadzenie, nb 15-17.

Dawna ustawa offsetowa przyjęła model offsetu polegający na kształtowaniu zobowiązań offsetowych w ramach odrębnej czynności prawnej, tj. poza umową dostawy sprzętu wojskowego lub uzbrojenia. Wyraźną wolą ustawodawcy było ukształtowanie umowy offsetowej jako umowy kompensacyjnej, na co wskazuje sam tytuł omawianego aktu prawnego. Ze względu zatem na ekonomiczne uzasadnienie potrzeby stosowania offsetu, odpowiedzialność za negocjacje, zawarcie oraz nadzorowanie wykonania umowy offsetowej została nałożona na ministra właściwego do spraw gospodarki (art. 7 ust. 2 i ust. 3 oraz art. 22 dawnej ustawy offsetowej). Przy wykonywaniu swoich kompetencji, minister właściwy do spraw gospodarki miał obowiązek kierowania się analizami i ocenami Komitetu do Spraw Umów Offsetowych, który miał charakter międzyresortowego ciała doradczego (art. 20-21 dawnej ustawy offsetowej). Ponadto zawarcie umowy offsetowej oraz stwierdzenie jej wykonania wymagało zatwierdzenia przez Radę Ministrów (art. 23 dawnej ustawy offsetowej), co zmierzało do nadania większego znaczenia i prestiżu umowom offsetowym. Ze względu bowiem na znaczne wydatki połączone ze sferą obronności państwa, umowy offsetowe o większej wartości miały zawsze wymiar polityczny. Zobowiązania offsetowe, które zostały dopuszczone na gruncie ustawy offsetowej, miały charakter zarówno bezpośredni, jak i pośredni, wojskowy, jak i niewojskowy (szerzej podział zobowiązań offsetowych został omówiony w rozdziale piątym). Dopuszczalność stosowania offsetu, który nie nakładał na zagranicznego dostawcę obowiązków związanych ze sferą bezpieczeństwa państwa, była jednym z głównych przejawów ekonomicznego charakteru praktyk offsetowych na gruncie poprzedniej ustawy. Także przesłanki zawarcia umowy offsetowej miały ekonomiczny charakter. Mianowicie, zawieranie umów offsetowych przez zagranicznych dostawców uzbrojenia było obowiązkowe w przypadku zawarcia umowy dostawy na zakup uzbrojenia i sprzętu wojskowego, określonego na podstawie art. 1 ust. 2 dawnej ustawy offsetowej²⁸, jeżeli wartość umowy dostawy przekraczała 5 000 000 EUR (art. 2 ust. 1 dawnej ustawy offsetowej). W razie zaistnienia przesłanki przedmiotowej w postaci

²⁸ Rozporządzenie Ministra Obrony Narodowej z dnia 13 grudnia 2007 r. w sprawie wykazu uzbrojenia i sprzętu wojskowego, którego zakup jest objęty obowiązkiem zawarcia umowy offsetowej (Dz.U. Nr 242 poz. 1775).

właściwego przedmiotu umowy dostawy oraz odpowiedniej wartości tej umowy, umowa offsetowa co do zasady musiała być zawarta, co wskazywało na automatyzm stosowania offsetu w Polsce na gruncie dawnej ustawy offsetowej, jak również na jego kompensacyjny charakter. Wartość umów offsetowych nie mogła być bowiem mniejsza od równowartości dostawy uzbrojenia i sprzętu wojskowego, określonej w umowie dostawy (art. 6 ust. 1 dawnej ustawy offsetowej). Na sposób obliczania wartości umowy offsetowej miały przy tym podstawowy wpływ tzw. mnożniki. Akt wykonawczy do dawnej ustawy offsetowej określał szczegółowe zasady procesu zaliczania zobowiązań offsetowych na poczet wartości wykonywanej umowy offsetowej, w tym wielkość mnożników offsetowych i sposób ich stosowania, jak również przypadki, w których mogą zostać zastosowane mnożniki z przedziału 2,0–5,0 oraz dopuszczalny limit udziału zagranicznych materiałów i komponentów w przedsięwzięciu będącym zobowiązaniem offsetowym²⁹.

Na gruncie dawnej ustawy Skarb Państwa zawarł z zagranicznymi dostawcami 23 umowy offsetowe o łącznej wartości ok. 7,2 mld USD, 1,4 mld PLN oraz 1,5 mld EUR. Pierwsza umowa offsetowa została w Polsce zawarta z EADS-Construcciones Aeronauticas S.A. (Hiszpania) dnia 28 sierpnia 2001 r. w związku z dostawą samolotów transportowych C295M. Natomiast ostatnią umową offsetową zawartą na gruncie dawnej ustawy offsetowej była umowa zawarta dnia 30 czerwca 2014 r. z Oto Melara S.p.A. (Włochy) w związku z dostawą elementów do produkcji wież HITFIST 30 mm do kołowych transporterów opancerzonych „Rosomak”. Umową offsetową o największej wartości – jednocześnie niewątpliwie umową najlepiej znaną opinii publicznej – była umowa zawarta z Lockheed Martin Corporation (USA) dnia 18 kwietnia 2003 r. w związku z dostawą samolotów wielozadaniowych F-16. Wartość offsetu wyniosła w tej umowie 6 028 000 000 USD. Z kolei umową offsetową o najmniejszej wartości była umowa przewidująca wartość offsetu na poziomie 10 006 800 EUR, która została zawarta dnia 15 lutego 2007 r. z Avio S.p.A. (Włochy)

²⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na poczet wartości umowy offsetowej (Dz.U. Nr 91 poz. 612).

w związku z dostawą silników turbinowych wraz z kapsułą do korwety projektu 621³⁰. Należy jednak zaznaczyć, że powyższe kwoty przedstawiają wartość offsetową umów, tj. łączną wartość zobowiązań offsetowych z zastosowaniem mnożników offsetowych. Po zawarciu umowy offsetowej z dnia 30 czerwca 2014 r. żadna nowa umowa offsetowa nie została zawarta na podstawie dawnej ustawy offsetowej, pomimo prowadzenia negocjacji w tym zakresie³¹.

Jak już zaznaczono, przyczyną instytucjonalizacji offsetu w Polsce były istotne zmiany ustrojowe. Tak jak przyczyną uchwalenia pierwszej ustawy offsetowej z 1999 r. było wejście w struktury NATO oraz wejście w życie Konstytucji RP, tak przyczyną uchwalenia obecnej ustawy offsetowej, kształtującej nowy model offsetu w Polsce, było wejście w struktury Unii Europejskiej oraz nowe podejście instytucji unijnych do praktyk offsetowych. Zmiany podejścia polskich organów do stosowania offsetu w Polsce można było zaobserwować na dwóch płaszczyznach jeszcze na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Z jednej strony były to kolejne nowelizacje dawnej ustawy offsetowej wprowadzające odniesienia do prawa unijnego. Na uwagę zasługuje tu w szczególności nowelizacja dawnej ustawy offsetowej³², która wprowadziła w art. 1 ust. 1 odwołanie do zasad wyrażonych w art. 296 TWE, który jest odpowiednikiem obecnego art. 346 TFUE. Drugą zmianą był sposób stosowania przepisów poprzedniej ustawy offsetowej, pomimo braku zmiany samych przepisów ustawowych. Wartym odnotowania w tym zakresie było zaprzestanie akceptowania przez Polskę zobowiązań offsetowych o charakterze niewojskowym, pomimo że do końca obowiązywania dawnej ustawy offsetowej formalnie dopuszczalne były takie zobowiązania pod postacią zobowiązań pośrednich. Niemniej jednak podstawowe założenia dawnej ustawy offsetowej nadal wymagały zmiany, gdyż kompensacyjny charakter offsetu oraz

³⁰ Umowy Offsetowe zawarte przez Skarb Państwa RP reprezentowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki z Zagranicznymi Dostawcami według stanu na dzień 31 grudnia 2014 r., Ministerstwo Rozwoju.

³¹ *Caracale nie dla Polski. Negocjacje wielomiliardowej umowy zerwane*, <https://tvn24bis.pl/pieniadze,79/rzad-pis-mr-zerwalo-negocjacje-z-airbus-helicopters-ws-caracali,681235.html> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

³² Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 251 poz. 1845).

automatyzm jego stosowania nie dały się pogodzić z wymaganiami stawianymi przez prawo unijne.

Jak wskazuje się w doktrynie, prace nad nowelizacją obecnej ustawy offsetowej rozpoczęły się w Ministerstwie Gospodarki jeszcze w 2009 r.³³. Ich celem była harmonizacja przepisów ustawy z obowiązującym od 1 lipca 2009 r. Kodeksem Postępowania Offsetowego (ang. *Code of Conduct on Offsets*), który został opracowany przez Grupę Roboczą ds. Offsetu przy Europejskiej Agencji Obrony (ang. *European Defence Agency* – EDA) i przyjęty przez Radę Sterującą Agencji w 2008 r. Kodeks ten miał charakter niewiążący, a jego przyjęcie było dobrowolne. Wyznaczał on kierunki w zakresie zbliżania praktyki i polityki offsetowej państw członkowskich UE, które przyjęły Kodeks oraz wytyczne w kwestii stopniowej rezygnacji z offsetu. Zgodnie z Kodeksem, offset może być wykorzystywany w celu wspierania wzrostu potencjału przemysłowego konkurencyjnego i opartego na możliwościach technologicznych i finansowych. Offset ma pomóc nadać pożądany kształt Europejskiej Obronnej Bazy Technologicznej i Przemysłowej (ang. *European Defence Technological and Industrial Base*). Ponadto ma on przyczyniać się do rozwoju europejskiej bazy dostawców związanych z przemysłem obronnym, m.in. poprzez wsparcie dla małych i średnich przedsiębiorstw oraz dostawców. Kodeks nie zawiera rozbudowanych regulacji i nie znosi wymagania niezbędności stosowania art. 346 TFUE. Przewidziane w Kodeksie postanowienia należy raczej traktować jako deklarację stron, które na wypadek uznania niezbędności zastosowania offsetu, będą się do postanowień Kodeksu odwoływać. Istotnym z punktu widzenia stosowania offsetu wymaganiem przewidzianym przez Kodeks jest to, iż wartość offsetu, zarówno proponowanego, jak i przyjętego, nie może przekraczać wartości samego zamówienia. Kodeks określa zatem górną granicę wartości dopuszczalnego offsetu w ramach danej umowy dostawy. Warunek ten w polskich realiach jest i był zawsze spełniany. Na gruncie dawnej ustawy offsetowej wartość offsetu była niższa od wartości umowy dostawy z powodu stosowania mnożników, które podwyższały wartość nominalną zobowiązań offsetowych do poziomu odpowiadającego wartości umowy dostawy. Kodeks Postępowania Offsetowego został uchylony w 2014 r. przez Europejską

³³ W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, Wprowadzenie, nb 18.

Agencję Obrony³⁴. Także Komisja Europejska i Parlament Europejski zajmowały stanowisko w sprawie działań na rzecz budowy europejskiego przemysłu obronnego, co miało decydujący wpływ na przebieg prac legislacyjnych w Polsce nad obecną ustawą offsetową. Instytucje unijne podkreślają potrzebę utworzenia rynku wewnętrznego w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa poprzez ograniczanie, a następnie wyeliminowanie offsetu jako praktyki dyskryminacyjnej i zmniejszającej efektywność europejskich zamówień publicznych. Szerzej zagadnienie wymagań stawianych przez prawo unijne praktykom offsetowym zostało opisane w rozdziale drugim. Należy jednak w tym miejscu podkreślić wielkie znaczenie dyrektywy obronnej, która pomimo faktu, iż nie odnosiła się bezpośrednio do problematyki offsetowej, miała na celu ujednoczenie praktyk dotyczących zamówień sprzętu wojskowego i uzbrojenia przez państwa członkowskie. Wyrazem implementacji dyrektywy obronnej była przede wszystkim nowelizacja prawa zamówień publicznych³⁵. W ramach tej nowelizacji wprowadzono art. 4c p.z.p., który stanowi podstawę do wydania rozporządzenia określającego tryb postępowania w sprawie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania przepisu art. 346 TFUE oraz potrzebę zapewnienia bezpieczeństwa dostaw sprzętu wojskowego, a także właściwego wykonywania napraw i remontów posiadanego sprzętu wojskowego. Ponadto został wprowadzony rozdział 4a p.z.p., który dotyczy zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa. Należy wskazać, że Minister Gospodarki przygotował w kwietniu 2011 r. projekt zmiany ustawy offsetowej. Ostateczny tekst projektu został zaakceptowany przez Radę Ministrów dnia 28 stycznia 2014 r., a następnie ustawa została uchwalona w czerwcu 2014 r. oraz podpisana przez Prezydenta RP dnia 7 lipca 2014 r.³⁶. Pierwotnie zamiarem ustawodawcy była nowelizacja

³⁴ Luke R. A. Butler, *Transatlantic Defence Procurement. EU and US Defence Procurement Regulation in the Transatlantic Defence Market*, Cambridge 2017, s. 43.

³⁵ Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271).

³⁶ Przebieg prac na etapie przedsejmowym, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/5266> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.) oraz przebieg prac nad projektem nowelizacji ustawy na etapie sejmowym, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2167> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

dawnej ustawy offsetowej, jednakże w trakcie I czytania (kwiecień 2014 r.) podkomisja obrony narodowej przedstawiła projekt nowej ustawy o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Pomimo faktu, że wiele przepisów pozostało w wersji niezmienionej lub zmienionej w niewielkiej mierze, to jednak dokonano istotnej zmiany modelu stosowania offsetu w Polsce pod wpływem art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W wyniku uchwalenia nowej ustawy offsetowej, odpowiedzialnym za sprawy dotyczące negocjacji, zawierania i nadzorowania procesu wykonywania umów offsetowych został Minister Obrony Narodowej (w tym przy pomocy powołanego Biura ds. Umów Offsetowych MON). Ustawa offsetowa weszła w życie dnia 30 lipca 2014 r., a na jej podstawie zwarto dotychczas dwie umowy offsetowe z dnia 23 marca 2018 r.³⁷ oraz jedną umowę z dnia 8 kwietnia 2019 r.³⁸ (wedle stanu z lipca 2019 r.). W dalszych rozdziałach pracy zostanie szczegółowo przedstawiony stan prawny, który ukształtował się na podstawie obecnej ustawy offsetowej.

3. Źródła prawa

Określenie źródeł prawa związanych z funkcjonowaniem instytucji offsetu w Polsce jest kluczowe dla przedmiotowej pracy. Cechą charakterystyczną systemu polskiego prawa jest istnienie zamkniętego katalogu źródeł prawa stanowionego (art. 87 i n. Konstytucji RP)³⁹. Z punktu widzenia przedmiotu niniejszej pracy, znaczenie mają następujące źródła prawa: Konstytucja RP, ustawy, ratyfikowane umowy międzynarodowe oraz rozporządzenia. Z kolei akty prawa miejscowego nie mają znaczenia w praktyce stosowania instytucji offsetu w Polsce.

Konstytucja RP jest aktem prawnym stosunkowo rzadko powoływanym w procesie negocjowania, zawierania oraz wykonywania umów offsetowych.

³⁷ *Umowy offsetowe do programu „WISŁA” podpisane*, <https://www.gov.pl/web/obrona-narodowa/umowy-offsetowe-do-programu-wis-a-podpisane-4> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

³⁸ *400 mln zł offsetu dla śmigłowców morskich. Umowa na AW101 w kwietniu*, <https://www.defence24.pl/400-mln-zl-offsetu-dla-smiglowcow-morskich-umowa-na-aw101-w-kwietniu> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

³⁹ M. Safjan, [w:] red. M. Safjan, *SPP*, t. I, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa.*, Warszawa 2012, s. 165, nb 10.

Argumenty wynikające wprost z unormowań Konstytucji są rzadko podnoszone przez uczestników procedury offsetowej. W zupełnie odmienny sposób kształtuje się znacznie pozostałych aktów prawa powszechnie obowiązującego. W zakresie dotyczącym szeroko rozumianego prawa międzynarodowego jako źródła prawa dotyczącego offsetu decydujące znaczenie ma prawo unijne, któremu zgodnie z art. 91 ust. 3 Konstytucji RP przysługuje pierwszeństwo w stosunku do ustaw. Umowy międzynarodowe niezwiązane z funkcjonowaniem Unii Europejskiej odgrywają drugorzędną rolę. Z kolei zasady prawa unijnego mają kluczowe znaczenie z punktu widzenia funkcjonowania instytucji offsetu w Polsce. Rozdział drugi został w całości poświęcony problematyce prawa unijnego oraz jego stosunku do praktyk offsetowych. W tym jednak miejscu należy podkreślić, że prawo unijne stanowi podstawowy instrument do interpretacji norm prawa krajowego regulujących problematykę offsetu. Normy prawa unijnego określają zakres stosowania praktyk offsetowych przez państwa członkowskie, w związku z czym normy te nie tylko pozwalają zrozumieć polskie przepisy prawa powszechnie obowiązującego w drodze prounijnej wykładni prawa krajowego, ale ponadto stanowią narzędzie do uzupełnienia luk w tym prawie. W zakresie prawa unijnego kluczowe znaczenie ma treść art. 346 TFUE. Gdy zaś chodzi o porządek krajowy, podstawowe źródło prawa powszechnie obowiązującego w polskim systemie prawnym stanowią ustawy. Ustawy są źródłem norm określających zasady funkcjonowania offsetu w Polsce. Z oczywistych powodów podstawowe znaczenie w tym zakresie ma ustawa offsetowa, która określa zasady funkcjonowania offsetu, w tym proces zawierania oraz wykonywania umów offsetowych. Ustawa offsetowa nie reguluje oczywiście całokształtu problematyki funkcjonowania umów offsetowych. Umowa offsetowa jest umową nazwaną prawa cywilnego, wobec czego od początku funkcjonowania pierwszej ustawy offsetowej nie budzi w doktrynie najmniejszych wątpliwości, że w zakresie nieuregulowanym przez ustawę offsetową zastosowanie znajdują ogólne normy prawa cywilnego⁴⁰. Tym samym obok ustawy offsetowej, k.c. jest uznawany za kolejne z ustawowych źródeł norm o podstawowym znaczeniu. Konsekwentnie do umów offsetowych w sprawach nieuregulowanych stosuje się w pierwszej kolejności przepisy k.c., tj. najpierw przepisy ogólne księgi trzeciej

⁴⁰ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 20.

(„Zobowiązania”), a następnie przepisy księgi pierwszej („Część ogólna”). Istotne znaczenie w ramach zasad funkcjonowania offsetu mają również przepisy prawa zamówień publicznych, gdyż kształtują one normy umożliwiające uruchomienie procedury offsetowej (szarzej na ten temat w rozdziale trzecim). Podobnie, niewątpliwe znaczenie mają również rozporządzenia będące aktami wykonawczymi do ustawy offsetowej. Na gruncie obecnej ustawy offsetowej rozporządzenia mają jednak zdecydowanie mniejsze znaczenie niż na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Rozporządzenia mają obecnie głównie charakter organizacyjny i porządkowy.

W zakresie aktów wykonawczych do ustawy offsetowej należy wskazać na następujące rozporządzenia:

- 1) rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie określenia wzoru oświadczenia o braku okoliczności do wyłączenia od czynności w postępowaniu o zawarcie umowy offsetowej lub związanych z wykonaniem umowy offsetowej (Dz.U. poz. 1827);
- 2) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1819);
- 3) rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie regulaminu organizacyjnego Komitetu Offsetowego (Dz.U. poz. 1818).

Ponadto w ramach źródeł prawa offsetowego znaczenie ma także rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa⁴¹ wydane na podstawie art. 4c p.z.p. Rozporządzenie to określa bowiem procedurę umożliwiającą odejście od rygorów stawianych przez prawo zamówień publicznych, co z kolei umożliwia uruchomienie procedury offsetowej. Nadto należy wskazać na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 listopada 2015 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym⁴² wydane na podstawie delegacji z art. 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań

⁴¹ Dz.U. z 2013 r. poz. 23.

⁴² Dz.U. z 2015 r. poz. 1871.

na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców⁴³ oraz na rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 października 2010 r. w sprawie wykazu spółek, przedsiębiorstw państwowych i jednostek badawczo-rozwojowych, prowadzących działalność na potrzeby bezpieczeństwa i obronności państwa, a także spółek realizujących obrót z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa oraz dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa⁴⁴ wydane na podstawie art. 2 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 7 października 1999 r. o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej⁴⁵. Powyższe rozporządzenia nie dotyczą co prawda bezpośrednio problematyki offsetowej, niemniej jednak ze względu na wskazanie w nich listy podmiotów mających podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa stanowią naturalną podstawę do dokonywania przez Ministra Obrony Narodowej wyboru kręgu offsetobiorców.

Ze względu na specyfikę funkcjonowania Ministerstwa Obrony Narodowej, znaczenie mają również decyzje ministerialne, które choć nie są aktami prawa powszechnie obowiązującego, również są istotne dla praktyki stosowania offsetu w Polsce. Tytułem przykładu należy wskazać na: decyzję Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa⁴⁶; decyzję Nr 92/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa⁴⁷; decyzję Nr 38/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad postępowania w zakresie opracowywania założeń do oferty offsetowej, projektu umowy offsetowej, oceny ofert offsetowych oraz prowadzenia negocjacji w celu zawarcia umowy offsetowej⁴⁸; decyzję Nr 39/MON

⁴³ Dz.U. z 2001 r. Nr 122, poz. 1320 ze zm.

⁴⁴ Dz.U. z 2010 r. Nr 198, poz. 1313.

⁴⁵ Dz.U. z 1999 r. Nr 83, poz. 932 ze zm.

⁴⁶ Dz.Urz. MON z 2015 r. poz. 265.

⁴⁷ Dz.Urz. MON z 2014 r. poz. 101.

⁴⁸ Dz.Urz. MON z 2015 r. poz. 38.

Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa⁴⁹.

Obserwując sposób funkcjonowania umów offsetowych w obrocie prawnym w Polsce można stwierdzić pewną specyfikę, odróżniającą ten typ umów od innych umów nazwanych. Jedną z cech charakterystycznych umów offsetowych jest ich ograniczona liczba. Na gruncie dawnej ustawy offsetowej, jak już zostało to wskazane wyżej, zawarto wyłącznie 23 umowy offsetowe przez okres ok. 15 lat obowiązywania tej ustawy, podczas gdy przez pierwsze 5 lat obowiązywania obecnej ustawy offsetowej zawarto ich zaledwie 3. Tak ograniczona liczba umów występujących w obrocie prawnym, jak również fakt, że Skarb Państwa reprezentuje odpowiedni aparat urzędniczy, który zajmuje się tą problematyką, sprawia, że także krąg osób zajmujących się offsetem jest bardzo ograniczony. Niewiele jest także publikacji w doktrynie poruszających problematykę będącą przedmiotem niniejszej pracy. Brakuje też orzecznictwa mogącego kształtować praktykę funkcjonowania instytucji offsetu w Polsce. Warto w tym miejscu wskazać, że nawet orzecznictwo unijne niechętnie odnosi się bezpośrednio do problematyki offsetu, ograniczając się przeważnie do zasad stosowania klauzuli derogacyjnej z art. 346 TFUE w oderwaniu od tego problemu (szerzej ten temat został omówiony w rozdziale drugim). Powyższy stan rzeczy wynika m.in. z faktu, że spory zaistniałe w Polsce na gruncie umów offsetowych rozwiązywane są prawie zawsze w sposób polubowny. Orzecznictwo ma zatem znaczenie wyłącznie w zakresie, w jakim dokonuje ono wykładni ogólnych przepisów prawa zobowiązań, tj. w oderwaniu od problematyki umów offsetowych. Wszystkie powyższe okoliczności prowadzą do tego, że olbrzymiego znaczenia nabiera dotychczasowa praktyka stosowania offsetu w Polsce w procesie zawierania i realizacji umów offsetowych. Nie rozwijając w tym miejscu szerzej kwestii, czy kwalifikowanie takiej praktyki do źródeł prawa jest dopuszczalne, można pokusić się o stwierdzenie, że rola praktyki w funkcjonowaniu instytucji offsetu w Polsce zbliżona jest do roli orzecznictwa sądowego w polskim systemie prawnym⁵⁰. Opisując znaczenie praktyki dla funkcjonowania offsetu w Polsce należy jednak wskazać, że nowa ustawa offsetowa,

⁴⁹ Dz.Urz. MON z 2015 r. poz. 39.

⁵⁰ Szerzej na temat źródeł prawa: M. Safjan, [w:] red. M. Safjan, *SPP*, t. I...

która w diametralny sposób dokonała zmiany modelu umowy offsetowej, znacznie ograniczyła rolę dotychczasowej praktyki. Tym samym wiele z dotychczasowych wzorów postępowania w procesie negocjacji i wykonywania umów offsetowych musi zostać poddanych krytycznej ocenie i weryfikacji.

4. Podsumowanie

Offset stanowi praktykę stosowaną przez większość państw na świecie. Praktyka ta ma swoje źródło w protekcyjnej polityce państw. Sposób, w jaki offset funkcjonuje, różni się jednak w zasadniczy sposób zarówno w zależności od uwarunkowań historycznych, jak i od uwarunkowań dotyczących polityki i systemu prawnego państw stosujących offset. Niezależnie od powyższego, offset powinno się obecnie rozumieć jako stosowane przez państwa praktyki, które polegają na nakładaniu na podmiot zagraniczny dodatkowych obowiązków w związku z udzielaniem temu podmiotowi zamówień ze sfery sektora obronnego. Rodzaj obowiązków oraz sposób ich nakładania zależy od konkretnych uwarunkowań, w jakich znajduje się dane państwo. Podobnie należy uznać, że z powodu istotnych zmian, które na przestrzeni ostatnich lat miały miejsce w Polsce, w pierwszej kolejności doszło do zinstytucjonalizowania offsetu, a następnie do znaczącej modyfikacji jego modelu. Offset ukształtowano najpierw jako narzędzie do wsparcia gospodarki, nadając mu charakter kompensacyjny. Następnie, pod wpływem uczestnictwa w strukturach unijnych, zdecydowano się odejść od kompensacyjnego charakteru tej instytucji. Z tego też względu obok polskich aktów prawa powszechnie obowiązującego, głównym źródłem prawa offsetowego w Polsce jest prawo unijne. Powyższe źródła uzupełniane są praktyką stosowania offsetu, jaka kształtowała się w przeciągu ostatnich 20 lat.

Rozdział II Prawo unijne a model offsetu w Polsce

Celem drugiego rozdziału jest przedstawienie stosunku prawa unijnego do praktyk offsetowych stosowanych przez państwa członkowskie. Zagadnienie to jest kluczowe dla całej pracy, gdyż prawo unijne stanowi podstawowe źródło prawa offsetowego w naszym kraju. Nie ulega wątpliwości, iż naczelnym celem przyświecającym polskiemu ustawodawcy przy nowelizowaniu ustawy offsetowej było uchwalenie prawa odpowiadającego wymaganiom prawa UE. Polski ustawodawca tym samym wpisał się w trend, który można zaobserwować wśród państw członkowskich UE, które zmieniły obowiązujący dotychczas model offsetu. Już na samym wstępie uzasadnienia projektu ustawy offsetowej podkreślono, iż przyjęte w nowej ustawie offsetowej regulacje zmierzają do wprowadzenia rozwiązań prawnych dostosowanych do prawa i praktyki Unii Europejskiej⁵¹. Ponadto ustawa offsetowa wskazuje *expressis verbis* na przepisy prawa unijnego jako na podstawę dopuszczalnego stosowania offsetu w Polsce. Znajomość prawa unijnego pozwala dokonać wykładni przepisów ustawowych, które mają często charakter klauzul generalnych. Dopiero zestawienie tych ogólnych przepisów z prawem unijnym i zastosowanie prounijnej wykładni pozwala zrekonstruować konkretne normy prawne i odpowiedzieć na pytania dotyczące tego, w jakim przypadku oraz jakiego rodzaju offset można stosować w Polsce. Na wstępie tego rozdziału przedstawione zostały przyczyny negatywnego stosunku instytucji unijnych do praktyk offsetowych. W dalszej części rozdziału przytoczone zostały poglądy doktryny oraz orzecznictwa na temat stosowania klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, która jako jedyna uprawnia państwa członkowskie do stosowania offsetu. Dokonano próby usystematyzowania przesłanek, które muszą zostać spełnione, aby dopuszczalne było stosowanie offsetu w świetle prawa unijnego. Rozdział ten przedstawia także, w jaki sposób pod wpływem prawa unijnego zmienił się model offsetu w Polsce. Zadaniem tej części pracy jest stworzenie narzędzi, które umożliwią wykładnię polskich przepisów ustawowych zgodną z prawem unijnym.

⁵¹ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

1. Prawo unijne a offset

Instytucje unijne jasno wskazują, że offset jako wymaganie ekonomicznej kompensacji nałożone na zagranicznych dostawców w związku z zakupem od nich sprzętu obronnego musi być uznawane ze swej natury jako dyskryminacyjne, a w związku z tym pozostaje w bezpośredniej sprzeczności z pierwotnym prawem unijnym⁵². Instytucje unijne dają jasny sygnał, że offset jest praktyką niepożądaną na jednolitym rynku, a tym samym należy zmierzać do ograniczenia stosowania offsetu w jak największym stopniu lub nawet do całkowitej eliminacji tych praktyk⁵³. Niewątpliwie bowiem gorsze traktowanie dostawców uzbrojenia z innych państw członkowskich w ramach udzielania zamówień jest nie do pogodzenia ze swobodą przepływu towarów i usług na jednolitym rynku. Wraz z zacieśnianiem współpracy wewnątrzunijnej oraz rozwojem jednolitego rynku zaobserwować można coraz większą niechęć do stosowania praktyk offsetowych przez państwa członkowskie UE. Niechęć instytucji unijnych do offsetu można zaobserwować m.in. w związku z pracami oraz przyjęciem dyrektywy obronnej. Należy wskazać, że dyrektywa obronna została przyjęta w celu zapewnienia równego i niedyskryminacyjnego traktowania wykonawców oraz zapewnienia przejrzystości działania na rynku obronnym (art. 4 dyrektywy obronnej). Dyrektywa obronna nie reguluje kwestii offsetowych, lecz wpływa na stosunek instytucji unijnych, które w sposób coraz bardziej zdecydowany sprzeciwiają się praktykom offsetowym. Można stwierdzić, że ww. dyrektywa oraz stanowisko instytucji unijnych wpłynęły w największym stopniu na modyfikację offsetu w państwach członkowskich, która miała miejsce w ostatnich latach. Stosunek instytucji unijnych do praktyk offsetowych w łatwy sposób można

⁵² The International Forum on Business Ethical Conduct, *Offsets...*, s. 27.

⁵³ Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 listopada 2013 r. w sprawie europejskiej bazy technologiczno-przemysłowej sektora obronnego (2013/2125(INI)), ust. 67, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0514+0+DOC+XML+V0//PL> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.) oraz Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie wpływu zmian na europejskim rynku wyposażenia obronnego na możliwości w zakresie obronności i bezpieczeństwa w Europie (2015/2037(INI)), ust. 31, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0215+0+DOC+XML+V0//PL> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

odczytać z wydawanych przez nie wytycznych oraz komunikatów, których treść została zreferowana w dalszej części rozdziału.

Wytyczne Dyirekcji Generalnej ds. Rynku Wewnętrznego i Usług Komisji Europejskiej w sprawie offsetu odzwierciedlają w sposób kompleksowy stosunek UE do idei offsetu i odnoszą się do dyrektywy obronnej. Wiele państw członkowskich wymagało kompensacji (offsetu) od zagranicznych dostawców w związku z zamówieniami sprzętu obronnego. Charakter stosowanych praktyk offsetowych był bardzo zróżnicowany. W niektórych przypadkach offset miał charakter wojskowy i dotyczył bezpośrednio przedmiotu umowy dostawy (przykładowo udział spółek lokalnych w produkcji zamawianego sprzętu). W innych przypadkach offset nie miał bezpośredniego związku z przedmiotem zamówienia, jednakże ograniczał się do sfery wojskowej (przykładowo zlecenie przez zagranicznego dostawcę podwykonawstwa spółce lokalnej w zakresie niezamawianych produktów wojskowych). Zaobserwować można było również offset pośredni i niewojskowy (przykładowo zapewnianie zagranicznych inwestycji w sektorze cywilnym państwa zamawiającego) (Wytyczne nb 1). Niezależnie jednak od jego charakteru, wymaganie offsetu stanowi środek ograniczający podstawowe zasady pierwotnego prawa unijnego. Offset jest bowiem przejawem dyskryminacji skierowanym przeciwko podmiotom świadczącym usługi i dostarczającym towary z innych państw członkowskich, w wyniku czego dochodzi do naruszenia zasady swobody przepływu towaru i usług. Offset zatem jako naruszający podstawowe zasady prawa unijnego nie może być tolerowany (Wytyczne nb 2). W Wytycznych wyjaśniono także, że rynek wewnętrzny zbudowany jest na fundamentach swobód, tj. swobodzie przepływu towarów, osób, usług i kapitału (art. 26 ust. 2 TFUE). Swobody te są z kolei bezpośrednio związane z podstawową zasadą równego traktowania, niedyskryminacji (art. 18 TFUE) i transparentności. Wszelkie środki stosowane przez państwa członkowskie oraz podmioty organizujące zamówienia muszą być zatem zgodne z tymi fundamentami prawa unijnego (Wytyczne nb 5). Swoboda przepływu towarów oznacza w szczególności zakaz stosowania ograniczeń ilościowych w imporcie i eksporcie oraz wszelkich środków wywołujących taki skutek (art. 34 i 35 TFUE). Wytyczne odwołując się do orzecznictwa wskazują, że powyższe dotyczy wszelkich regulacji państw członkowskich odnoszących się

do handlu, które mogą utrudnić bezpośrednio lub pośrednio, rzeczywiście lub potencjalnie, handel wewnątrzunijny⁵⁴. Wszelkie środki, które zakazują lub ograniczają sprzedaż towarów produkowanych lub dystrybuowanych przez podmioty gospodarcze z innych państw członkowskich, jak również nakazują lub nakłaniają w jakikolwiek sposób przedsiębiorców do zakupu produktów od krajowych producentów, wpływają na rozmiar handlu pomiędzy państwami członkowskimi i w związku z tym muszą być uznane za środki wywołujące skutek odpowiadający ograniczeniom ilościowym importu, co z kolei jest zakazane na podstawie art. 35 TFUE⁵⁵. Powyższe uwagi dotyczą także stosowania zachęt prawnie niewiążących, które mogą oddziaływać na sposób prowadzenia działalności gospodarczej (Wytyczne nb 6). Swoboda przepływu usług (art. 56-62 TFUE) zakazuje nie tylko dyskryminacji ze względu na narodowość, lecz także stosowania jakichkolwiek ograniczeń, które mogą utrudniać lub czynić działalność mniej korzystną dla usługodawcy z innego państwa członkowskiego⁵⁶. Tak wskazane zastrzeżenia odnoszą się także do wszelkich środków ograniczających dane usługi dla usługodawców z innego państwa członkowskiego lub ustanawiających warunki faworyzujące lokalnych usługodawców⁵⁷. W tym zakresie wskazuje się m.in., iż w ramach zamówień publicznych, udzielenie zamówienia na usługi publiczne dla przedsięwzięcia zlokalizowanego w tym samym kraju członkowskim co jednostka zamawiająca narusza prawo do swobody przepływu usług ze względu na fakt, iż konsekwentnie wyklucza to usługodawców zlokalizowanych w innych państwach członkowskich. Z powyższego wynika, że stosowanie środków skłaniających podmioty gospodarcze do zawierania umów na świadczenie usług z lokalnymi usługodawcami

⁵⁴ Wyrok Trybunału z dnia 11 lipca 1974 r., Case 8-74, *Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville*, ECLI:EU:C:1974:82, ust. 5.

⁵⁵ Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 1982 r., Case 249/81, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Irlandii*, ECLI:EU:C:1982:402, ust. 23-29; Wyrok Trybunału z dnia 5 czerwca 1986 r., Case 103/84, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska*, ECLI:EU:C:1986:229, ust. 24; Wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1990 r., C-21/88, *Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara*, ECLI:EU:C:1990:121.

⁵⁶ Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 12 grudnia 1996 r., C-3/95, *Reisebüro Broede v. Gerd Sandker*, ECLI:EU:C:1996:487, ust. 25.

⁵⁷ Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 7 lutego 2002 r., C-279/00, *Komisja Europejska v. Republika Włoska*, CURIA, ust. 17.

narusza swobodę przepływu usług, gdyż środki takie wyłączają lub ograniczają dostęp do rynku dla usługodawców z innych państw członkowskich (Wytyczne nb 7). Dodatkowo Wytyczne przypominają, iż z art. 18 TFUE wynika generalny zakaz jakiejkolwiek dyskryminacji ze względu na narodowość. Powyższe dotyczy wszelkich sytuacji unormowanych traktatami, które nie są uregulowane w sposób szczególny w ramach swobód (Wytyczne nb 8). Wytyczne wyjaśniają jednocześnie, iż dyrektywa obronna – biorąc pod uwagę jednoznaczne stanowisko pierwotnego prawa unijnego – nie odnosi się do problematyki offsetu. Jednakże, dyrektywa ta zawiera regulację, która ma zapewnić to, aby udzielanie zamówień publicznych na każdym etapie było zgodne z pierwotnym prawem unijnym (Wytyczne nb 9). Dyrektywa obronna nie może tolerować ani regulować offsetu jako sprzecznego z fundamentalnymi zasadami swobody przepływu towarów i usług (Wytyczne nb 18). Niemożność szczegółowego uregulowania problematyki offsetowej przez wtórne prawo unijne jest jak najbardziej zrozumiała. Skoro bowiem pierwotne, traktatowe prawo unijne, na podstawie którego Unia Europejska funkcjonuje, uniemożliwia w swoich ramach stosowanie praktyk offsetowych, tym bardziej niemożliwe jest normowanie tych zagadnień w prawie wtórnym, które przecież swoje uprawnienie do regulowania danej dziedziny wywodzi właśnie z prawa pierwotnego.

Negatywny stosunek do idei offsetu wynika także z dalszych publikacji instytucji unijnych. W Komunikacie Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w kierunku bardziej konkurencyjnego i wydajnego sektora obronności i bezpieczeństwa⁵⁸ wskazuje się plan działań celem dalszego rozwoju rynku wewnętrznego obrony oraz stworzenia równych warunków działania dla wszystkich europejskich dostawców. Komisja ma zatem walczyć z utrzymującymi się nieuczciwymi i dyskryminującymi praktykami oraz zakłóceniami rynku. W szczególności planowane było zintensyfikowanie polityki przeciw transakcjom offsetowym, które określane są w tym dokumencie jako rekompensaty gospodarcze wymagane od dostawców zagranicznych w przypadku

⁵⁸ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w kierunku bardziej konkurencyjnego i wydajnego sektora obronności i bezpieczeństwa z dnia 24 lipca 2013 r., COM(2013) 542 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0542&from=HU> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

zakupów związanych z obronnością. Ponadto Komisja ma dopilnować, aby transakcje offsetowe zostały szybko zniesione. Komunikat stwierdza, iż wobec przyjęcia dyrektywy obronnej wszystkie państwa członkowskie mają wycofać lub zmienić swoje krajowe prawodawstwo dotyczące transakcji offsetowych. Komisja ma przy tym dopilnować, aby te zmiany ram prawnych prowadziły do rzeczywistej zmiany praktyk państw członkowskich w dziedzinie zamówień publicznych. Ponadto w przypadku powoływania się na art. 346 TFUE w celu uzasadnienia stosowania środków pomocy państwa, Komisja ma zapewnić, aby wszystkie niezbędne warunki przewidziane przez ten przepis były spełniane.

Z kolei w wydanym 30 listopada 2016 r. Sprawozdaniu Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat wdrożenia dyrektywy 2009/81/WE w sprawie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa⁵⁹ wskazuje się, iż głównym problemem, który stał się powodem przyjęcia dyrektywy obronnej, było niemal automatyczne wyłączenie przez państwa członkowskie – w szczególności na podstawie art. 296 ust.1 lit. b TWE (obecnie art. 346 ust. 1 lit. b TFUE) – stosowania przepisów UE dotyczących zamówień publicznych w odniesieniu do zakupu sprzętu wojskowego. Za główną przyczynę problemu w tamtym okresie uznano to, że przepisy UE dotyczące zamówień publicznych nie uwzględniały szczególnych potrzeb zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (punkt 2). Opisując stan występujący w państwach członkowskich wskazano, iż przed przyjęciem dyrektywy obronnej aż 18 państw członkowskich utrzymywało systematycznie przepisy dotyczące zobowiązań offsetowych (dla wszystkich zamówień lub dla zamówień powyżej określonej wartości) wymagając rekompensat od dostawców z innych państw przy zakupie sprzętu wojskowego. Przepisy te były wyraźnie sprzeczne zarówno z traktatami UE, jak i z prawidłową transpozycją i stosowaniem dyrektywy. Pod wpływem działań instytucji unijnych państwa członkowskie dokonały modyfikacji swoich systemów prawnych, poprzez wprowadzenie zasady, zgodnie z którą zobowiązania offsetowe

⁵⁹ Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat wdrożenia dyrektywy 2009/81/WE w sprawie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przedkładane w celu spełnienia wymogu art. 73 ust. 2 tej dyrektywy z dnia 30 listopada 2016 r., SWD(2016) 407 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0762> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

mogły być wymagane jedynie po przeprowadzeniu analizy konkretnego przypadku pod kątem spełnienia warunków stosowania art. 346 TFUE (punkt 3.1). Jako nieustający problem wskazano wciąż zbyt szeroką interpretację możliwych zwolnień przewidzianych w art. 346 TFUE (punkt 4.1).

Z powyższego wynika jednoznacznie negatywny stosunek instytucji unijnych do idei praktyk offsetowych. Nie oznacza to jednak, iż stosowanie offsetu jest niedozwolone w każdym przypadku. W dalszej części tego rozdziału należy skupić się na wyjaśnieniu przewidzianej przez pierwotne prawo unijne przesłance dopuszczającej stosowanie offsetu, tj. w szczególności na wspomnianym już wyżej art. 346 TFUE.

2. Artykuł 346 TFUE

Artykuł 346 TFUE

1. 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.*

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 litera b).

Na wagę, jaką ustawa offsetowa przywiązuje do art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, może wskazywać fakt, iż przepis ten jest powtarzany w ustawie offsetowej aż sześciokrotnie. Ponadto ustawa offsetowa odnosi się do sformułowania „podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa”, które stanowi esencję ww. regulacji, dodatkowe dziewięć razy. Mając na uwadze fakt, iż ustawa offsetowa nie należy do obszernych, tak znaczna liczba odwołań do traktatu wskazuje, że w praktyce w każdej sytuacji, w której organy władzy publicznej podejmują decyzję

w zakresie stosowania offsetu, art. 346 ust. 1 lit. b TFUE musi znaleźć zastosowanie. Nie ulega zatem wątpliwości, że zarówno z punktu widzenia prawa unijnego, jak również z punktu widzenia ustawy offsetowej, kluczowe znaczenie ma treść tego przepisu. Jego należyta interpretacja pozwala bowiem przy zastosowaniu prounijnej wykładni, zrekonstruować przepisy polskiego prawa w sposób zgodny z założeniami polskiego i europejskiego ustawodawcy.

Z normatywnego punktu widzenia art. 346 TFUE jest uznawany za szczególną normę derogacyjną zezwalającą państwom członkowskim na podejmowanie środków, które w innym przypadku byłyby niezgodne z postanowieniami traktatu. Regulowana przez ten przepis sfera obronności i bezpieczeństwa jest uznawana za należącą do wyłącznych kompetencji państw członkowskich. Na podstawie tego przepisu państwa członkowskie mogą zatem odmówić udzielenia informacji, których ujawnienie uznałyby za sprzeczne z podstawowymi interesami ich bezpieczeństwa (art. 346 ust. 1 lit. a TFUE) a także podejmować środki konieczne dotyczące produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi (art. 346 ust. 1 lit. b TFUE). Dodatkowo art. 346 ust. 2 stanowi normę kompetencyjną dla Rady, która na wniosek Komisji może dokonać zmiany listy produktów, przyjętej przez Radę dnia 15 kwietnia 1958 r., a która to lista pozwala doprecyzować sferę stosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Treść art. 346 TFUE odpowiada treści obowiązującej od 1957 r. i przewidzianej w Traktacie ustanawiającym Europejską Wspólnotę Gospodarczą (d. art. 223 TWE, a następnie art. 296 TWE)⁶⁰. Wzorem dla tego przepisu był art. XXI Układu Ogólnego w sprawie Taryf Celnych i Handlu z 1947 r. (GATT). Opisywany przepis obowiązuje zatem w zasadniczo niezmienionym brzmieniu od samego początku swojego istnienia⁶¹. Treść art. 346 TFUE została przyjęta w okresie, gdy problem bezpieczeństwa militarnego państw członkowskich był kluczowy, a integracja dotyczyła wyłącznie w ograniczonym zakresie kwestii gospodarczych. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, pierwotnie analizowany przepis był traktowany w niezwykle liberalny sposób przez państwa członkowskie. Konsekwentnie, państwa członkowskie powoływały się na analizowany przepis we wszystkich kwestiach związanych z produkcją i handlem

⁶⁰ Luke R. A. Butler, *Transatlantic...*, s. 78-79.

⁶¹ W. Sadowski, *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, red. D. Kornobis-Romanowska, J. Łacny, A. Wróbel (red. nauk.), t. III., LEX 2012, art. 346.

uzbrojeniem⁶². Sytuacja uległa zmianie po 1990 r., kiedy zaczął przeważać pogląd o konieczności restryktywnej wykładni tego przepisu, w zgodzie z zasadami wykładni stosowanymi w odniesieniu do pozostałych norm prawa unijnego⁶³. Zgodnie z tym poglądem, przytaczany artykuł nie powoduje automatycznego wyłączenia spod reguł traktatu wszystkich kwestii związanych z produkcją i handlem w dziedzinie obronności⁶⁴. Jak zaznaczono już w poprzedniej części rozdziału, obecnie dominuje coraz bardziej restrykcyjne podejście do art. 346 TFUE.

Artykuł 346 TFUE uznawany jest powszechnie za normę o charakterze ogólnym, której zastosowanie nie jest ograniczone do poszczególnych dziedzin prawa unijnego⁶⁵. Przepis ten pozwala więc wyłączyć zastosowanie wszystkich postanowień traktatu⁶⁶. Ponadto uznaje się, że z klauzuli z art. 346 TFUE mogą korzystać wyłącznie państwa członkowskie. Oznacza to, że nie mogą na treść tego przepisu powoływać się podmioty prywatne, przeciwko którym toczy się postępowanie o naruszenie prawa unijnego⁶⁷. Charakter klauzuli derogacyjnej, która odnosi się ogólnie do wszystkich dziedzin prawa unijnego, może stwarzać ryzyko nadużywania przewidzianej możliwości przez państwa członkowskie. Instytucje unijne usilnie starają się więc wyznaczyć ramy dopuszczalnego stosowania tej klauzuli generalnej.

2.1 Zasada stosowania art. 346 TFUE jako wyjątku

Pierwsza wytyczna stosowania art. 346 TFUE wynika z wyjątkowego charakteru tego przepisu. Powszechnie uznaje się, że skoro jest to norma wyłączająca stosowanie innych przepisów traktatowych, to ma ona charakter wyjątkowy. Stosując zatem zasadę *exceptiones non sunt extendendae*, normy o charakterze wyjątkowym nie można poddawać wykładni rozszerzającej. Konsekwentnie przyjmuje się, zgodnie z utrwalonym orzecnictwem, że możliwość stosowania art. 346 TFUE powinna być

⁶² Ibidem.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ Ibidem.

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01, *Fiocchi munizioni SpA v. Komisja Europejska*, ECLI:EU:T:2003:248, ust. 38 i 59.

⁶⁷ Luke R. A. Butler, *Transatlantic...*, s. 79.

interpretowana w sposób ścisły⁶⁸. Przewidziane zatem w traktacie zwolnienia dotyczą wyłącznie wyjątkowych i jasno określonych przypadków. Ze względu na swój ograniczony charakter, artykuł ten nie podlega szerokiej interpretacji⁶⁹. Zasada ta ma na celu przeciwdziałanie nadużywaniu stosowania wyłączeń przez państwa członkowskie, bowiem w przeciwnym razie przepisy traktatowe nie byłyby stosowane. Z praktycznego punktu widzenia, uznać zatem należy, iż w razie jakichkolwiek wątpliwości, czy dany stan faktyczny pozwala na zastosowanie art. 346 TFUE, należy przyjąć, że takiej możliwości nie ma. Państwa członkowskie powinny z tego wyjątku korzystać wyłącznie w sytuacjach jednoznacznych.

Klauzula derogacyjna z art. 346 TFUE ma wyjątkowy charakter nie tylko względem ogólnych postanowień traktatowych, lecz także względem innych, bardziej szczegółowych klauzul derogacyjnych, które odnoszą się wyłącznie do poszczególnych swobód rynku wewnętrznego. W ramach przepisów TFUE należy zwrócić uwagę na związane ze względami bezpieczeństwa: art. 36, art. 45 ust. 3, art. 52 ust. 1, art. 62, art. 65 ust. 1 lit. b, art. 72 oraz art. 347 TFUE. Wszystkie z ww. przepisów (za wyjątkiem art. 347 TFUE) odnoszą się do możliwości podejmowania środków naruszających wyłącznie poszczególne swobody rynku wewnętrznego (art. 36 dotyczy swobody przepływu towarów, art. 52 – swobody przepływu przedsiębiorczości, art. 62 – swobody przepływu usług, art. 65 ust. 1 lit. b – swobody przepływu kapitałów) zaś art. 72 dotyczy działań podejmowanych w zakresie szeroko pojętego wymiaru

⁶⁸ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-284/05, Komisja Europejska v. Republika Finlandii, EU:C:2009:778, ust. 46; Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 7 czerwca 2012 r., C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi*, EU:C:2012:324, ust. 35; Wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., C-367/89, *Richardt and Les Accessoires Scientifiques*, ECLI:EU:C:1991:376, ust. 20; Wyrok Trybunału z dnia 3 maja 1994 r., C-328/92, *Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii*, ECLI:EU:C:1994:178, ust. 15; Wyrok Trybunału z dnia 28 marca 1995 r., C-324/93 *The Queen v. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd.*, ECLI:EU:C:1995:84, ust. 48; Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, *Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii*, ECLI:EU:C:1999:417, ust. 21; Wyrok Trybunału z dnia 15 maja 1986 r., C-222/84, *Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary*, CURIA, ust. 26.

⁶⁹ Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności z dnia 7.12.2006, SEK(2006) 1554, SEK(2006) 1555, pkt 2.

sprawiedliwości. Pomijając szczegółowe rozważania na temat wszystkich tych klauzul, należy zauważyć, iż art. 346 TFUE w przeciwieństwie do innych (za wyjątkiem art. 347 TFUE) ma charakter generalny. Przyjmuje się, iż możliwość skorzystania przez państwo członkowskie z jednej z traktatowych klauzul derogacyjnych o charakterze szczególnym lub umieszczonych w aktach prawa pochodnego wyłącza uprawnienie do powołania się na art. 346 TFUE. Innymi słowy, powołanie się na art. 346 TFUE stanowi ostateczne uprawnienie państwa członkowskiego, które aktualizuje się wyłącznie w przypadku braku możliwości posłużenia się innym wyłączeniem w celu ochrony swojego bezpieczeństwa. Warto w tym miejscu zasygnalizować, że inny charakter ma art. 347 TFUE. Zarówno art. 346 TFUE, jak i art. 347 TFUE mają charakter klauzul derogacyjnych. Niemniej jednak art. 347 TFUE dotyczy poważnych zaburzeń wewnętrznych, zagrażających porządkowi publicznemu, takich jak wojna, poważne napięcia międzynarodowe stanowiące groźbę wojny lub sytuacji, w których państwo członkowskie podejmuje działania w celu wypełnienia zobowiązań przyjętych przez nie dla utrzymania pokoju i bezpieczeństwa międzynarodowego. Artykuł 346 TFUE stanowi o możliwości działań także w czasie pokoju. Dodatkowo należy wskazać, że w przeciwieństwie do art. 346 TFUE, klauzula z art. 347 TFUE nie zawiera żadnych ograniczeń co do środków, które mogą zostać zastosowane, a ponadto art. 347 TFUE umożliwia wyłączenie stosowania prawa unijnego w całości. Ze względu na swój charakter, art. 347 TFUE może być stosowany jedynie przez określony czas w całkowicie wyjątkowych sytuacjach, które zostały w tym artykule wymienione. Uznaje się, że art. 347 TFUE stanowi *lex specialis* względem art. 346 TFUE⁷⁰.

2.2 Zasada proporcjonalności

Zasada stosowania art. 346 TFUE na zasadzie wyjątku nie stanowi jedyne ograniczenia możliwości powoływania się na ww. przepis. Przechodząc do dalszych rozważań należy tu powołać zasadę proporcjonalności. W doktrynie nie budzi wątpliwości, że ocena działań państwa członkowskiego podejmowanych na podstawie art. 346 TFUE powinna uwzględniać zasadę proporcjonalności⁷¹. Orzecznictwo

⁷⁰ W. Sadowski, *Traktat...*, art. 346 i 347.

⁷¹ Opinia Rzecznika Generalnego Ruiz-Jarabo Colomera w sprawach połączonych: C-284/05 Komisja v. Republika Finlandii; C-294/05 Komisja v. Królestwo Szwecji; C-372/05 Komisja v. Republika Federalna

Trybunału wskazuje, że państwo członkowskie, powołując się na art. 346 TFUE, nie powinno podejmować działań, które wykraczają poza niezbędne granice⁷². Zasada proporcjonalności w praktycznym wymiarze sprowadza się do tego, że nie tylko zamierzony przez państwo członkowskie cel ma być należycie uzasadniony, lecz także środki podejmowane przez państwo członkowskie mają być stosowane wyłącznie w zakresie niezbędnym dla osiągnięcia tego celu. Innymi słowy, nie należy podejmować środków dalej idących niż jest to niezbędne. Gdyby z kolei osiągnięcie danego celu było możliwe przy zastosowaniu środków naruszających zasadę rynku wewnętrznego w mniejszym stopniu, wybrać należy właśnie te łagodniejsze w skutkach środki. Do zasady proporcjonalności odnosi się również preambuła dyrektywy obronnej, która potwierdza, że pewna kategoria zamówień objęta zasadniczo zakresem stosowania tej dyrektywy może podlegać wyłączeniu, jeżeli jest to uzasadnione z punktu widzenia bezpieczeństwa publicznego lub konieczne dla obrony istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Dyrektywa wskazuje, że może tak być w przypadku zamówień zarówno w dziedzinie obronności, jak i bezpieczeństwa, które wymagają zastosowania takich wyjątkowo surowych środków bezpieczeństwa dostaw lub które mają charakter tak tajny lub mają tak ogromne znaczenie dla suwerenności narodowej, że nawet szczególne przepisy dyrektywy obronnej nie są wystarczające, aby zapewnić należytą ochronę istotnych interesów z zakresu bezpieczeństwa, których określenie należy wyłącznie do kompetencji państw członkowskich. Żaden przepis dyrektywy nie powinien być interpretowany jako zakaz stosowania środków, które byłyby konieczne do ochrony interesów uznanych za uzasadnione w ramach TFUE. Jednakże zgodnie z orzecznictwem możliwość stosowania wyjątków należy interpretować w taki sposób, by nie rozciągać ich skutków ponad to, co jest ściśle konieczne do ochrony uzasadnionych interesów, które wspomniane przepisy pozwalają chronić. Tak więc niestosowanie dyrektywy musi

Niemiec; C-387/05 Komisja v. Republika Włoska; C-409/05 Komisja v. Republika Grecka; C-461/05 Komisja v. Królestwo Danii i C-239/06 Komisja v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:2006:450, ust. 124, 141, 154, 168.

⁷² Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97..., ust. 22; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:2008:203, ust. 44.

być zarazem proporcjonalne do zamierzonych celów i stanowić środek, który w możliwie najmniejszym stopniu narusza swobodny przepływ towarów i swobodę świadczenia usług.

2.3 Zakaz stosowania automatyzmu

Z zasady wyjątkowości oraz proporcjonalności wynika kolejna zasada, którą można określić jako zakaz stosowania automatyzmu. Wskazuje się, iż możliwość wyłączenia stosowania postanowień TFUE, na podstawie zawartych w nim klauzul derogacyjnych odwołujących się do przesłanki bezpieczeństwa, nie uzasadnia tezy o istnieniu zasady ogólnej, zgodnie z którą państwa członkowskie mogą nie stosować TFUE ze względów bezpieczeństwa⁷³. W konsekwencji, wymienione klauzule derogacyjne nie są potwierdzeniem ogólnej zasady pozwalającej na niestosowanie TFUE przez państwa członkowskie ze względów bezpieczeństwa, gdyż taka zasada na mocy traktatu nie obowiązuje, lecz przeciwnie – każda z klauzul derogacyjnych zezwala państwom członkowskim na podjęcie działań niezgodnych z TFUE jedynie w granicach w niej określonych⁷⁴. Powyższe wymaga zatem każdorazowego i szczegółowego rozważenia podstawy do zastosowania art. 346 TFUE w ramach konkretnej sytuacji (*ang. case-by-case assessment*). Innymi słowy, za niedopuszczalne co do zasady należy uznać działanie prawodawców krajowych, które z góry zakłada potrzebę stosowania ww. przepisu do kategorii spraw określonych w sposób generalny i abstrakcyjny. Automatyzm oznacza bowiem, że organ stosujący prawo nie dokonał analizy podejmowanych przez siebie środków z punktu widzenia wyjątkowości oraz proporcjonalności.

2.4 Artykuł 346 ust. 1 lit. b TFUE

Powyższe ogólne rozważania należy odnieść do istotnej z punktu widzenia polskiej ustawy offsetowej treści art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Jednostką redakcyjną TFUE wskazaną przez polskiego ustawodawcę jest bowiem wyłącznie litera b ustępu

⁷³ Wyrok Trybunału z dnia 15 maja 1986 r., C-222/84..., ust. 26; Wyrok Trybunału z dnia 26 października 1999 r., C-273/97, *Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence*, ECLI:EU:C:1999:523, ust. 22, 26, 31.

⁷⁴ W. Sadowski, *Traktat...*, art. 346.

pierwszego, a nie cały artykuł 346 TFUE. Przesłanką stosowania offsetu nie jest zatem określony w lit. a przypadek polegający na zwolnieniu państwa członkowskiego z obowiązku udzielania informacji, których ujawnienie uznaje się za sprzeczne z podstawowymi interesami jego bezpieczeństwa. Artykuł 346 ust. 1 lit. b TFUE wywołuje przy tym najistotniejsze skutki w zakresie wspólnej polityki handlowej (wvóz i wywóz towarów objętych wyłączeniem), prawa konkurencji, pomocy publicznej oraz prawa zamówień publicznych⁷⁵. Odnośnie szczegółowych zasad interpretacji tego przepisu warto posłużyć się Komunikatem Wyjaśniającym (296 TWE)⁷⁶, który co prawda został wydany w okresie obowiązywania Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską, niemniej jednak Komunikat ten należy uznać za wciąż aktualny, wobec niezmienionej treści art. 296 TWE w stosunku do brzmienia art. 346 TFUE. Komunikat wskazuje, iż zakres zastosowania opisywanej klauzuli derogacyjnej jest ograniczony koncepcją „podstawowych interesów bezpieczeństwa” oraz listą wyposażenia wojskowego, o której mowa w ust. 2 tego artykułu. Przy tym ewentualne wymagania poufności w związku z procesem udzielania zamówień publicznych na sprzęt wojskowy są objęte art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, a nie przepisem bezpośrednio odnoszącym się do ochrony informacji, tj. art. 346 ust. 1 lit. a TFUE. Przyjąć zatem należy, iż przepis art. 346 ust. 1 lit. b TFUE upoważnia państwa członkowskie do podejmowania środków odnoszących się do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, jakie uważają za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Jak wynika z powyższego, istnieją dwie kluczowe przesłanki umożliwiające powoływanie się na ten przepis, tj. musi to być określona kategoria produktów oraz musi to być uzasadnienie podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa. Należy jednak pamiętać, iż przy omawianiu tych szczegółowych przesłanek stosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, opisane wyżej ogólne zasady dotyczące art. 346 TFUE cały czas znajdują zastosowanie.

⁷⁵ Ibidem.

⁷⁶ Komunikat wyjaśniający..., pkt 1.

2.5 *Pojęcie produktu o przeznaczeniu wojskowym*

Artykuł 346 ust. 2 TFUE określa listę produktów, do których ma zastosowanie regulacja przewidziana w ustępie 1 lit. b tego artykułu. Znaczenie listy wskazanej w tym przepisie budzi poważne wątpliwości. Pytaniem w szczególności pozostaje, czy art. 346 ust. 1 lit. b TFUE może dotyczyć wyłącznie produktów wymienionych na liście przyjętej dnia 15 kwietnia 1958 r. przez Radę. Posługując się wskazanym powyżej Komunikatem Wyjaśniającym (296 TWE)⁷⁷, art. 296 ust. 1 lit. b TWE 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. w drodze decyzji Rady nr 255/58⁷⁸. Według Trybunału jest rzeczą jasną, że art. 296 ust. 1 lit. b TWE czytany w związku z art. 296 ust. 2 TWE, w założeniu nie ma zastosowania do środków podejmowanych w związku z produktami innymi niż produkty wojskowe wskazane na ww. liście⁷⁹. Jednocześnie jednak interpretacja art. 296 ust. 1 lit. b TWE musi uwzględniać zmienność technologii i polityki w zakresie zamówień publicznych. Jeżeli chodzi o technologię, lista z 1958 r. wydaje się być na tyle ogólna, że może ona obejmować bieżące jak i przyszłe zmiany. Podobnie art. 296 ust. 1 lit. b TWE może również obejmować zamówienia publiczne na usługi i roboty bezpośrednio związane z towarami znajdującymi się na liście, a także nowoczesne, ukierunkowane na nowe możliwości metody dokonywania zakupów, o ile spełnione zostaną pozostałe warunki zastosowania art. 296 TWE. Co jednak istotne, lista z 1958 r. obejmuje wyłącznie wyposażenie o charakterze i przeznaczeniu wojskowym.

W skład listy wchodzi następujące kategorie sprzętu: broń ręczna i automatyczna, broń artyleryjska, broń dymna, gazowa, miotacze ognia; amunicja do tych rodzajów broni; bomby, torpedy, rakiety oraz pociski naprowadzające; wojskowy sprzęt kierowania ogniem; czołgi oraz specjalistyczne pojazdy bojowe;

⁷⁷ Komunikat wyjaśniający..., pkt. 2.

⁷⁸ Wyciąg z decyzji Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958, <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14538-2008-REV-4/pl/pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

⁷⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01..., ust. 61.

środki trujące i radioaktywne; prochy, środki wybuchowe oraz płynne lub stałe materiały miotające, okręty wojenne wraz z odnośnym sprzętem specjalistycznym; samoloty i sprzęt do celów wojskowych; wojskowy sprzęt elektroniczny; aparaty fotograficzne i sprzęt specjalnie zaprojektowany do celów wojskowych; inny sprzęt do celów wojskowych jak m.in. spadochrony, sprzęt do przekraczania cieków wodnych i elektronicznie wspomagane reflektory; specjalistyczne części i urządzenia o charakterze wojskowym dotyczące ww. materiałów oraz sprzęt zaprojektowany wyłącznie w celu analizowania, wytwarzania, testowania i kontroli ww. elementów listy.

Charakter produktów znajdujących się w wykazie z 1958 r. oraz wyraźne odniesienie w art. 346 TFUE do produktów przeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych potwierdzają, że zwolnienie z przepisów unijnych na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b TFUE dotyczyć może wyłącznie zamówień publicznych odnoszących się do wyposażenia, które zostało zaprojektowane, opracowane i wyprodukowane specjalnie do celów wojskowych⁸⁰. Natomiast zamówienia publiczne do celów związanych z bezpieczeństwem niewojskowym są wyłączone z zakresu zastosowania tej klauzuli generalnej.

Rodzaje produktów zawarte w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r., do którego w sposób wyraźny odsyła traktat, są zasadniczo objęte możliwością zastosowania odstępstwa przewidzianego w ww. klauzuli derogacyjnej. Wskazuje się przy tym jednak, iż środki, do podjęcia których państwa członkowskie są uprawnione, nie mogą negatywnie wpływać na warunki konkurencji na wspólnym rynku w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. W konsekwencji należy po pierwsze przypomnieć, że instytucja zamawiająca nie może powołać się na art. 346 ust. 1 lit. b TFUE dla uzasadnienia stosowania środka stanowiącego odstępstwo przy nabyciu sprzętu, który niewątpliwie jest przeznaczony do celów cywilnych i ewentualnie może być przeznaczony również do celów wojskowych⁸¹. Po drugie, nawet gdyby dany produkt był objęty zakresem jednej z kategorii sprzętu ujętego w wykazie Rady z dnia 15 kwietnia 1958 r. –

⁸⁰ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01..., ust. 59 i 61.

⁸¹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05..., ust. 48 i 49.

wówczas gdy istnieją dla niego zasadniczo podobne zastosowania techniczne w sektorze cywilnym – może on zostać uznany za przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych jedynie wtedy, gdy owo przeznaczenie nie zostało mu przypisane wyłącznie przez instytucję zamawiającą, lecz również wynika ono z cech właściwych dla sprzętu zaprojektowanego, opracowanego i wyprodukowanego konkretnie do tych celów. Produkty wskazane w tych punktach powinny mieć obiektywnie charakter wyłącznie wojskowy. W przypadku sprzętów, których odpowiedniki są stosowne także dla celów cywilnych, uznano, że możliwość powoływania się na wyłączenie traktatowe istnieje jedynie wówczas, gdy sprzęt ten, ze względu na właściwe mu cechy – w tym skutek istotnych modyfikacji – może zostać uznany za zaprojektowany i opracowany wyłącznie do tego rodzaju celów, co podlega ocenie sądu krajowego⁸². Analizując powyższą tezę należy zwrócić szczególną uwagę na Opinię Rzecznika Generalnego, która w sposób szczegółowy podejmuje opisywaną problematykę⁸³. Rzecznik przedstawił w swojej opinii kryteria stosowania art. 296 ust. 1 lit. b TWE, które należy odnieść bezpośrednio do obecnie obowiązującego art. 346 TFUE. Zgodnie z tą opinią, pierwsza część zdania art. 296 ust. 1 lit. b TWE znajduje zastosowanie do broni, amunicji i materiałów wojennych (produkty wojskowe). Wydając wykaz z 1958 r. Rada ustanowiła kategorie przedmiotów, które należy konkretnie za takie uważać. Przedmiotowy zakres zastosowania art. 296 ust. 1 lit. b TWE został zatem wyczerpująco uregulowany w wykazie z 1958 r., do którego wyraźnie odnosi się art. 296 ust. 2 WE. Przepisy wprowadzające odstępstwo w art. 296 ust. 1 lit. b TWE nie powinny znajdować zastosowania do transakcji dotyczących produktów innych niż produkty wojskowe wymienione w wykazie z 1958 r. Niezbędne dla skorzystania z klauzuli derogacyjnej jest zatem w pierwszej kolejności, aby produkty mogły być zaklasyfikowane do jednej z kategorii przedmiotów wymienionych w wykazie z 1958 r. Sam jednak fakt, że produkt może zostać zaklasyfikowany do którejś z kategorii przedmiotów w rozumieniu wykazu z 1958 r., nie upoważnia jeszcze do wprowadzenia odstępstwa od unijnych przepisów. Wymienienie określonego przedmiotu w wykazie

⁸² Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 7 czerwca 2012 r., C-615/10, *Insinööritoimisto InsTiimi Oy v. Puolustusvoimat*, CURIA, ust. 35-46.

⁸³ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 19 stycznia 2012 r., ECLI:EU:C:2012:26, ust. 40-66.

z 1958 r. jest wprawdzie niezbędnym, jednak niewystarczającym warunkiem powołania się na tę klauzulę derogacyjną. Dany przedmiot musi być ponadto przeznaczony wyłącznie do celów wojskowych. Wynika to *a contrario* z drugiej części zdania w tym przepisie, w której jest mowa o produktach nieprzeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych. O tym, czy produkt przeznaczony jest do celów wojskowych, nie decyduje wyłącznie fakt, że nabywcą są siły zbrojne państwa członkowskiego albo że inna instytucja publiczna nabywa te produkty dla sił zbrojnych. Nie wystarczy również, aby towar był zdalny do używania w wojsku. Trybunał orzekł w podobnym tonie twierdząc, że helikoptery nabywane zgodnie z wieloletnią praktyką przez państwo włoskie bez przeprowadzania przetargu nie były objęte art. 296 ust. 1 lit. b TWE, ponieważ zostały one skonstruowane do celów cywilnych oraz mogły służyć celom wojskowym jedynie ewentualnie⁸⁴. Zastosowanie art. 296 ust. 1 lit. b TWE wymaga produktu, który posiada szczególne wojskowe przeznaczenie, zarówno w sensie subiektywnym, jak i obiektywnym. Dany przedmiot musi mieć szczególne wojskowe przeznaczenie nie tylko zgodnie z jego konkretnym zastosowaniem zdefiniowanym przez instytucję zamawiającą (a więc subiektywnie), lecz także zgodnie ze swoją koncepcją i właściwościami (a zatem obiektywnie). W przypadku niektórych produktów to szczególne wojskowe przeznaczenie może być oczywiste. Można tu wymienić chociażby figurujące w wykazie z 1958 r.: broń przeciwpancerną, bomby i okręty wojenne. Zostały one skonstruowane jako urządzenia typowo wojskowe (obiektywne przeznaczenie) oraz nabywane są przez instytucję zamawiającą wyłącznie do celów wojskowych (subiektywne przeznaczenie). W przypadku innych towarów (jak na przykład wymienione w wykazie pojazdy, samoloty, materiały wybuchowe, amunicja i dalmierze) szczególne wojskowe przeznaczenie należy konkretnie wykazać, ponieważ możliwe jest także ich wykorzystanie cywilne. Dodatkowo przedmioty, które wprawdzie zostały zaprojektowane do celów cywilnych, później jednak zostały zaadaptowane do celów wojskowych, nie powinny zgodnie z wolą prawodawcy unijnego być wyłączone z zakresu zastosowania unijnych procedur udzielania zamówień publicznych. Jeśli doszło do tak istotnych zmian sprzętu, że nabył on szczególnego wojskowego charakteru (nie tylko w znaczeniu subiektywnym,

⁸⁴ Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 2 października 2008 r., C-157/06, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:2008:530, ust. 25-28.

ale i obiektywnym), wówczas, i tylko w takim przypadku, instytucja zamawiająca może go zaklasyfikować jako towar wojskowy w rozumieniu drugiej części zadania art. 296 ust. 1 lit. b TWE. Jeśli natomiast sprzęt nie różni się w istotny sposób od tych, które zwykle używane są w sektorze cywilnym, to wówczas nie będzie on miał szczególnego wojskowego przeznaczenia w obiektywnym znaczeniu, nawet jeśli instytucja zamawiająca przewidziała i nabyła go do szczególnych celów wojskowych. Przedmiot, który wedle wskazań instytucji zamawiającej ma zostać użyty wyłącznie do celów wojskowych, nie różni się jednak obiektywnie w istotny sposób od przedmiotów mających równorzędne zastosowania użytkowe na rynku cywilnym, nie może podlegać wyłączeniu z art. 296 ust. 1 lit. b TWE. Podsumowując należy zatem podkreślić, że produkty podwójnego zastosowania są objęte wspólną polityką handlową⁸⁵. Przy czym brak obecności danego przedmiotu na liście z ust. 2 pociąga za sobą konieczność udzielenia negatywnej odpowiedzi na pytanie, czy możliwe jest do niego zastosowanie wyłączenia z art. 296 ust. 1 lit. b TWE. Z kolei wymienienie danego przedmiotu na liście pozwala dalej badać, czy ma on charakter wyłącznie wojskowy (przykład: samolot). Samo wymienienie danego przedmiotu nie pozwala bowiem automatycznie stosować wyłączenia⁸⁶.

Ponadto dla spełnienia wymagań stawianych przez art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, przyjmuje się, że podejmowane działania nie powinny pogarszać warunków konkurencji na rynku wewnętrznym w zakresie produktów nieprzeznaczonych wyłącznie do celów wojskowych. Jako przykład podaje się w tym zakresie zakaz nabywania sprzętu wojskowego po wygórowanej cenie od przedsiębiorstwa, którego przedmiot działalności obejmuje również produkcję o przeznaczeniu cywilnym. Sprzedający mógłby bowiem przeznaczyć zysk wynikający z różnicy pomiędzy ceną otrzymaną a wartością rynkową towaru dla potrzeb produkcji o przeznaczeniu cywilnym⁸⁷. Takie przypadki mogą być kwalifikowane jako pomoc publiczna, wykraczająca poza ramy zwolnienia określonego w art. 346 TFUE i w konsekwencji,

⁸⁵ Wyrok Trybunału z dnia 17 października 1995 r., C-83/94, eter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf oraz Otto Holzer, ECLI:EU:C:1995:329, ust. 11.

⁸⁶ M. Trybus, *Glosa do wyroków TS: z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05 i z dnia 2 października 2008 r., C-157/06*, LEX.

⁸⁷ W. Sadowski, *Traktat...*, art. 346.

może ona podlegać obowiązkowi zwrotu wobec stwierdzenia jej nieważności⁸⁸. W odniesieniu jednak do warunków konkurencji na rynku wewnętrznym związanym wyłącznie z produktami przeznaczonymi do celów wojskowych nie ma natomiast znaczenia, czy środki podejmowane przez państwo członkowskie mogą negatywnie wpłynąć na konkurencję na rynku wewnętrznym⁸⁹. Czyni to bezzasadnym ewentualny zarzut, iż pomoc publiczna udzielona przez państwo członkowskie w tym zakresie nie może być objęta zakresem zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, gdyż przedsiębiorca korzystający z pomocy publicznej uczestniczy w międzynarodowym obrocie materiałami zbrojeniowymi i uczestniczy w przetargach organizowanych w innych państwach⁹⁰.

2.6 Pojęcie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa

W przypadku stwierdzenia wyłącznie wojskowego przeznaczenia produktu, w dalszej kolejności niezbędne jest wykazanie, że konieczność skorzystania ze środka przewidzianego w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE wynika z potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Jak wskazano już, artykuły wojskowe znajdujące się na liście z 1958 r. nie są automatycznie zwolnione z przepisów rynku wewnętrznego, nawet w przypadku gdy mają one wyłącznie wojskowe przeznaczenie. Orzecznictwo unijne stanęło kilkakrotnie na stanowisku, że omawiana klauzula derogacyjna nie wprowadza automatycznego zwolnienia w dziedzinie obronności⁹¹. Tym samym, elementy znajdujące się na ww. liście mogą obecnie zostać zwolnione tylko pod warunkiem, że spełnione zostaną także inne warunki zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W tym zakresie kluczowe znaczenie ma stwierdzenie, że państwa członkowskie mogą podejmować środki, które uznają za konieczne w celu ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa. Uznaje się, że postanowienie

⁸⁸ Ibidem.

⁸⁹ Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01..., ust. 38.

⁹⁰ W. Sadowski, *Traktat...*, art. 346.

⁹¹ Wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2000 r., C-285/98, Tanja Kreil v. Republika Federalna Niemiec, ECLI:EU:C:2000:2, ust. 16; Wyrok Trybunału z dnia 11 marca 2003 r., C-186/01, Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2003:146, ust. 30-31.

to zapewnia państwom członkowskim szeroką swobodę decydowania o sposobie ochrony podstawowych interesów swojego bezpieczeństwa⁹². 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 tej klauzuli. Ponadto art. 346 TFUE nie odnosi się do ogólnej ochrony interesów bezpieczeństwa, ale do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Sformułowanie to podkreśla wyjątkowy charakter zwolnienia. Zastosowanie terminu „podstawowe” świadczy o woli ograniczenia możliwości zwolnienia wyłącznie w odniesieniu do zamówień publicznych o najwyższym znaczeniu dla możliwości wojskowych państw członkowskich⁹³. Określenie swoich podstawowych interesów 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 swobody⁹⁴. W zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności, jedynym sposobem na pogodzenie przez państwa członkowskie swoich prerogatyw w dziedzinie bezpieczeństwa z obowiązkami nałożonymi przez prawo unijne jest dokonywanie w przypadku każdego zamówienia publicznego starannej oceny zasadności zwolnienia z przepisów wspólnotowych. Taka indywidualna ocena każdego przypadku musi być szczególnie rygorystyczna w sytuacjach, w których zastosowanie zwolnienia może być przedmiotem kontrowersji. Zgodnie z Komunikatem Wyjaśniającym (art. 296 TWE), 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

⁹² Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01..., ust. 58.

⁹³ Komunikat wyjaśniający..., pkt. 4.

⁹⁴ Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97..., ust. 22.

konkretnym przypadku konieczne dla ochrony tego podstawowego interesu bezpieczeństwa⁹⁵.

Warto w tym miejscu wskazać na orzecznictwo unijne dotyczące zastosowania wyłączeń podatkowych w związku z zamówieniami z dziedziny obronności. Judykatura przyjmuje, że zwolnienie broni, amunicji i materiałów wojennych z podatku VAT nie mieści się w zakresie zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, gdyż nie zachodzi związek pomiędzy zwolnieniem podatkowym a ochroną podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego⁹⁶. Podobne rozstrzygnięcia zapadły w sprawach dotyczących postępowań ze skargi o naruszenie TFUE wszczętych przez Komisję przeciwko Republice Finlandii⁹⁷, Królestwu Szwecji⁹⁸, Republice Federalnej Niemiec⁹⁹, Republice Włoskiej¹⁰⁰, Republice Greckiej¹⁰¹, Królestwu Danii¹⁰² i Republice Portugalii¹⁰³. Wszystkie te sprawy dotyczyły zwolnienia od opłat celnych materiałów wojennych wwożonych na terytorium państw członkowskich. Przyjęto, iż państwo członkowskie nie może zwolnić od cła towarów o przeznaczeniu wojskowym, gdyż pobór cła nie narusza istotnych interesów bezpieczeństwa państwa członkowskiego. Zwolnienie z obowiązku ponoszenia opłat celnych ma wymiar ekonomiczny. Obecnie nie budzi wątpliwości, że brak jest możliwości powoływania się

⁹⁵ Komunikat wyjaśniający..., pkt. 5.

⁹⁶ Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97...

⁹⁷ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-284/05...

⁹⁸ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-294/05, Komisja Europejska v. Królestwo Szwecji, CURIA.

⁹⁹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-372/05, Komisja Europejska v. Republika Federalna Niemiec, CURIA.

¹⁰⁰ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-387/05, Komisja Europejska v. Republika Włoska, CURIA; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-239/06, Komisja Europejska v. Republika Włoska, CURIA.

¹⁰¹ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-409/05, Komisja Europejska v. Republika Grecka, CURIA.

¹⁰² Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-461/05, Komisja Europejska v. Królestwo Danii, CURIA.

¹⁰³ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 marca 2010 r., C-38/06, Komisja Europejska v. Republika Portugalii, CURIA.

na cele o charakterze czysto gospodarczym, aby uzasadnić ograniczanie swobód unijnych¹⁰⁴.

Przyjmuje się zatem słusznie, że umowy offsetowe nie dotyczą dziedziny wojskowości, które nie służą szczególnym interesom bezpieczeństwa, a tylko ogólnym interesom gospodarczym, nie mogą być objęte wyłączeniem z art. 346 TFUE, nawet jeżeli są związane z zamówieniem publicznym w dziedzinie obronności, które podlega zwolnieniu na mocy tego artykułu¹⁰⁵.

2.7 Rozkład ciężaru dowodu

Jak orzekł Trybunał, samo powołanie się państwa członkowskiego na jego interesy bezpieczeństwa nie uzasadnia jeszcze odstępstwa od prawa Unii¹⁰⁶. Przyjęto, iż państwu członkowskiemu należy przyznać szeroki zakres uznania w odniesieniu do definicji jego interesów bezpieczeństwa, co wynika chociażby z użycia sformułowania „jakie uważa za konieczne” w treści art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. To jednak na organach państwa stosującego klauzulę derogacyjną z art. 346 TFUE ciąży obowiązek wykazania, że przesłanki tego przepisu są spełnione¹⁰⁷. Obecnie powszechnie uznaje się, iż to instytucja zamawiająca obowiązana jest wykazać, że odstępstwo od unijnych procedur udzielania zamówień publicznych było dla ochrony

¹⁰⁴ Wyrok Trybunału z dnia 11 grudnia 2003 r., C-322/01, *Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV* oraz *Jacques Waterval*, ECLI:EU:C:2003:664, ust. 122.

¹⁰⁵ W. Sadowski, *Traktat...*, art. 346.

¹⁰⁶ Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-284/05..., ust. 47; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-294/05..., ust. 45; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-372/05..., ust. 70; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-387/05..., ust. 47; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-409/05..., ust. 52; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-461/05..., ust. 53; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 marca 2010 r., C-38/06..., ust. 64.

¹⁰⁷ Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97..., ust. 22 i 24; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-284/05..., ust. 49; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-294/05..., ust. 47; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-372/05..., ust. 72; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-387/05..., ust. 49; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-409/05..., ust. 54; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-461/05..., ust. 55; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 marca 2010 r., C-38/06..., ust. 66.

podstawowych interesów bezpieczeństwa niezbędne oraz proporcjonalne¹⁰⁸. To państwo członkowskie, które powołuje się na art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, powinno udowodnić konieczność zastosowania wyjątku przewidzianego w tym przepisie w celu ochrony istotnych interesów swojego bezpieczeństwa¹⁰⁹. Do zadań Komisji nie należy bowiem 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 spod prawa unijnego 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 wielokrotnie stwierdzał, że państwa członkowskie mają obowiązek współpracy w dobrej wierze we wszelkich postępowaniach wyjaśniających wszczętych przez Komisję oraz dostarczania Komisji wszystkich informacji żądanych przez nią w tym zakresie¹¹⁰. Dotyczy to wszelkich postępowań prowadzonych przez Komisję w tym również ewentualnej weryfikacji zasadności zastosowania art. 346 TFUE 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 obronnej zagroziłoby podstawowym interesom jego bezpieczeństwa. Nie wystarczą w tym kontekście ogólne nawiązania do sytuacji geograficznej i politycznej, historii i zobowiązań sojuszniczych. Jeżeli środki podjęte na mocy art. 346 TFUE 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 swoje

¹⁰⁸ Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott..., ust. 40-66.

¹⁰⁹ Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 4 września 2014 r., C-474/12, Schiebel Aircraft GmbH v. Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, CURIA, ust. 33 i 34.

¹¹⁰ Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 13 lipca 2004 r., C-82/03, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republice Włoskiej, CURIA, ust. 15.

prawa. W takim przypadku ciężar dowodu w sprawie zasadności zwolnienia leży po stronie państw członkowskich¹¹¹.

Zasada, zgodnie z którą ciężar dowodu spoczywa na państwach stosujących traktatowe klauzule derogacyjne, wiąże się ściśle z opisaną wcześniej zasadą proporcjonalności. Orzecznictwo Trybunału wskazuje bowiem, że państwo członkowskie powołujące się na art. 346 TFUE powinno udowodnić, że podjęte przez nie działania nie wykraczają poza niezbędne granice¹¹². Brzmienie sformułowania „konieczne w celu ochrony” dowodzi również, że swoboda ta nie jest nieograniczona. Samo istnienie art. 348 TFUE, który określa specjalną procedurę, jaką należy zastosować w przypadku niewłaściwego zastosowania art. 346 TFUE, dowodzi, że państwa członkowskie nie mają całkowitej swobody w podejmowaniu decyzji o zwolnieniu danego zamówienia publicznego z przepisów rynku wewnętrznego. Wręcz przeciwnie, uznaje się, że to państwo członkowskie, które zamierza skorzystać z klauzuli derogacyjnej, musi wykazać, że zastosowany środek nie wykracza poza przyjęte granice, jak również że środek ten jest niezbędny w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa¹¹³.

3. Przesłanki stosowania offsetu według prawa unijnego

Powyżej została przedstawiona ogólna charakterystyka stosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W dalszej kolejności należy zatem wskazać na zasady dopuszczalności powoływania się na ww. klauzulę derogacyjną w stosunku do praktyk offsetowych stosowanych przez państwa członkowskie UE. Odnalezienie wytycznych co do możliwości stosowania offsetu w zgodzie z prawem unijnym – pomimo jego zasadniczej sprzeczności z zasadami wspólnego rynku – wymaga posłużenia się tzw. miękkim prawem unijnym. Jak wskazano już, pierwotne prawo unijne nie reguluje bezpośrednio problematyki offsetowej. Z kolei stosunek prawa pochodnego do przedmiotowej kwestii został już przedstawiony na wstępie tego rozdziału. Wobec sprzeczności praktyk offsetowych z pierwotnym prawem unijnym,

¹¹¹ Komunikat wyjaśniający..., pkt. 6.

¹¹² Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97..., ust. 22; Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05..., ust. 44.

¹¹³ Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97..., ust. 22.

istnieje zasadniczy problem z możliwością regulowania tej problematyki przez prawo wtórne. Prawo pierwotne wyznacza bowiem prawu wtórnemu granice, w ramach których może się ono poruszać. Prawo pochodne jest tworzone na podstawie prawa pierwotnego. Przytaczane już w poprzedniej części rozdziału orzecznictwo unijne również w niewielkim stopniu odnosi się bezpośrednio do problematyki offsetu, skupiając się w ogólny sposób na dopuszczalności stosowania środków objętych art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Ze wskazanych wyżej przyczyn instytucje unijne wydają prawnie niewiążące akty, w postaci m.in. wytycznych czy komunikatów, w celu zrekonstruowania norm odnoszących się do problematyki offsetu. Przeważnie na gruncie tych aktów dochodzi do wyjaśnienia sposobu rozumienia konkretnych problemów związanych ze stosowaniem praktyk offsetowych. Jednym z celów Komisji jest ograniczenie stosowania praktyk offsetowych poprzez zapobieganie nadużywaniu traktatowych klauzul derogacyjnych. Wyjaśnianie zatem przesłanek dopuszczalności stosowania offsetu jest sposobem zapewnienia należytego rozumienia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE przez jego adresatów. W zakresie stosowania offsetu nie budzi wątpliwości, iż wymagania offsetowe jako środki będące w sprzeczności z pierwotnym prawem unijnym mogą być uzasadnione wyłącznie na podstawie klauzuli derogacyjnej wynikającej z traktatu. Wytyczne wskazują, że w zakresie zamówień z dziedziny bezpieczeństwa i obronności kluczowe znaczenie ma art. 346 TFUE (Wytyczne nb 20). Zatem przy rekonstrukcji przesłanek zgodnego z prawem stosowania offsetu zasadnicze znaczenie mają te, które odnoszą się do wskazanych wyżej warunków korzystania z klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE.

Zbierając informacje przedstawione w poprzedniej części tego rozdziału i odnosząc je do problematyki offsetu, należy wskazać, że zgodnie z prawem unijnym trzeba w pierwszej kolejności zweryfikować, czy offset będzie związany z produkcją lub handlem bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. W tym celu należy sprawdzić, czy zastosowanie offsetu będzie związane z przedmiotem umieszczonym na liście, o której mowa w art. 346 ust. 2 TFUE. W przypadku pozytywnej odpowiedzi na to pytanie, należy następnie zweryfikować, czy przedmioty te mają obiektywnie i subiektywnie wojskowe przeznaczenie. Zastosowanie offsetu nie może negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. W tym miejscu należy wskazać, że prawidłowe odczytanie klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE

w istocie wyklucza możliwość stosowania offsetu o charakterze niewojskowym. Powszechnie wskazuje się, że pośredni offset nie dotyczący sfery wojskowości, który nie służy zatem szczególnym interesom bezpieczeństwa, a tylko ogólnym interesom gospodarczym, nie jest objęty tą klauzulą derogacyjną. Powyższa teza jest aktualna, nawet jeżeli zamówienia publiczne są związane z dziedziną obronności, która podlega zwolnieniu na mocy tego artykułu¹¹⁴. Oznacza to zatem, że samo należyte uzasadnienie potrzeby zastosowania klauzuli z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE do zamówienia publicznego nie pociąga za sobą automatycznie zasadności skorzystania z offsetu.

Stosowanie praktyk offsetowych musi być w tak opisanych warunkach konieczne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa stosującego. Zasadniczą regułą, o której należy pamiętać wykładając tę przesłankę, jest to, iż uzasadnienie stosowania ograniczeń swobód traktatowych nie może mieć charakteru ekonomicznego (Wytyczne nb 3). Niedopuszczalne jest zatem uzasadnianie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa takimi okolicznościami, jak chęć ochrony miejsc pracy, zmniejszenia bezrobocia lub zwiększania dochodów spółek zbrojeniowych. Niedopuszczalne jest stosowanie offsetu ze względów ekonomicznych, takich jak chęć zapewnienia zatrudnienia lub chęć uzyskania zwrotu inwestycji (Wytyczne nb 22). Podobnie uznaje się, iż co do zasady produkcja broni z przeznaczeniem na eksport nie należy do podstawowych interesów w zakresie bezpieczeństwa państwa¹¹⁵. Uzasadnieniem takiego rozwiązania nie jest bowiem ochrona podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, lecz wyłącznie interes gospodarczy podmiotu zajmującego się sferą obronną.

Sposób rozumienia tej klauzuli generalnej łączy się także ze wskazanymi wcześniej regułami interpretacyjnymi. Chodzi tutaj zatem o wyjątkowość stosowania tego środka, który musi mieć charakter proporcjonalny, czego konsekwencją jest zakaz stosowania automatyzmu w procedurze dokonywania oceny potrzeby zastosowania offsetu. W momencie gdy pojawi się zawahanie, czy ten środek należy w danej sytuacji stosować, czy jest dopuszczalny, czy też nie, należy wstrzymać się od stosowania offsetu. Proporcjonalność oznacza tyle, że offset należy stosować wyłącznie,

¹¹⁴ Komunikat wyjaśniający..., pkt. 4.

¹¹⁵ Luke R. A. Butler, *Transatlantic...*, s. 91.

gdy nie można osiągnąć zamierzonego celu, którym jest ochrona określonego podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa, za pomocą innych środków, które są mniej dotkliwe dla rynku wewnętrznego. Jeżeli ten sam efekt można osiągnąć bez naruszania reguł rynku wewnętrznego, wówczas należy się na ten mniej inwazyjny środek zdecydować. Uznaje się bowiem, że klauzula derogacyjna nie może być stosowana w sposób dowolny przez państwa członkowskie, może ona bowiem dotyczyć wyłącznie wyjątkowych i ściśle określonych przypadków, a stosowane środki nie mogą przekraczać niezbędnego minimum do osiągnięcia zamierzonego celu (Wytyczne nb 3). Ograniczenie możliwości stosowania derogacji z art. 346 TFUE wyłącznie do sytuacji wyjątkowych oraz ściśle określonych przypadków, jak również zakaz wykroczenia przy stosowaniu tych środków poza niezbędne minimum wynika z orzecznictwa sądów europejskich, które zostało przytoczone we wcześniejszej części tego rozdziału. Jak w przypadku wszystkich innych wyłączeń od stosowania fundamentalnych dla rynku wewnętrznego swobód, muszą one być interpretowane ściśle (Wytyczne nb 21). Konsekwencją zakazu stosowania automatyzmu jest niedopuszczalność krajowych regulacji wymuszających stosowanie offsetu do z góry określonych kategorii zamówień. Tym samym, prawodawstwo określające obowiązek zastosowania offsetu dla wszystkich lub określonych kategorii zamówień związanych z obronnością (przykładowo określając progową wartość zamówienia), stanowi naruszenie przepisów prawa unijnego (Wytyczne nb 4 i 26). Jednocześnie każde państwo członkowskie zamierzające stosować art. 346 TFUE musi być przygotowane do wskazania, że zastosowanie konkretnych środków jest niezbędne w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Dlatego też niezbędne jest wykazanie, że osiągnięcie tych samych celów przy zastosowaniu łagodniejszych środków nie jest możliwe. Nie ma przy tym znaczenia, czy stosowane środki są określane terminem offset, czy też nie (Wytyczne nb 21). Wyłączenie stosowania dyrektywy obronnej nie oznacza automatycznie, że możliwe jest żądanie offsetu. Stosowanie offsetu jest bowiem dodatkowym środkiem oddziałującym na handel wewnątrz unijny i w związku z tym musi być uzasadniony osobno (Wytyczne nb 23).

4. Zmiana modelu offsetu w Polsce pod wpływem prawa unijnego

Wobec stanowiska instytucji unijnych, prawodawcy państw unijnych musieli dokonać zmian w zakresie stosowanych przez siebie praktyk offsetowych. Także polski ustawodawca uchwalił nową ustawę offsetową. Dawna oraz obecna ustawa offsetowa wydają się na pierwszy rzut oka podobne, tym niemniej w wyniku bliższej analizy tych aktów prawnych należy stwierdzić, że model offsetu w Polsce przeszedł głęboką zmianę. W pierwszym rozdziale została krótko przedstawiona charakterystyka modelu offsetu obowiązującego na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Poniżej zostaną przedstawione zmiany wprowadzone na mocy nowej ustawy offsetowej.

Pierwszą zmianą, którą można zauważyć analizując treść ustawy offsetowej, jest eliminacja przejawów automatyzmu obowiązującego w dawnym modelu offsetu. Doszło więc przede wszystkim do likwidacji progu wartości umowy dostawy, który zobowiązywał do zawarcia umowy offsetowej oraz przepisu decydującego o wartości umowy offsetowej. Obie te regulacje w najbardziej rażący sposób naruszały zakaz stosowania tzw. automatyzmu. Jak wskazano już w poprzednim rozdziale, dawna ustawa offsetowa nakładała obowiązek stosowania offsetu w przypadku gdy umowa dostawy dotyczyła określonego sprzętu wojskowego nabywanego za kwotę przewyższającą wartość 5.000.000 EUR. Ponadto ustawa wyznaczała wartość offsetu, który powinien być w zamian za to uzyskany. Konsekwentnie, doszło również do likwidacji mnożników offsetowych. Ponadto zlikwidowano także tzw. „listę potrzeb offsetowych”. Przyjęto bowiem, iż offset nie może pochodzić z odgórnie ustalonej listy, a ma wynikać z potrzeby realizacji konkretnego projektu (celu) związanego z bezpieczeństwem państwa, który wymaga w każdym przypadku indywidualnego uzasadnienia. Na gruncie obecnej ustawy offsetowej, na każdym etapie decyzyjnym, ustawodawca postanowił odwołać się do treści art. 346 ust. 1 lit. b TFUE lub do przesłanki potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Innymi słowy ustawodawca, dokonując zmiany modelu offsetu, oszedł od sztywnych wytycznych na rzecz każdorazowej analizy dopuszczalności stosowania klauzuli derogacyjnej z art. 346 TFUE. Niewątpliwie ta modelowa zmiana odpowiada wymaganiom prawa unijnego. Daleko posunięty automatyzm stosowania offsetu na gruncie dawnej ustawy offsetowej był niewątpliwie sprzeczny z zasadą wyjątkowego i proporcjonalnego stosowania offsetu. Ponadto położenie w dawnej ustawie offsetowej głównego nacisku na wartość zobowiązań offsetowych był także nie do pogodzenia

z zakazem uzasadniania potrzeby stosowania środków z art. 346 TFUE przyczynami ekonomicznymi.

Konsekwencją wyżej wskazanej zmiany – najistotniejszej z punktu widzenia zmiany modelu offsetu – jest przeniesienie inicjatywy offsetowej z zagranicznego dostawcy na Skarb Państwa. Jak wskazuje uzasadnienie projektu ustawy offsetowej, celem powyższych zmian miało być ukształtowanie sytuacji w taki sposób, że wyboru świadczeń realizowanych w ramach offsetu będą dokonywać przedstawiciele Skarbu Państwa RP, kierując się uzasadnionymi i konkretnymi potrzebami, a nie zagraniczny dostawca, który składa ofertę offsetową¹¹⁶. W kontekście powyższego stwierdzić należy, że doszło do zmiany podmiotu inicjującego negocjacje offsetowe poprzez zwiększenie znaczenia założeń do oferty offsetowej, których treść została sprecyzowana na gruncie nowej ustawy offsetowej w art. 8 ust. 3. Skoro państwo członkowskie musi uzasadnić w sposób szczegółowy potrzebę stosowania nie tylko offsetu w ogóle, ale też potrzebę realizacji konkretnych zobowiązań offsetowych, nie może ono oczekiwać na propozycje zagranicznego dostawcy, a następnie uznać, że te propozycje stanowią „szczególną potrzebę”. Kolejność zdarzeń musi być odwrotna, aby nie dochodziło do rażącego obejścia przepisów prawa UE. Powyższe reguły w pełni odpowiadają potrzebie szczegółowego rozpatrywania oraz uzasadniania każdego przypadku stosowania offsetu, a także obciążenia ciężarem dowodu w tym zakresie państwa stosującego offset.

Rezultatem wprowadzenia powyższych rozwiązań na gruncie ustawy offsetowej jest to, iż przy ustalaniu konkretnych zobowiązań offsetowych decydujące znaczenie ma obecnie uzasadnienie, na podstawie art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, potrzeby uzyskania konkretnych świadczeń od zagranicznego dostawcy, nie zaś osiągnięcie określonej wartości umowy offsetowej. Nie powinno się zatem poszukiwać uzasadnienia dla zaproponowanych już zobowiązań. Najpierw należy uzasadnić potrzebę, a następnie dostosowywać do niej zobowiązania offsetowe. W konsekwencji, obliczenie wartości zobowiązań offsetowych należy uznać za drugorzędne, jako że powinno ono nastąpić

¹¹⁶ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

dopiero po dokonaniu wyboru zobowiązań (m.in. w celu ustalenia wysokości kar umownych).

5. Podsumowanie

Mając na uwadze powyższe, należy stwierdzić, że stosowanie praktyk offsetowych, które ze swej istoty mają charakter dyskryminacyjny, stoi w bezpośredniej sprzeczności z zasadami swobód unijnych. Tym samym, aby możliwe było korzystanie z offsetu, państwa członkowskie muszą powołać się na klauzulę derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, która umożliwia stosowanie środków sprzecznych z pierwotnym prawem unijnym. Należyta interpretacja rygorów obostrzających korzystanie z tego artykułu ma zatem decydujące znaczenie dla wykładni polskich przepisów ustawy offsetowej. Powszechnie przyjmuje się, że w celu stosowania offsetu, niezbędne jest w pierwszej kolejności zweryfikowanie, czy offset ma dotyczyć przedmiotu umieszczonego na liście, o której mowa w art. 346 ust. 2 TFUE. W dalszej kolejności niezbędne jest zweryfikowanie, czy przedmiot ten ma wyłącznie wojskowe przeznaczenie. Stosowanie praktyk offsetowych musi być jednocześnie konieczne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa stosującego. W praktyce powyższe oznacza, iż zastosowanie offsetu nie może mieć uzasadnienia ekonomicznego. Powyższy tok należy uzupełnić regułami, zgodnie z którymi stosowanie art. 346 ust. 1 lit. b TFUE musi mieć charakter wyjątkowy oraz proporcjonalny, czego konsekwencją jest zakaz stosowania automatyzmu w procedurze dokonywania oceny potrzeby zastosowania offsetu. Wszelkie decyzje związane z zastosowaniem offsetu muszą być oparte na indywidualnej ocenie (ang. *case-by-case assessment*), która określa podstawowe interesy bezpieczeństwa oraz niezbędne środki do ich zabezpieczenia przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności tych środków. Jednocześnie państwo członkowskie musi być gotowe, aby wykazać przed instytucjami unijnymi zasadność skorzystania z klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, gdyż ciężar dowodu obciąża w tym zakresie państwo stosujące offset. Przy takim rozumieniu dopuszczalności stosowania offsetu polski ustawodawca zmuszony był odejść od dawnego modelu offsetu opartego na kompensacyjnym charakterze zobowiązań offsetowych, w ramach których przeważał automatyzm stosowania offsetu, a kluczowe znaczenie miała wartość świadczeń przekazywanych przez zagranicznego dostawcę.

Rozdział III Charakterystyka offsetu oraz przesłanki jego stosowania

W trzecim rozdziale pracy przedstawiono ogólną charakterystykę offsetu w prawie polskim. W tej części pracy przeprowadzono analizę pojęcia offsetu w rozumieniu ustawy offsetowej oraz przedstawiono wielopodmiotowy charakter stosunków cywilnoprawnych, które mogą powstać na gruncie tej ustawy. W rozdziale tym ukazano schematy opisujące konfiguracje zależności podmiotowych mogących wystąpić na podstawie przyjętego modelu umowy offsetowej. Ponadto opisano zależności występujące pomiędzy umową offsetową oraz innymi umowami, które są z nią powiązane. W końcowej części rozdziału wskazano, jakie przesłanki muszą zostać spełnione w prawie polskim, aby dopuszczalne było stosowanie offsetu, uwzględniając zarówno wymagania stawiane przez prawo unijne, jak i polskie ustawodawstwo. Rozdział ten wyznacza ramy dla dalszych analiz prowadzonych w pracy, które dotyczą skomplikowanej i wielopodmiotowej konstrukcji stosunków offsetowych. Tak jak poprzednie dwa rozdziały miały na celu umiejscowienie polskiej instytucji w jej międzynarodowym oraz historycznym kontekście, tak ten rozdział ma na celu przedstawienie ogólnej charakterystyki obecnego modelu offsetu występującego w polskim obrocie prawnym.

1. Charakterystyka offsetu

1.1 Definicja offsetu

Ustawa offsetowa zawiera w art. 2 pkt 14 definicję pojęcia offsetu. Zgodnie z tą definicją, przez offset należy rozumieć kooperację między Skarbem Państwa i offsetobiorcą a zagranicznym dostawcą konieczną do utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, polegającą w szczególności na przekazaniu technologii, *know-how* wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji w celu zapewnienia wymaganej przez Skarb Państwa niezależności od zagranicznego dostawcy. Definicja legalna offsetu jest zatem bardzo

rozbudowana, co jest zresztą typowe dla wielu definicji zawartych w ustawie offsetowej. Tytułem przykładu należy wskazać na definicję zobowiązania offsetowego, która została skonstruowana w bardzo podobny sposób (o czym szerzej w rozdziale piątym). Tak rozbudowana definicja niewątpliwie sprawia, że jej czytelność jest utrudniona. Definicja offsetu wskazuje, że jest on kooperacją, czyli innymi słowy współdziałaniem, współpracą¹¹⁷. W celu wyjaśnienia istoty tak rozumianej „kooperacji” należy wskazać, że owa współpraca ma występować pomiędzy Skarbem Państwa i offsetobiorcą a zagranicznym dostawcą. Taki sposób sformułowania odpowiada podziałowi podmiotów występujących w ramach stosunków offsetowych na podmioty uprawnione i podmioty zobowiązane. Do podmiotów uprawnionych zaliczamy zatem Skarb Państwa (stronę umowy offsetowej) i offsetobiorcę (beneficjenta świadczeń). Jako podmiot zobowiązany został wskazany zagraniczny dostawca, czyli strona umowy offsetowej. Pomijając w tym miejscu szczegółowe rozważania dotyczące podmiotów występujących w ramach procedury offsetowej (o czym szerzej w rozdziale czwartym), należy wskazać, że nie uwzględniono w tym miejscu offsetodawcy jako podmiotu kooperującego w ramach offsetu. Zagraniczny dostawca występuje bowiem na gruncie ustawy offsetowej jako strona umowy offsetowej. Offsetodawca jest z kolei podmiotem faktycznie realizującym umowę offsetową (niezależnie od tego, czy jest to zagraniczny dostawca czy też osoba trzecia). Przykładowo ustawa offsetowa wskazuje w art. 12 ust. 2 pkt 6, że listy intencyjne potwierdzające uzgodnienia w sprawie wykonania zobowiązań offsetowych powinny być podpisywane przez podmioty zaangażowane, tj. przez offsetodawcę i offsetobiorców. Wydaje się zatem, że offsetodawca został pominięty w definicji offsetu wyłącznie przez przeoczenie, trudno bowiem odnaleźć racjonalne uzasadnienie dla wyłączenia tego podmiotu z definicji offsetu, w przypadku gdy po stronie uprawnionej wyraźnie wskazano zarówno Skarb Państwa jak i offsetobiorcę. Można się wyłącznie domyślać, że powyższe ujęcie jest konsekwencją przyjętej definicji zobowiązania offsetowego, którym jest zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy. Pominięcie offsetodawcy w definicji zobowiązania offsetowego wydaje się jednak o tyle zasadne, że offsetodawca nie jest dłużnikiem w ramach stosunku offsetowego, a tym samym

¹¹⁷ Słownik języka polskiego. PWN, <https://sjp.pwn.pl/szukaj/kooperacja.html> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

nie jest on podmiotem zobowiązanym na podstawie tego stosunku prawnego. Offsetodawca wykonuje świadczenia za zagranicznego dostawcę.

Dalsza część definicji offsetu wskazuje, że jest to współpraca podmiotów występujących w ramach stosunków offsetowych, która ma być konieczna do utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału określonego w art. 2 pkt 14 ustawy offsetowej. Potencjał sam w sobie nie został zdefiniowany, lecz jednocześnie ustawodawca w jasny sposób odnosi to pojęcie do terminu zdolności. Wskazuje bowiem, że potencjał ma dotyczyć przykładowo wymienionych zdolności (produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych i innych). Pod pojęciem „potencjału”, zgodnie z powszechnym sposobem jego pojmowania, należy rozumieć: „czyjeś możliwości w jakiejś dziedzinie”¹¹⁸, „ogół możliwości tkwiący w kimś lub czymś”¹¹⁹. Potencjał rozumie się zatem jako zbiór, całość możliwości. Odnosząc powyższe do przepisów ustawy offsetowej należy przyjąć, że potencjał jest pojęciem zbiorczym, na które składa się suma określonych zdolności.

Ustawa w dalszej kolejności wskazuje, że pozyskanie zdolności ma być niezbędne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Jest to typowe dla ustawy offsetowej odesłanie do klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (przedmiot rozdziału drugiego).

W następnej kolejności definicja offsetu wskazuje, na czym opisywana kooperacja ma polegać, wymieniając przykładowo rodzaje świadczeń, takich jak: przekazanie technologii lub *know-how* wraz z przeniesieniem stosownych praw. W tym miejscu definicja offsetu pokrywa się z definicją zobowiązania offsetowego. Konsekwentnie można przyjąć, że wskazana kooperacja nie jest niczym innym, jak właśnie wykonywaniem zobowiązań offsetowych. Należy jednak opowiedzieć się za szerszym sposobem rozumienia opisywanej kooperacji i nie ograniczać jej wyłącznie do realizacji zobowiązań offsetowych. Po pierwsze ustawodawca wskazuje, że kooperacja ma dotyczyć w istocie wszystkich zaangażowanych podmiotów,

¹¹⁸ Słownik języka polskiego. PWN, <https://sjp.pwn.pl/slowniki/potencja%C5%82.html> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

¹¹⁹ Glosbe - wielojęzyczny słownik online, <https://pl.glosbe.com/pl/pl/potencja%C5%82> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

pomijając wszakże w tym zakresie offsetodawcę. Niezależnie od zaznaczonej wyżej wątpliwości co do należytego określenia zakresu podmiotowego ustawy, należy podkreślić, iż gdyby chodziło wyłącznie o proces wykonywania zobowiązań offsetowych, kooperacja powinna dotyczyć w głównej mierze offsetobiorcy i offsetodawcy. Przy wykonywaniu zobowiązań offsetowych bierze przecież udział głównie podmiot przekazujący świadczenia objęte zobowiązaniami offsetowymi (tj. offsetodawca) oraz podmiot przyjmujący te świadczenia (tj. offsetobiorca). Należy też zauważyć, że ustawodawca posługuje się pojęciem offsetu także w innym kontekście. Przykładowo art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej wskazuje na procedurę sporządzenia uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Tym samym offset jest rozumiany nie tylko jako proces wykonywania umowy offsetowej, lecz także jako cały proces jej zawierania. Gdy natomiast spojrzymy na definicję umowy dostawy (art. 2 pkt 5 ustawy offsetowej), która wskazuje, że wykonanie umowy dostawy wymaga offsetu, w definicji tej nacisk jest kładziony bardziej na rezultat wykonania zobowiązań offsetowych niż na sam proces wykonywania tych zobowiązań. Umowa dostawy wymaga bowiem posiadania przez polski przemysł zbrojeniowy określonych zdolności, a nie samej kooperacji w trakcie wykonywania zobowiązań. Powyższe oznacza, że offset należy traktować jako pojęcie o charakterze generalnym, które obejmuje wszystkie elementy składające się na procedurę offsetową. W taki też sposób należy posługiwać się tym pojęciem.

Definicja offsetu zakończona jest stwierdzeniem, że omawiana kooperacja ma mieć na celu zapewnienie wymaganej przez Skarb Państwa niezależności od zagranicznego dostawcy. Ze względu na fakt, iż niemożliwe jest w praktyce zapewnienie pełnej niezależności Skarbu Państwa od zagranicznego dostawcy, należy mieć na względzie, że to wymaganie ograniczone jest zawsze rzeczywistą potrzebą oraz realiami technicznymi i ekonomicznymi polskiego przemysłu obronnego. Zakres wymaganej niezależności jest oceniany przez pryzmat potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, tj. chodzi o niezbędne minimum tej niezależności, która ma być osiągnięta w Polsce. Nie wnikając w tym miejscu w znaczenie pojęcia zobowiązania offsetowego, należy wyłącznie wskazać, że przedmiot umowy offsetowej powinien być powiązany z umową dostawy,

w związku z którą zawierana jest umowa offsetowa. Tym samym ową niezależność należy interpretować również w powiązaniu z umową dostawy.

Podsumowując, można podjąć próbę uproszczenia definicji legalnej offsetu, poprzez przyjęcie, że offset w rozumieniu ustawy offsetowej jest to powiązany z umową dostawy, wielopodmiotowy proces ukierunkowany na zagwarantowanie istnienia w Polsce sumy zdolności zapewniających Skarbowi Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w zakresie, który jest niezbędny z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

1.2 Definicja umowy offsetowej

Przedstawiając charakterystykę offsetu na gruncie prawa polskiego, należy w dalszej kolejności przejść do definicji umowy offsetowej. Niniejsza praca jest w całości poświęcona umowie offsetowej, wobec czego w tym miejscu należy przytoczyć wyłącznie definicję legalną tego pojęcia zawartą w art. 2 pkt 1 ustawy offsetowej. Zgodnie z powołanym przepisem przez umowę offsetową rozumie się umowę zawartą między Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą, określającą w szczególności wartość, przedmiot i harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych oraz warunki, na jakich te zobowiązania mają być wykonane, mającą na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W pierwszej kolejności definicja ustawowa wskazuje strony umowy offsetowej, tj. na Skarb Państwa i zagranicznego dostawcę. Tym samym pozostałe podmioty uczestniczące w kooperacji będącej przedmiotem offsetu nie mają pozycji strony umowy offsetowej. Rozdział czwarty został w całości poświęcony podmiotom zaangażowanym w umowę offsetową. Następnie w ww. definicji wskazano w sposób przykładowy, co powinna określać umowa offsetowa. Ustawodawca wymienił w tym miejscu: wartość, przedmiot i harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych oraz warunki, na jakich te zobowiązania mają być wykonane. Powyższe wyliczenie można sprowadzić do prostego stwierdzenia, że przedmiotem umowy offsetowej są przede wszystkim zobowiązania offsetowe (tj. ich wartość, przedmiot, harmonogram oraz warunki wykonania). Rozdział piąty został w całości poświęcony przedmiotowi umowy offsetowej, tj. zobowiązaniom offsetowym. Na końcu ustawodawca przywołuje cel umowy offsetowej, jakim jest ochrona podstawowych

interesów bezpieczeństwa państwa zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Rozdział drugi został poświęcony w głównej mierze klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE.

1.3 Wielopodmiotowa konstrukcja offsetu

Cechą charakterystyczną offsetu jest jego wielopodmiotowość. Pomimo że sama umowa offsetowa jest umową wyłącznie dwustronną, zawieraną przez zagranicznego dostawcę i Skarb Państwa, to potencjalnie w ramach całego procesu offsetowego występuje wiele podmiotów. Konstrukcja offsetu zakłada istnienie grupy podmiotów uprawnionych (Skarb Państwa i offsetobiorca) oraz grupy podmiotów zobowiązanych (zagraniczny dostawca i offsetodawca). Podstawowe znaczenie mają podmioty zaliczane do stron umowy offsetowej, tj. zagraniczny dostawca i Skarb Państwa.

Wielopodmiotowość stosunków, przy jednoczesnym dwustronnym charakterze umowy offsetowej, sprawia, że w ramach struktury offsetowej występują osoby trzecie, a tym samym muszą także występować liczne stosunki zobowiązaniowe (umowne), które wyjaśniają i stanowią przyczynę zaangażowania tych podmiotów w offset. Dotyczy to w szczególności podmiotów zobowiązanych, gdyż oczywistym jest, że musi istnieć podstawa prawna przekazywania przez jeden podmiot innemu podmiotowi świadczeń objętych zobowiązaniami offsetowymi. Także przyjęcie odpowiedzialności przez zagranicznego dostawcę za offsetodawcę wymaga uregulowania ich wzajemnych stosunków w sposób, który zagwarantuje zagranicznemu dostawcy chociażby możliwość dochodzenia roszczeń regresowych na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych przez offsetodawcę. Inaczej z kolei prezentuje się sytuacja podmiotów uprawnionych, tj. Skarbu Państwa i offsetobiorcy, gdzie nie występuje zazwyczaj stosunek umowny, który wyjaśniałby powód, dla którego Skarb Państwa chce zobowiązać zagranicznego dostawcę do świadczenia na rzecz ww. osoby trzeciej. Podstawę tego przysporzenia wyjaśnia cel offsetu, jakim jest potrzeba ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa polegająca na uniezależnieniu się od zagranicznego dostawcy. Ten dość abstrakcyjny cel można w warunkach praktycznych sprowadzić do stworzenia offsetobiorcy możliwości rozwoju technologicznego oraz pozyskiwania zleceń od Skarbu Państwa polegających na wykonywaniu określonych świadczeń, które umożliwią korzystanie ze sprzętu obronnego w trakcie jego cyklu życia, tj. bez potrzeby korzystania wyłącznie

z potencjału zagranicznego dostawcy. Innymi słowy, chodzi o to, aby polski przemysł mógł co najmniej uczestniczyć w procesie serwisowania tego sprzętu.

Dalsze rozważania dotyczące konstrukcji prawnej offsetu wymagają w pierwszej kolejności zilustrowania stosunków prawnych występujących na jego gruncie.

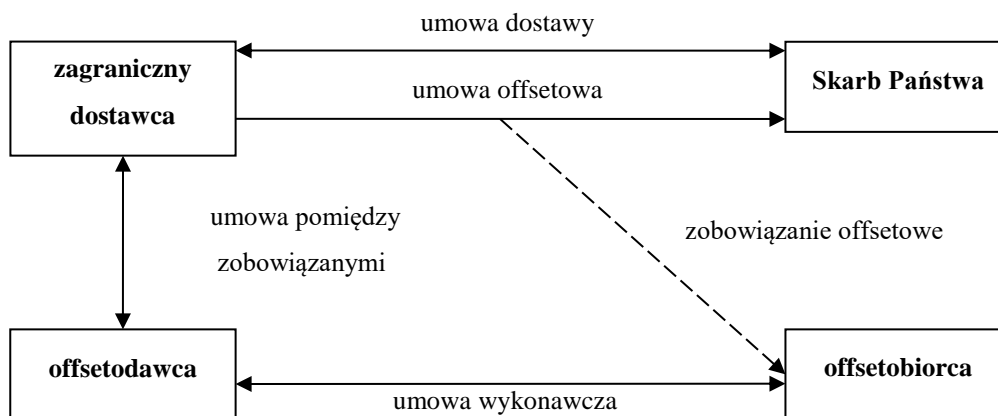
Legenda do Rys. 1 - 5:

←————→	umowa dwustronnie zobowiązująca
————→	umowa jednostronnie zobowiązująca
-----→	uprawnienie osoby trzeciej

Rys. 1

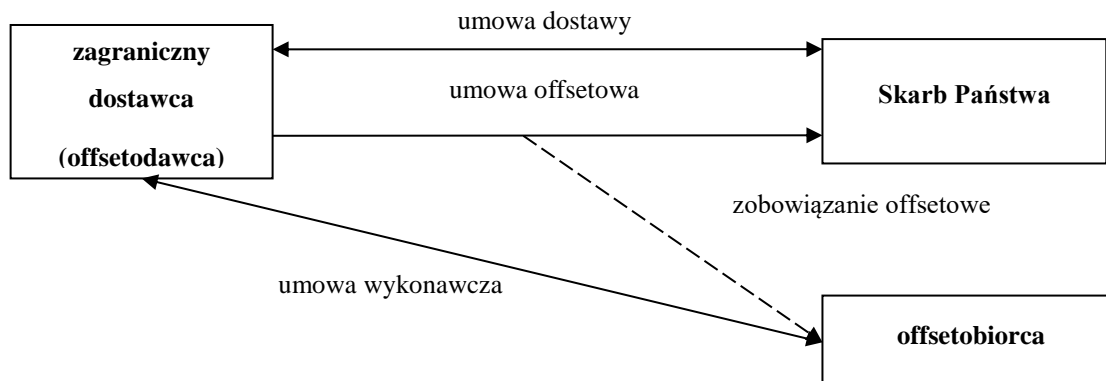
Poniższy rysunek przedstawia klasyczny model stosunków offsetowych. W tym modelu zagraniczny dostawca będący stroną umowy dostawy ze Skarbem Państwa zawiera z nim jednocześnie umowę offsetową, która nakłada na zagranicznego dostawcę obowiązek wykonania zobowiązań offsetowych. Umowa dostawy ma charakter umowy dwustronnie zobowiązującej, bowiem w zamian za przedmiot dostawy świadczony przez zagranicznego dostawcę Skarb Państwa musi uiścić stosowne wynagrodzenie. Natomiast umowa offsetowa ma charakter umowy jednostronnie zobowiązującej, bowiem jej przedmiotem jest zobowiązanie offsetowe, które czyni wyłącznie zagranicznego dostawcę zobowiązanym z tego tytułu (szerzej na ten temat w rozdziale piątym i dziewiątym). Umowa offsetowa zawiera w sobie element obowiązku świadczenia na rzecz osoby trzeciej, tj. offsetobiorcy. Offsetobiorca jest beneficjentem umowy offsetowej, nie będąc jednocześnie jej stroną (szerzej na ten temat w rozdziale szóstym). Umowa offsetowa wskazuje podmiot zobowiązany do wykonania świadczeń na rzecz offsetobiorcy, tj. offsetodawcę, za którego odpowiedzialność ponosi zagraniczny dostawca. Jak już wskazano, pomiędzy offsetodawcą a Skarbem Państwa nie istnieje żaden stosunek zobowiązaniowy, wobec czego musi istnieć jakaś podstawa, ze względu na którą offsetodawca godzi się na wykonanie zobowiązania offsetowego, za które odpowiedzialność ponosi zagraniczny dostawca. Tym samym powinna istnieć umowa dwustronnie zobowiązująca między zagranicznym dostawcą a offsetodawcą, która leży u podstaw ich współpracy. W celu wdrożenia w życie zobowiązania offsetowego niezbędne jest także zawarcie porozumienia pomiędzy podmiotem

zobowiązany do świadczenia (offsetodawcą) a podmiotem, który ma być beneficjentem tego świadczenia (offsetobiorcą). Umowa ta zwana jest umową wykonawczą (czasem także umową biznesową) i ma ona regulować co najmniej kwestie związane z procesem przekazywania i przyjmowania świadczeń. Umowa ta ma charakter dwustronnie zobowiązujący, gdyż reguluje obustronne obowiązki offsetodawcy i offsetobiorcy związane z tym procesem.



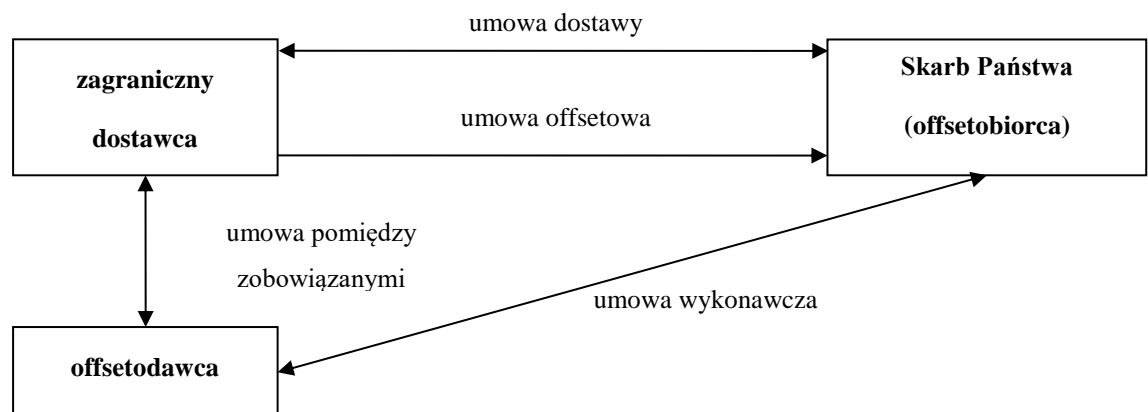
Rys. 2

Model zaprezentowany na Rys. 1 jest często uproszczony, co dotyczy zwłaszcza przypadku gdy zagraniczny dostawca jest jednocześnie offsetodawcą w zakresie poszczególnych zobowiązań. W tym przypadku offsetodawca nie jest osobą trzecią, lecz zagranicznym dostawcą, tj. stroną umowy offsetowej. W pozostałym zakresie poniższy schemat nie różni się od modelu wskazanego na Rys. 1.



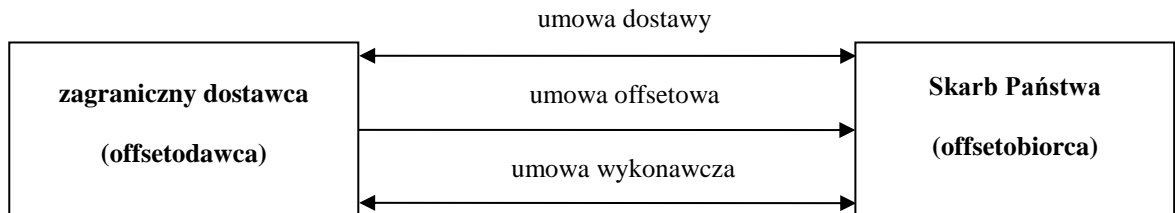
Rys. 3

Model przedstawiony na Rys. 1 może zostać także zmieniony w ten sposób, że Skarb Państwa będzie jednocześnie offsetobiorcą w zakresie poszczególnych zobowiązań offsetowych (szerzej na temat offsetobiorców w rozdziale czwartym). W takim przypadku nie będzie występować osoba trzecia, ponieważ Skarb Państwa jako wierzyciel z umowy offsetowej będzie jednocześnie beneficjentem świadczeń przewidzianych tą umową. Ze względu na rozbudowaną konstrukcję jednostek tworzących Skarb Państwa, należy wskazać, że nie wyklucza to potrzeby zawierania umowy wykonawczej. Inne jednostki będą bowiem reprezentować Skarb Państwa w zakresie negocjacji umowy offsetowej, a inne będą następnie brać udział w procesie wykonywania zobowiązań offsetowych. Oczywiście z teoretycznego punktu widzenia nie ma przeciwwskazań, aby wszystkie kwestie regulowane w ramach umowy wykonawczej były zawarte od razu w umowie offsetowej.



Rys. 4

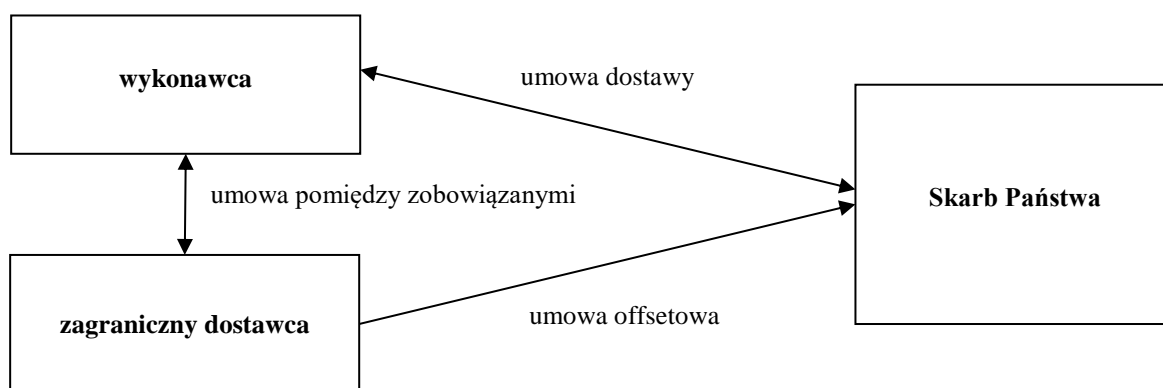
Poniższy model stanowi połączenie modelu wskazanego na Rys. 2 i Rys. 3. Innymi słowy, w proces wykonywania umowy offsetowej nie jest zaangażowana osoba trzecia w postaci offsetodawcy lub offsetobiorcy.



Warto zaznaczyć, że wszystkie powyższe modele mogą współwystępować w ramach jednej umowy offsetowej. Oparte są one bowiem na tym, kto w ramach danego zobowiązania offsetowego ma wykonywać i otrzymywać świadczenie. Każde zobowiązanie offsetowe ma indywidualnie określonego offsetodawcę i offsetobiorcę, wobec czego w ramach jednej umowy offsetowej wszystkie opisane modele mogą znaleźć zastosowanie.

Rys. 5

Ostatnią kwestią wymagającą omówienia jest sytuacja, gdy stroną umowy dostawy jest inny podmiot niż strona umowy offsetowej. Każdy z modeli przedstawionych na Rys. 1 – 4 może być zmodyfikowany w sposób przedstawiony na poniższym schemacie. W przedstawionym niżej przypadku, w przeciwieństwie do Rys. 1 – 4, każda umowa offsetowa będzie miała swój jeden model, gdyż nie jest on zależny od konkretnego zobowiązania offsetowego, lecz od kształtu umowy dostawy, która jest wspólna dla całej umowy offsetowej. W przypadku gdy dojdzie do sytuacji wskazanej poniżej, tj. gdy wykonawca z umowy dostawy nie będzie jednocześnie zagranicznym dostawcą, wówczas musi istnieć podstawa, dla której zagraniczny dostawca decyduje się zawrzeć umowę offsetową. W takim przypadku wykonawca czerpiący korzyści z umowy dostawy będzie musiał zawrzeć z zagranicznym dostawcą stosowną umowę stanowiącą przyczynę, dla której zagraniczny dostawca związał się umową offsetową.



Powyższy model bardzo często występuje w praktyce zamówień realizowanych przez Stany Zjednoczone Ameryki. W takim przypadku umowa dostawy zawierana jest przez Skarb Państwa w trybie *Foreign Military Sale* (FMS) z rządem USA. Rząd USA działa w zamian za prowizję jako swoisty pośrednik i gwarant realizacji umowy dostawy przez amerykańską spółkę zbrojeniową. Rząd USA po zawarciu umowy dostawy, zawiera następnie umowę podwykonawczą z amerykańską spółką, która ma wykonywać tę umowę. Jednocześnie Rząd USA nie wchodzi w stosunki offsetowe z innymi państwami. Wobec czego to spółka amerykańska, będąc zainteresowaną zawarciem umowy dostawy, będzie prowadziła negocjacje, zawierać oraz wykonywać umowę offsetową¹²⁰.

1.4 Powiązanie umowy offsetowej z umową dostawy

Offset, jako zjawisko występujące w skali globalnej, charakteryzuje się ścisłym powiązaniem z procesem udzielania zamówień podmiotom zagranicznym przez podmiot o charakterze publicznym. Szczególne znaczenie mają tutaj zamówienia na dostawę sprzętu wojskowego lub uzbrojenia. Wiążąca ekonomicznie umowy dostawy a umowami offsetowymi jest zatem oczywista. Przyczyną godzenia się na przekazywanie danych zdolności w ramach offsetu przez podmioty zagraniczne jest chęć uzyskania korzyści z zamówienia realizowanego w ramach umowy dostawy. Umowa offsetowa nie zawiera bowiem sama w sobie żadnych elementów odpłatności. Pomimo zmiany modelu offsetu w Polsce, obecnie obowiązująca ustawa offsetowa

¹²⁰ Szerzej na temat procedury FMS oraz jej stosunku do offsetu: Luke R. A. Butler, *Transatlantic...*, s. 392-402, 415-421.

nadal ściśle wiąże umowę offsetową z umową dostawy. Sam tytuł ustawy offsetowej wciąż wskazuje na to, że reguluje ona umowy zawierane w związku z realizacją zamówienia. W celu wykazania wzajemnego związku umowy dostawy i umowy offsetowej wystarczy dodatkowo wskazać, że:

- 1) zamawiający dokonuje wyboru oferty na dostawę uwzględniając ocenę oferty offsetowej (art. 8 ust. 7 zd. 1 ustawy offsetowej);
- 2) umowa dostawy nie może być zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej (art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej);
- 3) zmiana umowy dostawy wymaga rozważenia, czy nie jest niezbędna zmiana umowy offsetowej (art. 10 ust. 1 i 2 ustawy offsetowej).

Nie ulega w doktrynie także wątpliwości, iż umowa offsetowa nie może istnieć w oderwaniu od umowy dostawy¹²¹ (szerzej ta kwestia została omówiona w rozdziale dziewiątym).

Omawiając problematykę umowy offsetowej oraz jej relacji z umową dostawy, należy zatem odpowiedzieć na pytanie, czym w istocie jest umowa dostawy. Ustawa offsetowa zawiera legalną definicję tego pojęcia. Zgodnie z art. 2 pkt 5 przez umowę dostawy należy rozumieć umowę między zamawiającym a wykonawcą, mającą na celu realizację zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, stanowiącego środek, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, którego wykonanie wymaga offsetu. Pomimo istnienia legalnej definicji umowy dostawy, ustawa offsetowa wyjaśnia to pojęcie w niewielkim stopniu.

W pierwszej kolejności definicja umowy dostawy określa jej przedmiot, czyli realizację zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Przedmiotem umowy dostawy jest zatem „dostawa” zgodnie z art. 2 pkt 6 ustawy offsetowej. Następnie można wyczytać z ww. definicji, że zamówienie, którego realizacja jest celem umowy dostawy stanowi środek, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Innymi słowy należy stwierdzić, że umowa dostawy sama w sobie jest niezbędna w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Konsekwencją takiego ujęcia umowy dostawy jest przyjęcie, że aby można było w ogóle rozważać zastosowanie offsetu, w pierwszej

¹²¹ W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 31.

kolejności umowa dostawy musi być wyłączona z rygorów prawa zamówień publicznych na podstawie klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Prawo zamówień publicznych wskazuje w art. 4 pkt 5b p.z.p. na możliwość niestosowania tej ustawy na podstawie ww. klauzuli derogacyjnej. Ponadto, aby można było mówić o umowie dostawy w rozumieniu ustawy offsetowej, wykonanie umowy dostawy musi wymagać wykonania offsetu. Innymi słowy należy stwierdzić, że przedmiot offsetu powinien być funkcjonalnie podporządkowany przedmiotowi umowy dostawy (szerzej o tym zagadnieniu w rozdziale piątym). Odnosząc się do stron umowy dostawy, ustawa offsetowa przewiduje, że są nimi zamawiający oraz wykonawca, przy czym w ustawie zdefiniowano wyłącznie pojęcie zamawiającego (art. 2 pkt. 9). Zamawiającym jest podmiot uprawniony do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Ze względu na ograniczenia podmiotowe dotyczące możliwości stosowania offsetu przyjąć należy, że zamawiającym będzie w zasadzie zawsze Skarb Państwa reprezentowany przez właściwe *statio fisci* (jednostkę resortu obrony narodowej). Sprawa komplikuje się w przypadku pojęcia wykonawcy. Ustawa offsetowa nie tylko go nie wyjaśnia; art. 2 pkt 5 ustawy offsetowej, w którym zamieszczona została definicja umowy dostawy, jest jedynym miejscem w ustawie, gdzie pojęcie wykonawcy występuje. W celu ustalenia znaczenia pojęcia wykonawcy należy zatem sięgnąć do innych aktów prawnych. Ze względów funkcjonalnych najbliższa pojęciowo jest ustawa Prawo zamówień publicznych (p.z.p.). Zgodnie z art. 2 pkt 11 p.z.p., przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Niemal identyczną definicję wykonawcy zamieszczono w decyzji Nr 367/MON¹²², która określa zasady i tryb udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, realizowanych w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (znajduje obecnie zastosowanie w przypadku skorzystania z wyłączenia

¹²² Decyzja Nr 367/MON z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.Urz. MON poz. 265).

z art. 4 pkt 5b p.z.p.). Posługując się dorobkiem doktryny wykształconym na gruncie przepisów prawa zamówień publicznych, należy przyjąć, iż definicja wykonawcy ma charakter zmienny i zależy od etapu prowadzonego postępowania. Status wykonawcy przysługuje każdemu podmiotowi, który pobrał specyfikację istotnych warunków zamówienia, następnie tylko temu, który złożył wniosek lub ofertę, a w końcowej fazie wyłącznie temu wykonawcy, z którym została zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego¹²³. Przenosząc powyższe uwagi na grunt offsetowy należy stwierdzić, iż wykonawcą jest strona umowy zawieranej z zamawiającym, a na wcześniejszym etapie podmiot uczestniczący w procedurze zmierzającej do udzielenia mu zamówienia. Innymi słowy pojęcie wykonawcy należy definiować z uwzględnieniem aspektu proceduralnego udzielania zamówienia i kształtowania się stosunków umownych. Wykonawcą na gruncie ustawy offsetowej nie jest jednak podmiot, który faktycznie wykonuje zamówienie, jeżeli nie jest on stroną stosunku prawnego (na co mogłoby wskazywać potoczne rozumienie słowa „wykonawca”). Na koniec należy zaznaczyć, że ze względu na specyfikę offsetu, wykonawcą powinien być podmiot zagraniczny, ewentualnie podmiot ściśle z tym podmiotem powiązany (art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej).

Po dokonaniu analizy definicji umowy dostawy, należy rozważyć, czy jest ona odrębnym typem umowy cywilnoprawnej. Zasadnym jest twierdzenie, że pojęcie umowy dostawy na gruncie ustawy offsetowej powinno być interpretowane w sposób autonomiczny, tj. w oderwaniu od funkcjonujących w prawie cywilnym typów umów. Pytanie, czy do umowy dostawy w rozumieniu ustawy offsetowej należy stosować przepisy regulujące inne typy umów (kodeksową umowę dostawy, umowę sprzedaży, umowę o dzieło, itp.) powinno być uznane za niewłaściwie postawione. Otóż uzasadniony jest pogląd, iż umowa dostawy w rozumieniu ustawy offsetowej nie jest odrębnym typem umowy nazwanej. To, co rozumiemy przez umowę dostawy, może być w istocie różnego typu umowami. Może to być nawet umowa nieznaną polskiemu systemowi prawnemu, zawarta na podstawie prawa obcego. Aby uzasadnić powyższe twierdzenie trzeba w pierwszej kolejności wrócić do brzmienia dawnej ustawy offsetowej, która w art. 3 pkt 6 definiowała umowę dostawy jako umowę

¹²³ I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. I. Skubiszak-Kalinowska, E. Wiktorowska, LEX 2017, art. 2, nt 23.

sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how*, a także inną umowę o przeniesienie prawa lub świadczenie usług, których przedmiotem jest uzbrojenie lub sprzęt wojskowy, o którym mowa w art. 1 ust. 2, wyprodukowany lub wytworzony poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Innymi słowy, dawna ustawa offsetowa odnosiła się do umowy dostawy jako do zbiorczego określenia różnych typów umów o przedmiocie sprecyzowanym w rozporządzeniu w sprawie wykazu uzbrojenia. Katalog potencjalnych typów umów mieszczących się w zbiorze umów dostawy był przy tym otwarty. Zmiana definicji umowy dostawy nie oznacza wcale, iż obecna ustawa podchodzi do analizowanego tu problemu w odmienny sposób. Otóż należy stwierdzić, że ustawa offsetowa traktuje umowę dostawy jako zbiór umów różnego rodzaju. Nie jest to zatem odrębna umowa charakteryzująca się odmiennymi *essentialia negotii*, czy też odmienną kategorią przepisów regulujących jej funkcjonowanie w obrocie prawnym. W szczególności nie sposób uznać, że sformułowanie w przepisach ustawy offsetowej definicji umowy dostawy oznacza, iż jest to tzw. umowa nazwana. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, przez umowę nazwaną rozumie się typ umowy, której *essentialia negotii* są objęte przepisami ustawy, choćby mającymi charakter dyspozytywny. Najczęściej tego rodzaju regulacja zawarta jest w zespole przepisów stosowanych do danej umowy, wyodrębnionym w systematyce danego aktu normatywnego. Pozwala to na odwołanie się do nich przy ocenie konkretnych stosunków zobowiązaniowych. Wyróżnienie umów nazwanych ma na celu przede wszystkim wskazanie na właściwą dla nich regulację prawną. Przyjęcie określonego typu umowy nazwanej ułatwia kontrahentom zarówno zawarcie, jak i kształtowanie jej treści¹²⁴. Ustawa offsetowa nie pozwala skonstruować dla umowy dostawy ww. elementów stanowiących o istnieniu umowy nazwanej. Ustawa offsetowa nie wskazuje na cechy i odmienności umowy dostawy pozwalające odróżnić ją od innych typów umów (odmiennie niż w przypadku umowy offsetowej, która jest przedmiotem całej ustawy). Z drugiej strony, przyjęcie definicji ustawowej umowy dostawy, jak również niewykształcenie się praktyki zawierania „umów dostawy” według wypracowanego na zasadzie swobody umów przez uczestników obrotu prawnego katalogu reguł, który odbiegałby od modelu

¹²⁴ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 420-421 nb 1-4 i s. 450, nb 46.

przyjętego dla innych typów umów, wyklucza także możliwość uznania, iż umowa dostawy jest tzw. „umową nienazwaną”. W zależności od konkretnego przedmiotu, umową dostawy na gruncie ustawy offsetowej może być każdy z typów umów określonych w poprzedniej definicji umowy dostawy, przy czym, jak już zaznaczono, definicja ta miała charakter katalogu otwartego. Wskazanie w definicji legalnej umowy dostawy, że jej wykonanie wymaga offsetu, oznacza z kolei, że ustawa offsetowa stanowi wyłącznie o umowach dostawy prawnie relewantnych dla procedury offsetowej. Innymi słowy, umowa dostawy służy zbiorczemu określeniu umów, które mają znaczenie dla stosowania offsetu. Pozwala to na autonomiczną interpretację pojęcia umowy dostawy.

Ostatnią kwestią wymagającą w tym miejscu omówienia jest pytanie o możliwość zawarcia kilku umów offsetowych w związku z zawarciem jednej umowy dostawy. W pierwszej kolejności należy wskazać, że z legalnej definicji umowy dostawy wynika, iż jest ona powiązana z wymaganiem offsetu. Tym samym ustawodawca zdecydował się powiązać umowę dostawy z offsetem w rozumieniu art. 2 pkt 14 ustawy offsetowej. Ustawodawca w definicji umowy dostawy nie stwierdził jednak, iż umowa dostawy wymaga zawarcia i wykonania umowy offsetowej. Literalne brzmienie ustawy nie sprzeciwia się rozwiązaniu, gdzie ww. „offset” jest przedmiotem większej liczby umów offsetowych. Ustawa offsetowa nie daje zatem jasnej odpowiedzi na postawione na wstępie pytanie, wobec czego należy rozważyć, jakie argumenty przemawiałyby za dopuszczeniem takiego modelu, gdzie z jedną umową dostawy związana jest większa liczba umów offsetowych i – ewentualnie – jakie argumenty sprzeciwiałyby się takiemu rozwiązaniu.

Skarb Państwa występuje w stosunkach cywilnoprawnych jako równorzędny podmiot z innymi uczestnikami obrotu. Tym samym stosuje się do niego wszystkie reguły prawa cywilnego. Odstępstwa od tej zasady mogą dotyczyć w zasadzie wyłącznie sfery decyzyjnej, gdzie osoby podejmujące decyzje z ramienia Skarbu Państwa są ograniczone wieloma regulacjami (przykładowo obostrzeniami związanymi z dyscypliną finansów publicznych). W doktrynie nie budzi przy tym wątpliwości, iż do umowy offsetowej w zakresie nieuregulowanym odmiennie przez ustawę

offsetową stosuje się bezpośrednio przepisy k.c.¹²⁵. Jedną z podstawowych zasad prawa zobowiązaniowego, która znajduje zastosowanie także w przypadku Skarbu Państwa, jest zasada swobody umów. Zgodnie z art. 353¹ k.c., strony zawierające umowę mogą ułożyć stosunek prawny według swego uznania, byleby jego treść lub cel nie sprzeciwiały się właściwości (naturze) stosunku, ustawie ani zasadom współżycia społecznego. Wobec powyższego trzeba rozważyć jakie argumenty mogą stać przeciwko możliwości zawarcia kilku umów offsetowych w związku z jedną umową dostawy. Główny argument, który mógłby stać się tu przeszkodą, dotyczy sfery ochrony interesów Skarbu Państwa na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. Celem ustawy offsetowej jest ochrona interesów Skarbu Państwa. Sfera stosunków cywilnoprawnych regulowana w ramach stosunków zobowiązaniowych zasadą swobody umów została ograniczona przepisami ustawy offsetowej. Ze względu na ten „ochronny” charakter ustawy należy wyrazić pogląd, iż większość norm wynikających z ustawy offsetowej ma charakter semiimperatywny. Przyjmuje się, iż normy te wyznaczają minimalny zakres ochrony interesów jednej strony względem drugiej. W przypadku takim zastosowanie ich może być uchylone lub ograniczone czynnością prawną tylko wtedy, gdy jej postanowienia są korzystniejsze dla strony objętej ochroną normatywną¹²⁶. Za ochronnym charakterem unormowań ustawowych przemawia nie tylko przedmiot tej ustawy, tj. uregulowanie środków koniecznych do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Przemawia za tym również sposób redakcji przepisów ustawowych. Tytułem przykładu można wskazać na odwrócenie w ustawie offsetowej zasady przewidzianej w art. 484 § 1 zd. 2 k.c., zgodnie z którą żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Artykuł 23 ust. 4 ustawy offsetowej wskazuje z kolei, iż zapłata kary umownej nie wyłącza odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy w zakresie przewyższającym wysokość tej kary. Jedyńm celem umieszczenia ww. przepisu jest chęć ochrony interesów Skarbu Państwa poprzez ułatwienie prowadzenia negocjacji w ramach procedury offsetowej. Podobnie ochronny charakter ma zastrzeżenie reguł

¹²⁵ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 20.

¹²⁶ Z. Radwański, M. Zieliński, [w:] red. M. Safjan, *SPP*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012, s. 370-371, nb 1-4 i s. 387, nb 32.

rzządzających odpowiedzialnością odszkodowawczą zagranicznego dostawcy (przykładowo, uniezależnienie odpowiedzialności od winy). Tym samym, w razie stwierdzenia, że zawarcie większej liczby umów offsetowych mogłoby doprowadzić do osłabienia pozycji Skarbu Państwa, w szczególności przez potencjalne ograniczenie możliwości zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych Skarbu Państwa, należałoby uznać rozwiązanie takie za niedopuszczalne. Niewątpliwie zawarcie większej liczby umów offsetowych mogłoby potencjalnie prowadzić do osłabienia pozycji Skarbu Państwa. Tytułem przykładu, przedsiębiorca zbrojeniowy, który ma silną pozycję na rynku i który kieruje realizacją całej dostawy (integrując wszystkie elementy tego zamówienia), chcąc ograniczyć swoją odpowiedzialność, doprowadza do „rozbicia” umowy offsetowej w ten sposób, że każdy offsetodawca staje się stroną odrębnej umowy offsetowej. W przypadku gdy pozycja danego podmiotu, zarówno finansowa jak i faktyczna (w zakresie wpływu na całe zamówienie), jest zdecydowanie silniejsza od pozostałych podmiotów wykonujących offset, takie rozbieżności stanowiłyby próbę ominięcia przepisów ustawy offsetowej dotyczących odpowiedzialności zagranicznego dostawcy za offsetodawców (np. art. 25 ust. 1 i 2). W przypadku w którym każdy podwykonawca (producent mniej znaczących komponentów) staje się zagranicznym dostawcą, dochodzi niewątpliwie do niedopuszczalnego uszczuplenia przewidzianego w przepisach ustawy offsetowej standardu ochrony interesów Skarbu Państwa. Przy tym taki podział należałoby uznać za niecelowy. Nie zawsze jednak istnieje opisane wyżej zagrożenie dla interesów Skarbu Państwa. Ustawa offsetowa wskazuje na możliwość występowania większej liczby podmiotów po stronie zagranicznego dostawcy w ramach jednej umowy offsetowej. Określoną w ustawie formą współwystępowania tych podmiotów jest konsorcjum. Konsorcjum ze swej istoty wymaga od konsorcjantów kooperacji. Przystąpienie do konsorcjum wymaga od jego członków, zgodnie z art. 24 ust. 2 ustawy offsetowej, wyznaczenia spośród siebie podmiotu upoważnionego do ich reprezentacji (lidera konsorcjum). To z kolei wiąże się także z koniecznością wymiany pomiędzy członkami konsorcjum szczególnie wrażliwych informacji stanowiących tajemnice ww. przedsiębiorców na potrzeby przeprowadzenia dialogu z Ministrem Obrony Narodowej, który czuwa nad należytą realizacją umowy offsetowej. Wydaje się, iż na gruncie obowiązującego prawa postawienie przed równorzędnymi przedsiębiorcami zbrojeniowymi wymagania przystąpienia do konsorcjum –

ze wszystkimi tego konsekwencjami – mogłoby zostać uznane za odrębne wymaganie offsetowe, tj. odrębny środek z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Tym samym postawienie przed ww. podmiotami wymagania przystąpienia do konsorcjum na potrzeby procedury offsetowej wymagałoby odrębnego uzasadnienia z punktu widzenia konieczności ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Ze względu na zasady rządzące możliwością stosowania środka z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, w istocie niezbędne byłoby zatem wykazanie, że cel leżący u podstaw obowiązku przystąpienia przez wszystkich przedsiębiorców do konsorcjum nie może być osiągnięty innymi, mniej ingerującymi w ich niezależność, środkami. Przy czym, zgodnie z powszechnie przyjętym sposobem wykładni art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, uzasadnienie to nie mogłoby mieć podłoża ekonomicznego. Zatem w przypadku gdy zawarcie kilku umów offsetowych w związku z jedną umową dostawy nie stanowi realnego zagrożenia dla interesów Skarbu Państwa, trudno jest uzasadnić potrzebę wymuszenia na niezależnych przedsiębiorcach zbrojeniowych o silnej pozycji na rynku, aby podejmowali oni ze sobą wymuszoną kooperację. Zawarcie większej liczby umów offsetowych w związku z jedną umową dostawy należy zatem uznać na gruncie konkretnego przypadku za uzasadnione ze względów funkcjonalnych. Zaznaczyć przy tym należy, iż ustawa offsetowa przewiduje w art. 10, iż istotna zmiana umowy dostawy wymaga każdorazowo dokonania oceny potrzeby zmiany umowy offsetowej. W przypadku niezależnych od siebie elementów umowy dostawy, jej zmiana w odniesieniu wyłącznie do jednego z elementów nie powinna mieć wpływu na zobowiązania offsetowe powiązane z innymi, niezależnymi elementami. Rozważanie potrzeby dokonania zmian całości umowy offsetowej w odniesieniu do wszystkich elementów byłoby w takim przypadku zupełnie niecelowe. Ostatecznie warto wskazać, że z praktycznego punktu widzenia zawarciu większej liczby umów offsetowych w związku z jedną umową dostawy nie sprzeciwia się również art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej stanowiący o tym, że umowa dostawy nie może być zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej. Przepis ten należy wyklądać w przypadku większej liczby umów offsetowych w ten sposób, iż umowa dostawy nie mogłaby być zawarta przed datą wejścia w życie wszystkich umów offsetowych, które zostały powiązane z daną umową dostawy. Powyższe rozumowanie może znaleźć zastosowanie w szczególności w sytuacji, gdy przedmiot umowy dostawy obejmuje odrębne elementy, które pochodzą od niezależnych od siebie zagranicznych dostawców.

Skoro należy dopuścić możliwość zawierania większej liczby umów offsetowych z jedną umową dostawy, trzeba się także zastanowić nad możliwością zawarcia jednej umowy offsetowej w związku z większą liczbą umów dostawy. Stosując analogiczną argumentację do przedstawionej powyżej, wydaje się, że takiej możliwości nie można *a priori* odrzucić. W konkretnym stanie faktycznym uzasadnione może być połączenie większej liczby umów dostawy z jedną umową offsetową. Ze względu na różne możliwości kształtowania się umów dostawy w obrocie międzynarodowym takie ułożenie stosunków umownych może być zasadne w szczególności, gdy elementy nabywane w ramach umowy dostawy będą pochodziły od tego samego zagranicznego dostawcy, natomiast potencjał, który ma być osiągnięty w wyniku realizacji offsetu odpowiada przedmiotowi tych umów dostawy. Powyższą możliwość należy tym bardziej dopuścić w przypadku gdy umowy dostawy zawierane byłyby w podobnym czasie, wobec czego uniknięto by problemów związanych z okresem trwania negocjacji i zawarcia umowy offsetowej oraz jej powiązania z umowami dostawy. Taki związek umowy offsetowej z umową dostawy mógłby wzmocnić pozycję negocjacyjną Skarbu Państwa, gdyż negocjowane zobowiązania offsetowe dotyczyłyby zamówień z dziedziny obronności o większej wartości, która wynikałaby ze zsumowania wartości zamówień objętych kilkoma umowami dostawy. Zagraniczny dostawca negocjowałby wówczas umowę offsetową mając na względzie korzyści płynące ze wszystkich umów dostawy.

1.5 Powiązanie umowy offsetowej z umowami z offsetobiorcami

Kolejną kluczową kategorią umów zawieranych w ramach offsetu są tzw. umowy wykonawcze. Umowy te są zawierane pomiędzy offsetodawcami a offsetobiorcami w celu uregulowania szczegółowych kwestii dotyczących procesu realizacji zobowiązań offsetowych. Ustawa offsetowa nie zawiera reguł normujących zawieranie tych umów. Potrzeba zawierania umów wykonawczych wynika jednak z praktyki stosowania offsetu w Polsce, jak również ze złożonego charakteru zobowiązań offsetowych. Podstawowym celem tych umów jest uregulowanie szczegółowych zasad przekazywania świadczeń przez offsetodawcę na rzecz offsetobiorcy poprzez określenie m.in. szczegółowego harmonogramu realizacji zobowiązań w granicach określonych postanowieniami umowy offsetowej, a także określenie obowiązku offsetobiorcy polegającego na współpracy

przy wykonywaniu tych zobowiązań i potwierdzeniu wykonania zobowiązań offsetowych zgodnie z wymaganiami stawianymi przez ustawę offsetową oraz przez umowę offsetową. Umowa wykonawcza zawiera przeważnie także postanowienia dotyczące ochrony poufności oraz odwołania do przepisów prawa obcego, którymi związany jest offsetodawca (np. przepisy dotyczące zezwoleń eksportowych). Przegląd świadczeń, które stanowią przedmiot zobowiązań offsetowych – tj. przekazanie technologii lub *know-how*, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji – niejako wymusza uszczegółowienie zasad współpracy. Trudno bowiem wyobrazić sobie nie tylko udzielenie licencji bez zawarcia stosownej umowy, lecz także przekazanie technologii lub *know-how*. Z prawnego punktu widzenia umowa ta stanowi również potwierdzenie przyjęcia zobowiązań offsetowych przez offsetobiorcę, tj. przez osobę trzecią w stosunku do umowy offsetowej. W razie zaistnienia takiej potrzeby, umowa pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą powinna uszczegóławiać zakres zobowiązań offsetowych.

Dla określenia umów zawieranych przez offsetodawcę z offsetobiorcą używa się różnych terminów. Obok umowy wykonawczej występuje w praktyce także termin „umowa biznesowa”. Na gruncie ustawy offsetowej określenie umowa wykonawcza wydaje się określeniem bardziej adekwatnym. Umowa pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą ma bowiem jeden kluczowy cel; ma ona stanowić podstawę do wykonania zobowiązań offsetowych ustalonych przez Skarb Państwa i zagranicznego dostawcę. Nie oznacza to oczywiście, że umowa ta nie może wykraczać poza elementy „wykonawcze”, ani też że nie może ona stanowić podstawy współpracy pomiędzy tymi podmiotami w szerszym zakresie. Chodzić tu może przykładowo o określenie zasad współpracy tych podmiotów po okresie realizacji zobowiązań offsetowych w celu wykorzystania korzyści osiągniętych przez offsetobiorcę, przykładowo przez włączenie offsetobiorcy w łańcuch dostaw offsetodawcy. Należy jednak wskazać, że obszar ten wykracza poza zakres ustawy offsetowej. Ustawa offsetowa skupia się bowiem na realizacji zobowiązań offsetowych, które polegają na przekazywaniu zdolności na rzecz polskiego przemysłu obronnego. Możliwość wykorzystania tych zdolności w późniejszym okresie jest oczywiście pożądana z punktu widzenia polskiego rynku, ze względu jednak na swój ekonomiczny wymiar, stanowi ona wyłącznie „efekt uboczny” samego offsetu. Termin „umowa

biznesowa” niewątpliwie kładzie nacisk na gospodarczy wymiar offsetu, który nie może stanowić jego uzasadnienia. Umowy zawierane pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą w zakresie wykraczającym poza zakres umowy offsetowej nie powinny być przy tym przedmiotem zainteresowania Skarbu Państwa (Ministra Obrony Narodowej), w zakresie, w jakim weryfikuje on realizację umowy offsetowej.

1.6 Powiązanie umowy offsetowej z innymi umowami

Na koniec rozważań dotyczących umów powiązanych z umową offsetową należy zasygnalizować także odrębne umowy, które mogą występować w związku z offsetem. Ze względu na wielość podmiotów potencjalnie zaangażowanych w offset niewątpliwie trudno jest dokładnie określić liczbę oraz charakter umów występujących w tym zakresie.

Do opisanej kategorii czynności prawnych należy przede wszystkim zaliczyć umowy zawierane pomiędzy podmiotami zobowiązanymi na gruncie umowy offsetowej, tj. pomiędzy zagranicznym dostawcą a offsetodawcą niebędącym zagranicznym dostawcą. Trudno jest uogólniać tę kategorię umów, gdyż są to umowy regulujące stosunki podmiotów zagranicznych, zawierane na podstawie prawa obcego. Stosunki prawne pomiędzy zagranicznym dostawcą a offsetodawcą mogą wynikać z umów, które są zawierane w związku z konkretną umową offsetową, ale także mogą wynikać z szerszego kontekstu współpracy tych podmiotów na rynku globalnym. Niewątpliwie jednak umowy te powinny, ze względu na specyfikę relacji zaangażowanych podmiotów, przewidywać wynagrodzenie offsetodawcy za wykonanie zobowiązań offsetowych, do realizacji których zobowiązany jest zagraniczny dostawca. Jednocześnie umowy te powinny również regulować zasady regresu zagranicznego dostawcy względem offsetodawcy na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania świadczeń objętych zobowiązaniami offsetowymi, za które zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność względem Skarbu Państwa.

Podobnie wygląda sytuacja w sytuacji gdy zagraniczny dostawca nie jest jednocześnie stroną umowy dostawy. W takim przypadku powinien istnieć stosunek umowny pomiędzy zagranicznym dostawcą a wykonawcą, który uzasadnia zwiążanie się przez zagranicznego dostawcę umową offsetową, w sytuacji gdy korzyści wynikające z umowy dostawy przekazywane są na rzecz innego podmiotu (wykonawcy).

Na koniec należy także wskazać na wspomnianą już możliwość występowania po stronie zagranicznego dostawcy podmiotów tworzących konsorcjum. Ustawa offsetowa wskazuje wyłącznie na kilka kwestii, które powinny znaleźć odzwierciedlenie w umowie regulującej funkcjonowanie takiego konsorcjum, a mianowicie, zgodnie z art. 24, podmioty wchodzące w skład konsorcjum występującego po stronie zagranicznego dostawcy ponoszą solidarną odpowiedzialność za niewykonanie lub należyte wykonanie zobowiązań offsetowych. Dalej, zgodnie z ustawą offsetową podmioty wchodzące w skład konsorcjum powinny wyznaczyć spośród siebie podmiot upoważniony do ich reprezentowania (tzw. lidera konsorcjum). Niewątpliwie zatem umowa konsorcjum powinna odzwierciedlać te elementy, tj. wskazywać na sposób wzajemnych rozliczeń w przypadku pociągnięcia przez Skarb Państwa danego członka konsorcjum do odpowiedzialności z tytułu umowy offsetowej. Umowa ta powinna również wskazywać zasady wyłaniania lidera konsorcjum i wymiany informacji, które umożliwią liderowi prowadzenie efektywnej komunikacji ze Skarbem Państwa.

2. Przesłanki stosowania offsetu

Przesłanki stosowania offsetu dzielimy na przesłanki podmiotowe i przedmiotowe. Pierwsze z nich dotyczą podmiotów mogących być stroną umowy offsetowej. Z kolei druga kategoria przesłanek dotyczy możliwości należytego uzasadnienia zastosowania offsetu z uwzględnieniem treści art. 346 ust. 1 lit. b TFUE w związku z procesem zawierania umowy dostawy.

Niezbędne dla możliwości zastosowania offsetu w Polsce jest spełnienie przesłanek podmiotowych, o których mowa w ustawie offsetowej. Umowa offsetowa jest bowiem umową dwustronnie podmiotowo kwalifikowaną, tj. jej stronami mogą być wyłącznie Skarb Państwa oraz zagraniczny dostawca¹²⁷. Powyższe wynika z przepisów ustawy offsetowej (w tym w szczególności z art. 2 pkt 1) zawierających definicję legalną umowy offsetowej, która została określona jako umowa zawierana między

¹²⁷ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017, s. 915, nb 164; A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, Warszawa 2018, s. 304, nb 9; M. Koziński, *Umowa offsetowa jako rodzaj kontraktu państwowego, cz. II*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2000/10, s. 23-26.

Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą. Następny rozdział został poświęcony w całości podmiotom występującym w ramach offsetu, w związku z czym należy w tym miejscu wyłącznie w ograniczonym zakresie odnieść się do tej problematyki. Zasadnicze ze względów podmiotowych znaczenie ma przymiot „zagraniczności” drugiej względem Skarbu Państwa strony umowy offsetowej (tj. zagranicznego dostawcy). Skarb Państwa jest podmiotem stosującym offset i inicjującym procedurę offsetową, a zatem w praktyce nie ma problemów ze stwierdzeniem, że Skarb Państwa zaangażowany jest w proces zawierania umowy dostawy. Sama definicja offsetu w zakresie wskazującym na jego cel, polegający na potrzebie uniezależnienia się od zagranicznego dostawcy, wyjaśnia potrzebę specyficznego uregulowania sytuacji, gdy kontrahentem jest podmiot zagraniczny. Regulacje ustawy offsetowej nie precyzują jednak, jakie jest kryterium uznania dostawcy za podmiot zagraniczny. Zgodzić należy się z prezentowaną w piśmiennictwie tezą, iż decyduje o tym statut personalny tego podmiotu. Zagraniczni dostawcy to zatem podmioty, dla których prawem właściwym jest prawo obce, o czym zgodnie z art. 17 ust. 1 i 2 p.p.m. decyduje siedziba tego podmiotu lub w razie odesłania, o którym mowa w art. 17 ust. 2 p.p.m., prawo, zgodnie z którym dany podmiot został utworzony¹²⁸. Podobnie nie budzi wątpliwości, iż obce państwo działające jako podmiot prawa prywatnego ma przymiot „zagraniczności”. Należy mieć przy tym na względzie treść art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej, zgodnie z którym umowy dostawy zawierane przez podmioty dominujące lub podmioty zależne w stosunku do zagranicznego dostawcy uważa się za zawierane przez tego zagranicznego dostawcę. W związku z powyższym należy stwierdzić, że pierwszym etapem badania potrzeby zastosowania offsetu jest dokonanie oceny, czy podmiot zagraniczny jest podmiotem, który będzie realizował umowę dostawy. Ewentualnie należy stwierdzić, że podmiot zagraniczny jest podmiotem dominującym lub zależnym (w rozumieniu art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej) w stosunku do ubiegającego się o udzielenie mu zamówienia (szerzej temu tematowi poświęcony jest rozdział czwarty).

O wiele bardziej skomplikowane są przesłanki przedmiotowe stosowania offsetu w Polsce. Zasadniczym warunkiem, który musi zostać spełniony, aby możliwe było

¹²⁸ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 916-917, nb 167.

zawarcie umowy offsetowej, jest spełnienie warunków umożliwiających skorzystanie z derogacji przewidzianej w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Do art. 346 ust. 1 lit. b TFUE oraz do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa odwołuje się w zasadzie całość regulacji ustawy offsetowej. Z ustawy tej wynika także jednoznacznie, że element uzasadniający ochronę tych podstawowych interesów stoi u podstaw każdego etapu zawierania umowy offsetowej:

- a) umowa dostawy została określona jako mająca na celu realizację zamówienia stanowiącego środek, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, którego wykonanie wymaga offsetu (art. 2 pkt 1);
- b) założenia do oferty offsetowej określać muszą wymagania niezbędne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (art. 8 ust. 3 pkt 1);
- c) oferta offsetowa jest dokumentem, w którym wyrażona jest wola zawarcia umowy offsetowej niezbędnej z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (art. 2 pkt 15);
- d) zobowiązanie offsetowe jest to zobowiązanie niezbędne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (art. 2 pkt 2);
- e) offset jest określany jako kooperacja niezbędna z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, której zastosowanie nadto wymaga uzasadnienia z punktu widzenia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (art. 2 pkt 14 oraz art. 7 ust. 4);
- f) umowa offsetowa jest umową mającą na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (art. 2 pkt 1).

Z powyższych przepisów jednoznacznie wynika, iż obok wystąpienia po stronie kontrahenta Skarbu Państwa „zagranicznego” podmiotu, niezbędne jest spełnienie przesłanki umożliwiającej skorzystanie z wyłączenia uregulowanego w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Należy także odpowiedzieć na pytanie, czy sam fakt stwierdzenia, iż zawarcie umowy dostawy spełnia warunek zastosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, oznacza jednocześnie istnienie obowiązku zawarcia umowy offsetowej. Zagadnienie to nie jest jednoznaczne. Nie budzi większego sporu w piśmiennictwie, iż objęcie umowy dostawy wyłączeniem z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE stanowi *conditio sine qua non* zastosowania offsetu. Przepisy samej ustawy offsetowej są w tym zakresie jednoznaczne, wystarczy bowiem zwrócić uwagę na art. 1, na definicję umowy dostawy

oraz na art. 8 ust. 1 normujący procedurę opracowywania założeń do oferty offsetowej na podstawie informacji o zamiarze wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia objętego art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, która to informacja musi jednocześnie odpowiadać wymaganiom rozporządzenia wydanego zgodnie z art. 4c p.z.p.¹²⁹. Powyższe nie daje jednak odpowiedzi na pytanie, czy objęcie umowy dostawy regulacją z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, przy spełnieniu przesłanki podmiotowej, stanowi wyłącznie jeden z warunków zawarcia umowy offsetowej, czy też automatycznie sprawia, iż istnieje obowiązek zawarcia tej umowy.

W doktrynie wyrażono pogląd, iż taki obowiązek istnieje. Wskazuje się, że w obecnym stanie prawnym ustawa offsetowa nie przewiduje już obowiązku zawarcia umowy offsetowej ze względu na wartość realizowanych dostaw na potrzeby obronności; konstrukcja art. 346 ust. 1 lit. b TFUE nie zakłada również konieczności odwołania się do instytucji offsetu w przypadku zawierania umów objętych zakresem zastosowania tego przepisu. Przedstawiciele tego poglądu wskazują jednak, iż z przepisów ustawowych wynika, że obowiązek posłużenia się konstrukcją offsetu istnieje w każdym wypadku, w którym dostawa realizowana jest w warunkach wskazanych w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, a dostawcą ma być podmiot zagraniczny. Artykuł 3 ust. 1 ustawy offsetowej stanowi bowiem, że zagraniczny dostawca ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej na zasadach określonych w ustawie. Z kolei art. 8 ust. 1 i 2 wskazuje, że zamawiający zamierzający zawrzeć umowę objętą zakresem art. 346 ust. 1 lit. b TFUE zobowiązany jest poinformować o tym Ministra Obrony Narodowej, który niezwłocznie przekazuje zamawiającemu załozenia do oferty offsetowej wraz z projektem umowy offsetowej. Z obowiązku zawarcia umowy offsetowej zwolnieni są wyłącznie dostawcy, którzy nie mają statusu dostawców zagranicznych¹³⁰. Należy uznać, iż istotnie literalna wykładnia części przepisów ustawowych wskazuje na istnienie obowiązku zawarcia umowy offsetowej w przypadku, gdy dostawa ma być realizowana w warunkach wskazanych w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Poza wyżej wskazanymi argumentami, zasadniczo przemawia za tym poglądem brzmienie art. 8 ustawy offsetowej.

¹²⁹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 23).

¹³⁰ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 916-917, nb 167.

Ustęp pierwszy tego artykułu nakazuje przekazanie w sposób niezwłoczny informacji o zamiarze wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Po uzyskaniu takiej informacji Minister Obrony Narodowej (na podstawie ww. informacji, uzasadnienia zastosowania offsetu oraz po uzyskaniu opinii Komitetu Offsetowego) niezwłocznie przekazuje zamawiającemu założenia do oferty offsetowej (art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej). Założenia do oferty offsetowej oraz projekt umowy offsetowej stanowią element warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (art. 8 ust. 4 ustawy offsetowej). Z powyższych przepisów można wywnioskować, iż decyzja o objęciu umowy dostawy regulacją z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE powoduje automatycznie obowiązek zawarcia umowy offsetowej – zawarcie tej umowy ma być wręcz warunkiem postępowania o udzielenie zamówienia.

Rozważenia wymaga jednak kwestia, czy ww. pogląd – zakładający istnienie takiego automatyzmu – nie jest w istocie sprzeczny z całością uregulowań dotyczących procedury offsetowej oraz z prawem unijnym. W pierwszej kolejności należy zwrócić uwagę na samą treść art. 1 *in fine* ustawy offsetowej, który wskazuje wyraźnie, iż ustawa reguluje zawieranie umów związanych z realizacją zamówień objętych art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, w przypadku gdy wymagany jest offset. Innymi słowy, w obecnej ustawie offsetowej dokonano eliminacji automatyzmu związanego z przedmiotem umowy dostawy oraz jego wartością, uznając, iż podstawowe znaczenie ma istnienie przesłanek pozwalających na skorzystanie z wyłączenia przewidzianego w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Ponadto spełnienie przesłanek przedmiotowych dotyczy w zasadzie każdego etapu decyzyjnego procedury offsetowej. Poczynając od objęcia tym warunkiem umowy dostawy po ostateczną wersję umowy offsetowej, tj. potencjalnie aż do chwili zatwierdzenia umowy offsetowej przez Radę Ministrów zgodnie z art. 29 ustawy offsetowej. Rozporządzenie wykonawcze do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej¹³¹ wskazuje przy tym, iż uzasadnienie konieczności zastosowania offsetu zawiera m.in. rekomendację dotyczącą zastosowania bądź niezastosowania offsetu (§ 1 ust. 3 pkt 5). Odmienne wykładnia prowadziłaby do nieracjonalnego

¹³¹ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1819).

poglądu, iż w wypadku objęcia umowy dostawy wyłączeniem z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, uzasadnienie zastosowania offsetu, o którym mowa w art. 7 ust. 4 ustawy offsetowej jest wyłącznie formalnością, tj. uzasadnienie to ma zostać sporządzone niezależnie od istnienia ku temu podstaw. Można bowiem sobie wyobrazić sytuację, iż sama umowa dostawy jest objęta wyłączeniem z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, jednakże brak jest potrzeby stosowania offsetu. Powyższe stanowisko jest poparte wykładnią prounijną, na którą wielki nacisk położono w uzasadnieniu projektu obecnej ustawy offsetowej. W uzasadnieniu tym podkreślono konieczność ostrożnego stosowania możliwości wskazanych w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Wyłączenie to umożliwia stosowanie offsetu poza procedurami obowiązującymi na rynku wewnętrznym z zastrzeżeniem, iż dotyczy to wyjątkowych i indywidualnie ocenianych przypadków, które są uzasadnione podstawowym interesem bezpieczeństwa państwa. Ponadto z rozważań przedstawionych w rozdziale drugim wynika jednoznacznie, że wyłączenie stosowania dyrektywy obronnej nie otwiera automatycznie możliwości żądania kompensacji (offsetu) związanej z danym zamówieniem. Zatem wyłączenie samego zamówienia w zakresie obronności nie oznacza jednocześnie zgody na zastosowanie wymagań offsetowych w ramach tego przetargu. Stosowanie offsetu jest bowiem dodatkowym środkiem oddziałującym na handel wewnątrzunijny i w związku z tym środek ten musi być uzasadniony osobno. Zatem państwo członkowskie zamierzające zastosować art. 346 TFUE musi każdorazowo być w stanie udowodnić, że każde wymaganie z osobna jest niezbędne do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa tego państwa (Wytyczne nb 23). Należy więc uznać, iż dla zawarcia umowy offsetowej niezbędne jest objęcie umowy dostawy art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, natomiast nie jest to wystarczająca przesłanka dla zawarcia umowy offsetowej. Samo zastosowanie offsetu wymaga również szczegółowego uzasadnienia z perspektywy art. 346 ust. 1 lit. b TFUE.

Ostatnim zagadnieniem, które należy rozstrzygnąć, jest to, czy w przypadku spełnienia warunków podmiotowych oraz przedmiotowych umowy offsetowej, tj. wystąpienia zagranicznego podmiotu oraz spełnienia warunków objęcia umowy offsetowej art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, istnieje obowiązek czy też wyłącznie uprawnienie po stronie przedstawicieli Skarbu Państwa do zawarcia umowy offsetowej. Ustawa offsetowa nie dostarcza jednoznacznej odpowiedzi w tym względzie. Należy jednak przyjąć, iż w wypadku spełnienia wszystkich warunków przewidzianych

w ustawie offsetowej taki obowiązek istnieje i jest nałożony zarówno na Skarb Państwa, jak i na zagranicznego dostawcę. W pierwszej kolejności należy wskazać, iż zgodnie z art. 3 ust. 1 ustawy offsetowej zagraniczny dostawca ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej. Jednocześnie, zgodnie z art. 8 ust. 5. tej ustawy, zagraniczny dostawca składa ofertę offsetową Ministrowi Obrony Narodowej nie później niż w terminie złożenia zamawiającemu oferty na dostawę. Natomiast zgodnie z art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej umowa dostawy nie może być zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej. Ponadto w myśl z art. 8 ust. 4 ustawy offsetowej założenia do oferty offsetowej i projekt umowy offsetowej stanowią element warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Żadne przepisy nie dają swobody wyboru, czy należy zawrzeć umowę offsetową czy też nie, a ich stanowcze brzmienie wskazuje na istnienie obowiązku, a nie wyłącznie uprawnienia. Innymi słowy należy uznać, iż w wypadku spełnienia przesłanek podmiotowej oraz przedmiotowych istnieje obowiązek zawarcia umowy offsetowej. Oczywiście odmienną kwestią jest podjęcie przez stronę polską decyzji, czy zawarcie umowy offsetowej jest niezbędne z punktu widzenia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, co w praktyce ma przecież charakter mocno uznaniowy; nie można również wykluczyć potencjalnej możliwości odstąpienia od wcześniej przyjętej decyzji w tym zakresie na dalszym etapie zawierania umowy offsetowej. Niemniej jednak w wypadku uznania, iż taki warunek jest spełniony, należy stwierdzić, iż zawarcie umowy offsetowej jest obligatoryjne. Odmienna wykładnia prowadziłaby do absurdalnego wniosku, iż organ państwa nie jest obowiązany do działania w interesie państwa, pomimo stwierdzenia przez ten sam organ zaistnienia konieczności ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa Polski. Oczywiście, wskazując na istnienie obowiązku, nie można zapominać o fakcie, że zawieranie umowy offsetowej powiązane jest z procesem zawierania umowy dostawy. Postawienie zbyt wygórowanych żądań w stosunku do zagranicznego dostawcy może doprowadzić do tego, że zagraniczny dostawca zrezygnuje z zawierania umowy dostawy. Podobnie brak możliwości wynegocjowania offsetu w niezbędnym zakresie przez Skarb Państwa może doprowadzić do tego, że zostanie podjęta decyzja o rezygnacji z zawierania umowy dostawy, mającej na celu realizację zamówienia, którego wykonanie wymaga offsetu.

3. Podsumowanie

Offset jest w rozumieniu ustawy offsetowej powiązany z umową dostawy wielopodmiotowym procesem ukierunkowanym na zagwarantowanie istnienia w Polsce sumy zdolności zapewniających Skarbowi Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w zakresie, który jest niezbędny z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Cechą charakterystyczną konstrukcji prawnej omawianej instytucji jest wielość stosunków cywilnoprawnych występujących pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w offset. Obok umowy dostawy oraz umowy offsetowej, występować może wiele innych stosunków umownych regulujących zasady współpracy zaangażowanych podmiotów. Z rozważań przedstawionych powyżej wynika, iż istnieją dwie kategorie przesłanek zastosowania offsetu. Do pierwszej kategorii zaliczamy przesłanki podmiotowe, tj. istnienie relacji pomiędzy Skarbem Państwa a podmiotem zagranicznym, który jest zainteresowany udzieleniem zamówienia. Z kolei druga kategoria przesłanek ma charakter przedmiotowy i związana jest z potrzebą uzasadnienia zastosowania offsetu z punktu widzenia klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Należy przy tym przyjąć, iż zastosowanie offsetu wymaga uzasadnienia z punktu widzenia przesłanki z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE na każdym etapie decyzyjnym.

Rozdział IV Podmioty umowy offsetowej

W czwartym rozdziale przedstawiono podmioty zaangażowane w offset. Rozdział ten opisuje w pierwszej kolejności strony umowy offsetowej, czyli Skarb Państwa oraz zagranicznego dostawcę. Następnie omawiane są osoby trzecie, które są kluczowe z punktu widzenia realizacji tej umowy, tj. offsetobiorcy będący beneficjentami świadczeń objętych umową offsetową oraz offsetodawcy, którym powierzone jest wykonanie zobowiązań offsetowych. Rozdział ten, poza przedstawieniem oraz interpretacją definicji ustawowych, ma przede wszystkim na celu wyjaśnienie licznych wątpliwości występujących w praktyce, które dotyczą zależności, jakie mogą powstać pomiędzy ww. podmiotami.

1. Strony umowy offsetowej

1.1 Skarb Państwa – Minister Obrony Narodowej

Jedną z dwóch stron umowy offsetowej jest Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Obrony Narodowej. Zindywidualizowanie Skarbu Państwa w procedurze offsetowej budzi najmniejsze problemy praktyczne, ze względu na fakt, iż jest to podmiot znajdujący się w obszarze zainteresowania doktryny i orzecznictwa od wielu lat. Przyjmuje się powszechnie, iż państwo jest podmiotem zarówno prawa publicznego, jak i prawa prywatnego. W prawie publicznym państwo występuje z pozycji władczej (sfera *imperium*), nadrzędnej w stosunku do innych podmiotów. Z kolei w stosunkach prywatnoprawnych Skarb Państwa jest szczególnym typem osoby prawnej będącej emanacją państwa polskiego. W ramach tych stosunków Skarb Państwa zajmuje pozycję równorzędną z innymi uczestnikami obrotu (sfera *dominium*)¹³². Artykuł 34 k.c. wskazuje, że Skarb Państwa jest podmiotem takich praw i obowiązków, które dotyczą mienia państwowego nienależącego do innych państwowych osób prawnych.

¹³² W. Katner, *Udział orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w rozwiązaniu sporów o inwestycje z udziałem Państwa*, http://www.efcongress.com/sites/default/files/analizy/ekf-wojciech_katner.pdf (dostęp: dnia 14 października 2019 r.); E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2019, art. 34; P. Sobolewski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, art. 34.

W doktrynie wyróżnia się następujące szczególne cechy Skarbu Państwa jako osoby prawnej¹³³:

- 1) Skarb Państwa nie ma siedziby w rozumieniu art. 41 k.c.;
- 2) Skarb Państwa nie gaśnie i nie powstaje jako podmiot prawny wskutek określonych zdarzeń prawnych;
- 3) Skarb Państwa nie ma wyodrębnionej struktury organizacyjnej i nie posiada organów w rozumieniu cywilnoprawnym;
- 4) Skarb Państwa działa poprzez właściwe państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (*stationes fisci*);
- 5) Skarb Państwa obejmuje w istocie wszelkie wyodrębnione organizacyjnie, a niemające osobowości prawnej, państwowe jednostki organizacyjne.

Najistotniejszą z punktu widzenia obrotu prawnego cechą Skarbu Państwa jest działanie poprzez państwowe jednostki organizacyjne nieposiadające osobowości prawnej (*stationes fisci*). Przeważnie są to jednostki organizacyjne spełniające równocześnie, w ramach *imperium*, funkcje władcze państwa¹³⁴. Ustawodawca wskazuje właściwą *stationis fisci* zazwyczaj w sposób pośredni, tj. poprzez określenie zadań i kompetencji różnorodnych państwowych jednostek organizacyjnych. Nie ulega wątpliwości, że każda czynność cywilnoprawna państwowej jednostki organizacyjnej niemającej osobowości prawnej jest z mocy prawa czynnością Skarbu Państwa. Jednostki te działają bowiem na rachunek Skarbu Państwa i wynikające z takiego działania przysporzenie majątkowe następuje zawsze na jego rzecz¹³⁵.

Z definicji legalnej umowy offsetowej wynika, iż Skarb Państwa jest jej stroną (art. 2 pkt 1 ustawy offsetowej). Ponadto z definicji zobowiązania offsetowego wynika, że jest ono zobowiązaniem zagranicznego dostawcy m.in. wobec Skarbu Państwa (art. 2 pkt 2 ustawy offsetowej), co oznacza, że Skarb Państwa jest stroną uprawnioną z umowy offsetowej. Jednocześnie także zakres reprezentacji Skarbu Państwa został

¹³³ R. Szczepaniak, *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, red. M. Gutowski, Legalis 2018, art. 34, nb 6.

¹³⁴ M. Pazdan, *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, art. 34, nb 2.

¹³⁵ E. Gniewek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2019, art. 34, nb 3.

precyzyjnie określony w ustawie offsetowej (art. 7 ust. 3 ustawy offsetowej), która stanowi, iż umowę offsetową zawiera Skarb Państwa reprezentowany przez Ministra Obrony Narodowej. Uprawnienie Ministra Obrony Narodowej w zakresie reprezentacji Skarbu Państwa stanowi nowość, która została wprowadzona przez obecną ustawę offsetową. Wyłączenie kompetencji ministra właściwego do spraw gospodarki (m.in. art. 4b, 6a, 7 ust. 2 i 3 ustawy offsetowej), jest naturalną konsekwencją przyjęcia nowego modelu offsetu, zgodnie z którym to nie walor kompensacyjny ma mieć podstawowe znaczenie, lecz potrzeba ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Skarb Państwa zajmuje bardzo silną pozycję w ramach stosunków prawnych kształtowanych w ramach procedury offsetowej. Jest to bowiem nie tylko strona uprawniona z tytułu umowy offsetowej, lecz również podmiot organizujący cały proces zawierania umowy oraz kontrolujący jej wykonanie (szerzej na ten temat mówi rozdział ósmy). Pozycja Skarbu Państwa – a dokładnie Ministra Obrony Narodowej reprezentującego w tym zakresie Skarb Państwa – może być przyrównana do roli gospodarza, który podejmuje decyzję o potrzebie zawarcia umowy dostawy, w związku z którą zachodzi potrzeba uzyskania offsetu i organizuje cały proces negocjacji oraz zawarcia umowy offsetowej. Nie oznacza to jednak, iż dochodzi w tym miejscu do przekreślenia w sferze cywilnoprawnej zasady równorzędnej pozycji stron umowy offsetowej. Zagraniczny dostawca, negocjując postanowienia umowy offsetowej, nadal dysponuje dużym zakresem swobody, wykraczającym znacznie poza pozycję stron przystępujących wyłącznie do umów adhezyjnych. W istocie faktyczna pozycja Skarbu Państwa bywa niekiedy słabsza niż zagranicznego przedsiębiorcy o dominującej pozycji na rynku zbrojeniowym, ze względu na ograniczoną liczbę przedsiębiorców mogących zapewnić wymagany przedmiot dostawy sprzętu wojskowego. W zależności od warunków konkurencji oraz wagi danej umowy dostawy, odpowiednio kształtują się pozycje negocjacyjne stron umowy offsetowej. Można zatem stwierdzić, że siłę negocjacyjną stron umowy offsetowej kształtuje przede wszystkim znaczenie ekonomiczne i polityczne, jakie ma dla nich zawarcie umowy dostawy, a nie sytuacja prawna ukształtowana w ustawie offsetowej.

1.2 Zagraniczny dostawca

Pozycja Skarbu Państwa w procedurze offsetowej jest niewątpliwie silna, lecz to druga strona umowy offsetowej, tj. zagraniczny dostawca, w co najmniej równym stopniu wpływa na szczególny charakter tej umowy. W celu zrekonstruowania pojęcia zagranicznego dostawcy, należy odwołać się do definicji legalnych zawartych w ustawie offsetowej. Zgodnie z art. 2 pkt 3 tej ustawy, zagraniczny dostawca to strona umowy dostawy lub inny podmiot, który wykonuje umowę offsetową za stronę umowy dostawy, w tym konsorcjum, rząd innego państwa lub agendę rządową, które ubiegają się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, i złożyła ofertę offsetową. Z kolei umowa dostawy została określona w art. 2 pkt 5 ustawy offsetowej jako umowa między zamawiającym a wykonawcą, mająca na celu realizację zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, stanowiącego środek, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, którego wykonanie wymaga offsetu. Stronami umowy dostawy, do których odsyła definicja zagranicznego dostawcy, są zatem wykonawca oraz zamawiający. Niewątpliwie, ze względu na konstrukcję procedury dotyczącej zamówień w zakresie obronności państwa, zagraniczny dostawca może potencjalnie zajmować wyłącznie pozycję wykonawcy w ww. umowie. Mając na uwadze powyższe definicje legalne, można zatem przyjąć, że zagranicznym dostawcą może być podmiot, który:

1. jest związany z umową dostawy jako:
 - a) wykonawca będący stroną umowy dostawy, której realizacja ma podstawowe znaczenie dla bezpieczeństwa państwa albo;
 - b) inny podmiot wykonujący umowę offsetową za podmiot będący wykonawcą;
2. ubiega się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa;
3. złożył ofertę offsetową.

Literalne brzmienie ww. definicji jednoznacznie wskazuje, iż stroną umowy offsetowej nie musi być strona umowy dostawy. Należy przyjąć, iż wyliczenie podmiotów mogących uzyskać status zagranicznego dostawcy jest zdeterminowane przede wszystkim celem umowy offsetowej. Zamiarem ustawodawcy było bowiem określenie jak najszerszego kręgu podmiotów mogących być stroną umowy offsetowej. W sposób oczywisty wskazuje na to m.in. treść jednej z ustaw nowelizujących dawną

ustawę offsetową¹³⁶. Ustawa nadała definicji zagranicznego dostawcy z dawnej ustawy offsetowej brzmienie prawie identyczne z obowiązującym w obecnej ustawie. Uzasadnienie projektu tej nowelizacji wskazywało, iż poprzednia, węższa definicja zagranicznego dostawcy nie była precyzyjna i nie uwzględniała wielu sytuacji, w których zagranicznym dostawcą uzbrojenia lub sprzętu wojskowego może być, przykładowo, konsorcjum lub rząd innego państwa¹³⁷. Jednocześnie także stosunek zagranicznego dostawcy do stron umowy dostawy może być różny. Zagranicznym dostawcą może być zatem wykonawca z umowy dostawy albo inny podmiot wykonujący umowę offsetową za wykonawcę z umowy dostawy (pkt 1 lit. a albo lit. b). Może być to również konfiguracja kilku takich podmiotów (pkt 1 lit.: a-a, a-b, b-b). Mogą być to podmioty o bardzo różnej formie – w tym rządy obcych państw oraz agendy rządowe. Do typowej sytuacji w obrocie prawnym, gdy zagraniczny dostawca nie jest jednocześnie stroną umowy dostawy, dochodzi w przypadku nabywania przez Skarb Państwa uzbrojenia od amerykańskich przedsiębiorców zbrojeniowych we wspomnianym w poprzednim rozdziale trybie *Foreign Military Sale (FMS)*¹³⁸.

Istnienie podmiotu, który może być uznany za zagranicznego dostawcę w rozumieniu ustawy offsetowej ma kluczowe znaczenie z punktu widzenia procedury offsetowej. Jest to bowiem przesłanka podmiotowa umożliwiająca inicjację procedury zmierzającej do zawarcia i wykonania umowy offsetowej. Jak wskazano w poprzednim rozdziale, zasadnicze ze względów podmiotowych znaczenie ma przymiot „zagraniczności” dostawcy. Nie budzi przy tym wątpliwości, iż obce państwo działające jako podmiot prawa prywatnego ma przymiot „zagraniczności”. Wynika to m.in. z definicji zagranicznego dostawcy, wskazującej na możliwość występowania w tej roli „rządu obcego państwa”. W istocie chodzi oczywiście nie o rząd, a o odpowiednik Skarbu Państwa będący emanacją obcego państwa w stosunkach cywilnoprawnych.

¹³⁶ Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz. U nr 251 poz. 1845).

¹³⁷ Uzasadnienie projektu z dnia 12 czerwca 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa wraz z projektem aktu wykonawczego, V kadencja, druk sejm. nr 717.

¹³⁸ Szerzej na temat procedury FMS oraz jej stosunku do offsetu: Luke R. A. Butler, *Transatlantic...*, s. 392-402, 415-421.

Umowa taka zachowuje bowiem swój cywilnoprawny charakter. Definicja zagranicznego dostawcy jest jednak ściśle związana z przymiotem uczestnictwa w procedurze offsetowej. Jak wskazano bowiem, powinien to być podmiot lub podmioty ubiegające się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Ponadto podmiot taki powinien, zgodnie z definicją legalną, złożyć ofertę offsetową. Chronologicznie pojęcie zagranicznego dostawcy występuje jednak w ustawie offsetowej dopiero od etapu złożenia przez niego oferty offsetowej (art. 8 ust. 5). Pojawia się zatem pytanie, jak określić wystąpienie podmiotu mogącego stać się zagranicznym dostawcą na etapie podejmowania decyzji o zastosowania offsetu. Pojęcie zagranicznego dostawcy definiowane jest bowiem w pierwszej kolejności przez bycie stroną umowy dostawy lub wykonywanie umowy offsetowej za stronę tej umowy. Oczywistym jest, że na etapie dokonywania oceny, czy zastosować w odniesieniu do danej umowy dostawy wymaganie offsetowe, żaden podmiot nie może być jeszcze stroną umowy dostawy. Wynika to z faktu, że umowa dostawy nie może zostać zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej (art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej). Tym samym początkowa część definicji zagranicznego dostawcy skonstruowana jest z uwzględnieniem finalnego efektu całej procedury offsetowej. Innymi słowy, ocena wystąpienia przesłanki podmiotowej zastosowania offsetu następuje przez stwierdzenie faktu, który znany będzie dopiero po finalizacji całego procesu negocjacji umowy offsetowej. Podobnie niewiele ułatwia na początkowym etapie procedury offsetowej stwierdzenie, że zagraniczny dostawca jest podmiotem, który złożył ofertę offsetową. Jest to co prawda etap wstępny procedury offsetowej, niemniej również on następuje po czasie, w którym należy podjąć decyzję, jaki podmiot jest zagranicznym dostawcą. W pierwszej kolejności należy bowiem skierować do zagranicznego dostawcy założenia do oferty offsetowej, aby podmiot ten mógł następnie złożyć ofertę offsetową. Założenia do oferty offsetowej i projekt umowy offsetowej stanowią bowiem element warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa, na podstawie których to założeń zagraniczny dostawca składa ofertę offsetową Ministrowi Obrony Narodowej (art. 8 ust. 4 i 5 ustawy offsetowej). Zatem jedynym pomocnym elementem definicji zagranicznego dostawcy jest bycie podmiotem ubiegającym się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa i złożenie oferty offsetowej. To właśnie przez

pryzmat ubiegania się o udzielenie zamówienia można dokonać weryfikacji, który podmiot może stać się zagranicznym dostawcą. Dla zrekonstruowania pojęcia „ubieganie się o udzielenie zamówienia” należy posłużyć się niewątpliwie dorobkiem prawa zamówień publicznych, które w ten sposób definiuje m.in. pojęcie wykonawcy. Zgodnie bowiem z art. 2 pkt 11 p.z.p. przez wykonawcę należy rozumieć osobę fizyczną, osobę prawną albo jednostkę organizacyjną nieposiadającą osobowości prawnej, która ubiega się o udzielenie zamówienia publicznego, złożyła ofertę lub zawarła umowę w sprawie zamówienia publicznego. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, za „ubieganie się o udzielenie zamówienia” należy uznać każdy przejaw woli uzyskania zamówienia publicznego¹³⁹. Intencją jest bowiem szerokie rozumienie pojęcia wykonawcy¹⁴⁰. Warto wskazać, że w podobny sposób, co definicja wykonawcy w prawie zamówień publicznych, została skonstruowana definicja wykonawcy w decyzji Nr 367/MON z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. MON poz. 265). Tym samym należy stwierdzić, że zagranicznym dostawcą jest podmiot przejawiający w jakikolwiek sposób wolę uzyskania zamówienia w ramach umowy dostawy. Jeżeli zatem podmiot wyrażający wolę uzyskania zamówienia z dziedziny obronności ma charakter zagraniczny, wówczas można rozważyć, czy w danym stanie faktycznym zasadnym będzie zastosowanie offsetu.

Większych trudności następuje dokonanie wykładni art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej, zgodnie z którym umowy dostawy zawierane przez podmioty dominujące lub podmioty zależne w stosunku do zagranicznego dostawcy uważa się za zawierane przez tego zagranicznego dostawcę. Definicja podmiotu dominującego oraz podmiotu zależnego została umieszczona odpowiednio w art. 2 pkt 11 i pkt 12 ustawy offsetowej. Przez podmiot dominujący rozumie się podmiot, w przypadku gdy:

- a) posiada bezpośrednio lub pośrednio przez inne podmioty większość głosów w organach innego podmiotu, także na podstawie porozumień z innymi osobami lub;

¹³⁹ J. E. Nowicki, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. J. E. Nowicki, M. Kotecki LEX 2018, art. 2, nt 76.

¹⁴⁰ I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo...*, art. 2, nt 23.

- b) jest uprawniony do powoływania lub odwoływania większości członków organów zarządzających innego podmiotu, lub;
- c) więcej niż połowa członków organu zarządzającego drugiego podmiotu jest jednocześnie członkami organu zarządzającego, prokurentami lub osobami pełniącymi funkcje kierownicze pierwszego podmiotu bądź innego podmiotu pozostającego z pierwszym w stosunku zależności.

Cel ww. przepisów wydaje się być oczywisty już przy wstępnej jego analizie i jest nim zamiar wyeliminowania sytuacji, gdy podmiot potencjalnie mogący uzyskać status zagranicznego dostawcy przejmuje kontrolę nad polskim podmiotem, za pośrednictwem którego ubiega się o udzielenie zamówienia, w celu ominięcia obowiązku związanego z potrzebą wykonania zobowiązań offsetowych w Polsce. Brak zagranicznego charakteru wykonawcy tamowałby zatem wszczęcie procedury offsetowej. Dokonując takiej wykładni zauważyć jednak można, że polski ustawodawca nie ogranicza się wyłącznie do stosunku zależności względem zagranicznego dostawcy, lecz wskazuje również na możliwość wystąpienia w tym zakresie stosunku dominacji. Ponadto ustawodawca nie odróżnia w tym przepisie stosunku dominacji lub zależności względem spółki polskiej od takiego stosunku względem spółki zagranicznej. Taki stan rzeczy można wyjaśnić analizując, w jaki sposób i kiedy doszło do uchwalenia analizowanego przepisu w obecnym jego kształcie. Przytoczony art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej ma bliźniacze brzmienie względem treści art. 2 ust. 1a dawnej ustawy offsetowej. Przywołany przepis dawnej ustawy offsetowej został wprowadzony nowelizacją z 2002 r.¹⁴¹ Jak wynika z uzasadnienia projektu tej nowelizacji¹⁴², art. 2 ust. 1a został wprowadzony jako część rozwiązań mających na celu zapobieżenie omijania przepisów ustawy offsetowej. Nacisk w tym uzasadnieniu nie został jednak położony na problem dominacji zagranicznego dostawcy nad polskimi spółkami ubiegającymi się o udzielenie zamówienia; chodziło raczej

¹⁴¹ Ustawa z dnia 7 czerwca 2002 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 81 poz. 733).

¹⁴² Uzasadnienie projektu z dnia 18 kwietnia 2002 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, IV kadencja, druk sejm. nr 418.

o wprowadzenie rozwiązań, które nakazywały sumować wartości dostaw jednego dostawcy z trzech kolejnych lat przy obliczaniu, czy osiągnięty został pułap wartości 5 mln EUR, który stanowił przesłankę zaistnienia obowiązku wykonania offsetu. Jak wskazuje ww. uzasadnienie projektu: „Z tej samej przyczyny proponuje się sumować dostawy podmiotów wchodzących w skład jednej grupy kapitałowej”. Zatem w 2002 roku ustawodawca nie miał jeszcze w zamiarze osiągnięcia celu opisywanego na wstępie tego akapitu. Chodziło bowiem o sumowanie dostaw w ramach grupy kapitałowej zagranicznego dostawcy. Tak rozumiana intencja ustawodawcy niewątpliwie nie uzasadniała ograniczenia treści przepisu wyłącznie do stosunku zależności polskiego podmiotu od zagranicznego dostawcy. Sytuacja jednak prezentuje się odmiennie na gruncie nowej ustawy offsetowej, gdzie obowiązek spełnienia wymagań offsetowych nie jest i nie może być związany w żaden sposób z wartością umowy dostawy. Tym samym pozostawienie tego przepisu w obecnych przepisach może być podyktowane wyłącznie chęcią zapobieżenia sytuacji, w której dochodziłoby do omijania przesłanki podmiotowej pozwalającej na wszczęcie procedury offsetowej, jaką jest istnienie „zagranicznego dostawcy”. Dominacja podmiotu zagranicznego nad polskim przedsiębiorcą zbrojeniowym jest bowiem sytuacją spotykaną w praktyce¹⁴³. Mając powyższe na względzie należy podjąć próbę wyjaśnienia znaczenia art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej, który wciąż jest przedmiotem wielu problemów interpretacyjnych.

W tym celu niezbędne jest w pierwszej kolejności przedstawienie znaczenia stosunku zależności lub dominacji. Wątpliwości pojawiają się już na etapie poszukiwania odpowiedzi na pytanie, w stosunku do kogo dany podmiot ma być zależny lub dominujący, aby ww. przepis miał zastosowanie. Ustawa wskazuje, iż chodzi tu o stosunek względem zagranicznego dostawcy. Jak już wyżej wskazano, na wstępnym etapie procedury offsetowej nie ma jeszcze mowy o złożeniu oferty offsetowej lub o byciu stroną umowy dostawy, bowiem sytuacje te mogą wystąpić dopiero na późniejszych etapach procedury. Problem pojawia się jednak wówczas, gdy dany podmiot zagraniczny nie występuje w sposób oficjalny o udzielenie mu

¹⁴³ Tytułem przykładu można wskazać na: PZL-Świdnik, http://pzl.swidnik.pl/pzl_pl/company-profile.html (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.) i PZL-Mielec, <http://www.pzlmielec.pl/firma/dzialalnosc/> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.).

zamówienia na dostawę sprzętu o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Jeżeli bowiem w procedurze zmierzającej do zawarcia umowy dostawy występuje wyłącznie podmiot zależny lub dominujący względem zagranicznego dostawcy, często problematyczne może być stwierdzenie ubiegania się o udzielenie tego zamówienia przez podmiot zagraniczny. Niewątpliwie błędna jest wykładnia, zgodnie z którą wystarczającym dla istnienia stosunku zależności lub dominacji względem zagranicznego dostawcy jest wystąpienie jakiegokolwiek podmiotu zagranicznego, który byłby powiązany z polskim przedsiębiorcą zbrojeniowym ubiegającym się o udzielenie zamówienia z dziedziny obronności. W takim bowiem przypadku należałoby stwierdzić, że polska spółka, nawet w 100% należąca do Skarbu Państwa, musi brać udział w procedurze offsetowej, tylko dlatego, że jest spółką dominującą względem jakiejkolwiek spółki ustanowionej na prawie obcym – przykładowo w wyniku utworzenia spółki działającej jako jej zagraniczny przedstawiciel handlowy. Bez wątpienia aż tak szerokie ujęcie należy uznać za błędne. Prowadziłoby to bowiem do paraliżu rozwoju polskiego przemysłu obronnego. Dodatkowo należy uznać, że w takim przypadku ustawa posługiwałaby się stosunkiem zależności lub dominacji w stosunku do „podmiotu zagranicznego”, a nie do „zagranicznego dostawcy”. Aby zatem art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej miał jakiegokolwiek celowościowe uzasadnienie, do powyższego problemu należy podejść posługując się wykładnią teleologiczną – opisany na samym wstępie tych rozważań cel omawianej regulacji nie wydaje się bowiem kontrowersyjny. Stosowne jest zatem posłużenie się przyjętym na gruncie prawa zamówień publicznych szerokim sposobem rozumienia pojęcia „ubieganie się” o udzielenie zamówienia. Powinno zatem chodzić o powiązanie stosunkiem dominacji lub zależności polskiego podmiotu z podmiotem zagranicznym, który w jakikolwiek sposób przejawia wolę uzyskania zamówienia. Przeważnie wola ta będzie wyrażona udzieleniem polskiemu podmiotowi pozwolenia na korzystanie ze swoich zdolności w odniesieniu do warunków dotyczących wykształcenia, kwalifikacji zawodowych lub doświadczenia. Znając powiązania rynkowe oraz zdolności poszczególnych przedsiębiorców zbrojeniowych, zamawiający może w dość prosty sposób stwierdzić, iż polska spółka występuje wyłącznie jako swoisty przedstawiciel w kraju, tj. w istocie ma pełnić w ramach umowy dostawy rolę wtórną (podwykonawcy lub agenta). Rynek zbrojeniowy jest na tyle ograniczony po stronie podażowej, że nie ma przeważnie większych problemów z identyfikacją

głównego podmiotu stojącego za danym projektem. Ponadto przyjętą regułą w ramach zamówień z dziedziny obronności jest potrzeba wykazania przez spółkę nieposiadającą odpowiedniego potencjału, że może ona posłużyć się potencjałem spółki zagranicznej. Zatem przy ocenie stosunków zależności lub dominacji z art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej istotne znaczenie powinny mieć wyłącznie stosunki z podmiotem zagranicznym zainteresowanym w jakikolwiek sposób wykonywaniem umowy dostawy. Taki sposób rozumienia pojęcia „zagranicznego dostawcy” na gruncie ww. przepisu jest również zrozumiałe z punktu widzenia przedmiotu offsetu. Chodzi bowiem o pozyskanie na potrzeby polskiego przemysłu obronnego odpowiedniego potencjału, a tym samym żądanie przekazania tego potencjału powinno płynąć od podmiotu, który tym pożądanym potencjałem faktycznie dysponuje (samodzielnie lub wraz z innymi podmiotami). Jeżeli offset ma prowadzić do uzyskania niezależności przez Skarb Państwa od zagranicznego dostawcy, to tym samym zagraniczny dostawca musi posiadać zdolności, które bez offsetu tę zależność powodują. Przy poszukiwaniu owego „zagranicznego dostawcy” należy zadać sobie zatem pytanie, czy podmiot ten mógłby realizować zamówienie bez potrzeby posługiwania się spółką zależną lub dominującą. Przyjęcie ww. sposobu rozumienia zagranicznych dostawców eliminuje nie tylko potrzebę podciągania pod kategorię zagranicznego dostawcy polskich spółek zbrojeniowych, które występują również w obrocie międzynarodowym (posiadają zagraniczne spółki zależne). Ponadto należy konsekwentnie przyjąć, iż w przypadku gdy polski przedsiębiorca zbrojeniowy jest faktycznie kontrolowany przez spółkę zagraniczną, nieposiadającą potencjału do realizacji dostawy (przykładowo zagraniczny fundusz kapitałowy bez innego potencjału zbrojeniowego), nie ma podstaw do stosowania w takim przypadku art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej. Warto w tym miejscu wskazać, że ww. przepis zawiera wymaganie, aby podmiot dominujący lub zależny w stosunku do zagranicznego dostawcy miał polski charakter. Nie można bowiem wykluczyć, że zagraniczny dostawca posłuży się innym zależnym podmiotem powstałym na podstawie prawa obcego, przykładowo w celu ograniczenia odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. W takim przypadku ustawodawca również umożliwia przyjęcie na potrzeby ustawy offsetowej, że umowy dostawy zawierane przez podmioty dominujące lub podmioty zależne w stosunku do zagranicznego dostawcy są w istocie zawierane przez tego zagranicznego dostawcę.

Po ustaleniu charakteru podmiotu, względem którego należy dokonać oceny wystąpienia stosunku zależności lub dominacji (zagranicznego dostawcy), należy przejść do istoty art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej. Możliwe są różne interpretacje tego przepisu. Zgodnie z jednym poglądem, ww. przepis tworzy fikcję prawną, na podstawie której podmiot działający na podstawie prawa polskiego byłby traktowany jako podmiot zagraniczny. Przedstawiciele tego poglądu wskazują, że analizowany przepis rozszerza zakres obowiązku zawarcia umowy offsetowej na niektóre podmioty podlegające prawu polskiemu. Wynikać z tego ma, że podmiot polski będący podmiotem dominującym lub zależnym w stosunku do podmiotu zagranicznego także podlega obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej¹⁴⁴. Innymi słowy polski podmiot, w przypadku gdy zachodzi stosunek dominacji lub zależności względem zagranicznego dostawcy, uznawany jest za zagranicznego dostawcę, a tym samym polski podmiot ma obowiązek zawarcia i realizacji umowy offsetowej, o ile potrzeba relacji offsetu w związku z umową dostawy uznana zostanie za niezbędną. Wówczas polski podmiot stałby się stroną umowy offsetowej, o ile nie wskazałby innego podmiotu zgodnie z możliwością przewidzianą w definicji zagranicznego dostawcy.

Druga z możliwości interpretacyjnych polega na przyjęciu, iż nie ma znaczenia dla procedury offsetowej, czy zagraniczny podmiot samodzielnie ubiega się o udzielenie zamówienia (ma być wykonawcą umowy dostawy), czy też został w tej roli wskazany inny podmiot, którego z podmiotem zagranicznym łączy stosunek zależności lub dominacji. Kluczowe znaczenie ma dysponowanie niezbędnym potencjałem przez podmiot wyrażający wolę uzyskania zamówienia, tj. ubiegający się w jakikolwiek sposób o zawarcie umowy dostawy, chociażby nie miał być stroną tej umowy. Innymi słowy niezależnie od tego, kto formalnie zabiega o zawarcie umowy offsetowej, polskie organy zajmujące się organizacją zamówienia ukierunkowują procedurę offsetową bezpośrednio na zagranicznego dostawcę, który dysponuje oczekiwanym przez Skarb Państwa potencjałem.

Powyższe dwie możliwe interpretacje niosą za sobą daleko idące konsekwencje prawne. Od rozstrzygnięcia tego zagadnienia będzie zależeć, który podmiot – polski czy też zagraniczny – będzie stroną danej umowy offsetowej. Zgodnie z art. 3 ust. 4

¹⁴⁴ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 916-917, nb 167.

ustawy offsetowej, to „umowy dostawy” zawierane przez podmiot dominujący lub zależny są traktowane jako zawierane przez zagranicznego dostawcę. Przepis nie stanowi natomiast, iż to ten „podmiot dominujący lub zależny” jest uznawany za zagranicznego dostawcę. Innymi słowy, fikcja prawna w tym przypadku, wedle literalnego brzmienia przepisu, polega na przyjęciu, że stroną umowy dostawy jest „potencjalny” zagraniczny dostawca, a nie jej rzeczywista strona. Nie chodzi natomiast o fikcję prawną uznającą polski podmiot za podmiot zagraniczny. Przyjęcie takiej interpretacji jest jednocześnie zgodne z wykładnią celowościową mówiącą o potrzebie ochrony interesów Skarbu Państwa w zakresie odpowiedzialności zagranicznego dostawcy. Przyjmując bowiem interpretację, zgodnie z którą chodzi o zrównanie pozycji prawnej polskiego podmiotu z podmiotem zagranicznym, nadal odpowiedzialność względem państwa ponosiłaby spółka polska, a nie zagraniczny dostawca, występujący w ramach umowy offsetowej co najwyżej w roli offsetodawcy. Podobnie przyjęcie pierwszej z interpretacji oznaczałoby, że przepis art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej znajduje zastosowanie tylko w przypadku, gdy stosunek zależności lub dominacji istnieje względem spółki polskiej. Jeżeliby znaczenie tego przepisu zredukować do zrównania statusu podmiotu dominującego lub zależnego z podmiotem zagranicznym, przepis ten dotyczyłby wyłącznie spółek polskich. Stosunek zależności lub dominacji pomiędzy dwoma zagranicznymi podmiotami należałoby bowiem uznać za irrelevantny z punktu widzenia możliwości przyznania tym podmiotom statusu zagranicznego dostawcy, ponieważ zagraniczny podmiot, niezależnie od istnienia tej fikcji, nadal pozostawałby podmiotem zagranicznym. Z kolei interpretacja pozwalająca na skierowanie do danego podmiotu żądania realizacji offsetu niezależnie od tego, kto jest stroną umowy dostawy, pozwala w logiczny sposób wyjaśnić wszystkie opisane wątpliwości. To bowiem organy właściwe dla organizacji procedury offsetowej decydują, czy stroną umowy offsetowej nie powinien być faktyczny podmiot posiadający potencjał, który ma być przekazany polskim offsetobiorcom – niezależnie od tego, czy w ramach umowy dostawy występuje jakiś inny podmiot zależny lub dominujący. Należy zatem przyjąć interpretację, że zagranicznym dostawcą może być wyłącznie podmiot zagraniczny. Niezależnie bowiem od tego, kto występuje jako strona umowy dostawy, stroną umowy offsetowej powinien być zagraniczny dostawca dysponujący odpowiednim potencjałem, którego łączy stosunek zależności lub dominacji z ww. stroną umowy dostawy.

Mając na uwadze powyższą interpretację, należy rozwiązać problem, co dzieje się w sytuacji, gdy zarówno polski przedsiębiorca zbrojeniowy występujący o udzielenie zamówienia, jak również powiązany z nim zagraniczny podmiot, posiadają wystarczający potencjał dla realizacji umowy dostawy. Jeżeli całość potencjału niezbędnego do realizacji umowy dostawy, ocenianego z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, znajduje się już na terytorium RP, wówczas trudno jest uzasadnić potrzebę realizacji offsetu przez jakiś inny podmiot zagraniczny, niezależnie od powiązań z polskim przedsiębiorcą. W takim bowiem przypadku powstaje pytanie, czy występuje realna potrzeba uniezależnienia się od zagranicznego dostawcy we wskazanym zakresie, a tym samym, czy offset powinien być w ogóle wymagany. Odpowiedź na to pytanie zależy jednak od konkretnego stanu faktycznego. Nie można bowiem wykluczyć sytuacji, gdy potrzeba offsetu istnieje mimo wszystko, wobec pełnej zależności polskiego przedsiębiorcy od podmiotu zagranicznego. W takiej jednak sytuacji stroną umowy offsetowej powinien być podmiot zagraniczny, gdyż owa „zagraniczność” stanowi przesłankę podmiotową offsetu, która nie jest modyfikowana przez treść art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej.

Na koniec rozważań dotyczących zagranicznego dostawcy należy przedstawić sytuację, gdy polski podmiot nieposiadający wystarczającego potencjału ubiega się samodzielnie o udzielenie zamówienia, wskazując jednocześnie podmiot zagraniczny jako swojego podwykonawcę (którego potencjałem się wspiera). Jednocześnie ten polski podmiot nie wykazuje stosunku zależności lub dominacji względem ww. podmiotu. Nie powinno budzić większych sporów, iż w sytuacji ubiegania się przez kilka podmiotów (np. w ramach konsorcjum) o udzielenie zamówienia, spośród których część jest podmiotami polskimi, a część zagranicznymi dysponującymi wymaganym potencjałem, istnieje możliwość skierowania do tych zagranicznych podmiotów wymagania zawarcia umowy offsetowej. W przypadku jednak samodzielnego występowania polskiego podmiotu, nieposiadającego wystarczającego potencjału, odpowiedź na to pytanie nie jest jednoznaczna, gdyż definicja zagranicznego dostawcy nie mówi o tym, kto ma wskazywać „inny podmiot, który wykonuje umowę offsetową za stronę umowy dostawy”. Jednocześnie „ubieganie się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa” może niewątpliwie wystąpić w przypadku podwykonawcy, skoro zgodnie z definicją ma chodzić także o podmioty niebędące stroną umowy

dostawy, a „ubieganie się” powinno być interpretowane w sposób szeroki, jako jakikolwiek przejaw woli uzyskania zamówienia. Taka interpretacja przemawiałaby za możliwością skierowania wymagań offsetowych do niepowiązanego zagranicznego podwykonawcy. Należy jednak opowiedzieć się za stanowiskiem przeciwnym, zgodnie z którym w ww. sytuacji nie ma możliwości żądania realizacji offsetu stosując art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej *a contrario*. Skoro bowiem ustawodawca wskazał na możliwość uznania umowy dostawy za zawartą przez zagranicznego dostawcę wyłącznie w przypadku wystąpienia stosunku dominacji lub zależności, tym samym nie ma takiej możliwości, gdy taka relacja pomiędzy ww. podmiotami nie występuje. W przeciwnym razie przepis zostałby sformułowany w inny sposób, ewentualnie ustawodawca w ogóle by z tego przepisu zrezygnował. Rozstrzygnięcie powyższej wątpliwości nie jest zatem łatwe. Nawet jednak przyjmując drugie z rozwiązań, trzeba zauważyć, że interes bezpieczeństwa państwa nie musi być w takim przypadku zagrożony przez ryzyko omijania wymagania offsetowego. To bowiem państwo definiuje wymagania dot. zamówienia i wskazuje w sposób jednoznaczny, w jakim zakresie dana strona może posługiwać się podwykonawcą, a jakim potencjałem musi dysponować samodzielnie strona ubiegająca się o zamówienie. W taki sposób została skonstruowana decyzja Nr 367/MON Ministra Obrony Narodowej¹⁴⁵, tj. decyzja określająca procedurę dokonywania zakupów, w związku z którą może być wymagany offset. We wskazanej wyżej decyzji zamawiający uzyskał m.in. na podstawie § 17 olbrzymią swobodę decydowania o zasadach podwykonawstwa i jego zakresie, w sposób minimalizujący opisane wyżej zagrożenie.

Konkludując rozważania dotyczące zagranicznego dostawcy, zasadnym jest postulat *de lege ferenda* wprowadzenia nowej definicji legalnej zagranicznego dostawcy i dokonanie niezbędnej modyfikacji art. 3 ust. 4 ustawy offsetowej. W tym zakresie można zaproponować definicję, zgodnie z którą zagraniczny dostawca jest to podmiot mający miejsce zamieszkania albo siedzibę poza terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, który samodzielnie lub współdziałając w jakikolwiek sposób z polskimi lub zagranicznymi podmiotami ubiega się o udzielenie zamówienia na dostawę. Faktyczny interes i zaangażowanie w realizację zamówienia przez zagraniczny podmiot

¹⁴⁵ Decyzja Nr 367/MON z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz.Urz. MON poz. 265).

powinien bowiem decydować o przyznaniu mu statusu zagranicznego dostawcy, ponadto powinno być jasne, że zagranicznym dostawcą może być wyłącznie podmiot zagraniczny. W dalszej kolejności należałoby postulować nowelizację art. 3 ust. 4 i zastąpienie przesłanki ubiegania się o udzielenie zamówienia przesłanką zawierania umowy dostawy. Ponadto poza stosunkiem zależności lub dominacji należałoby także wprowadzić instrumenty przeciwdziałające ryzyku omijania wymagań offsetowych w sytuacjach, gdy podmiot zagraniczny ubiega się o udzielenie zamówienia nie tylko poprzez powiązany ze sobą polski podmiot, ale również gdy jest co najmniej kluczowym podwykonawcą polskiego podmiotu. Brak istnienia stosunku dominacji nie wyklucza bowiem możliwości poczynienia przez podmiot zagraniczny ustaleń biznesowych z polskim podmiotem, które zagrażają potrzebie realizacji offsetu.

2. Osoby trzecie w stosunku do umowy offsetowej

2.1 Offsetobiorca

Zgodnie z definicją legalną wyrażoną w art. 2 pkt 4 ustawy offsetowej, offsetobiorcą jest podmiot wykonujący działalność gospodarczą w zakresie, o którym mowa w art. 7 ust. 1 ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym¹⁴⁶, z miejscem zamieszkania albo siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, a także jednostkę sektora finansów publicznych oraz podmiot, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 4-8 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce¹⁴⁷. Na samym wstępie analizy pojęcia offsetobiorcy należy stwierdzić, że jego definicja nie jest do końca precyzyjna. Nie określa ona bowiem osoby trzeciej mającej uzyskać korzyści płynące z realizacji umowy offsetowej, lecz wskazuje wyłącznie krąg podmiotów, które mogą uzyskać status offsetobiorcy. Oczywistym jest bowiem, że nie każdy z wymienionych w definicji podmiotów jest *ex lege* offsetobiorcą, a są to jedynie te podmioty, które mogą zostać wskazane w umowie offsetowej jako beneficjenci zobowiązania

¹⁴⁶ Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. poz. 1214).

¹⁴⁷ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. poz. 1668).

offsetowego. W celu doprecyzowania definicji offsetobiorcy, zasadnym jest dokonanie nowelizacji przepisów ustawy offsetowej, w wyniku której offsetobiorca byłby dookreślony jako beneficjent zobowiązań offsetowych.

W zakresie definicji ustawowej można wyróżnić trzy kategorie podmiotów mogących zostać offsetobiorcami. W pierwszej kolejności ustawodawca wskazuje na podmiot wykonujący działalność gospodarczą wymagającą uzyskania koncesji w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym lub obrotu technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, z miejscem zamieszkania albo siedzibą na terytorium RP. Krąg podmiotów koncesjonowanych wskazanych w art. 7 ust. 1 u.w.d.g.w. jest szeroki. Obecnie na polskim rynku funkcjonuje ponad tysiąc podmiotów posiadających koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym¹⁴⁸. Ustawa offsetowa stawia wyłącznie jedno dodatkowe wymaganie formalne podmiotom odpowiadającym pierwszej kategorii podmiotów z definicji offsetobiorcy, a mianowicie muszą to być podmioty z miejscem zamieszkania albo siedzibą na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej. Pomimo braku istnienia innych wymagań, w praktyce wybór offsetobiorców spośród polskich podmiotów koncesjonowanych dokonuje się z bardziej ograniczonego kręgu. Najczęściej podejmuje się decyzję o ulokowaniu offsetu u przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym posiadających taki status zgodnie z rozporządzeniem w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym¹⁴⁹. Na potwierdzenie powyższej tezy można podać przykład zawartych do tej pory umów offsetowych na gruncie nowej ustawy offsetowej. Dotychczas jako offsetobiorcy zostały wskazane podmioty, które widniały na

¹⁴⁸ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 listopada 2015 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (Dz.U. poz. 1871). Rejestr przedsiębiorców posiadających koncesję na wykonywanie działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, <https://archiwumbip.mswia.gov.pl/bip/form/159,Rejestr-przedsiębiorcow-posiadajacych-koncesje-na-wykonywanie-dzialalnosci-gospo.html> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.).

¹⁴⁹ Wydane na podstawie delegacji z art. 6 ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz.U. Nr 122, poz. 1320 ze zm.).

ww. liście. Intencją było bowiem ulokowanie poszczególnych zdolności u przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym, posiadających załóżki potencjału i odpowiednie zaplecze kadrowe, techniczne i technologiczne, wykształcone podczas dotychczasowej realizacji własnej działalności produkcyjnej i remontowej¹⁵⁰. Do takiego też ukształtowania umów offsetowych doszło w wyniku przeprowadzonych negocjacji z zagranicznymi dostawcami w zakresie pierwszych trzech umów zawartych na podstawie obecnej ustawy offsetowej¹⁵¹. Nie bez znaczenia w powyższym zakresie jest to, że oficjalne uznanie przez Polskę określonego podmiotu za mający szczególne znaczenie gospodarczo-obronne ułatwia uzasadnienie zastosowania offsetu na rzecz takiego podmiotu z punktu widzenia treści art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Warto przy tym wskazać, że lokowanie offsetu w podmiotach wymienionych w ww. wykazie zgodnie z art. 4 i 2 ustawy z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców¹⁵² umożliwia późniejsze korzystanie z pozyskanych zdolności na potrzeby obronności państwa, niezależnie od tego, czy podmioty będące offsetobiorcami znajdują się pod kontrolą Skarbu Państwa (spółki niezależne kapitałowo lub osobowo od Skarbu Państwa). Oddziaływanie na podmioty wskazane w omawianym wykazie jest bowiem możliwe poprzez realizację ustalonych przez Radę Ministrów zadań polegających w szczególności na:

- 1) mobilizacji gospodarki, obejmującej zadania wybranych działów gospodarki w zakresie zabezpieczenia potrzeb obronnych państwa oraz na rzecz Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej i wojsk sojuszniczych w warunkach zagrożenia bezpieczeństwa państwa i w czasie wojny,

¹⁵⁰ Odpowiedź na interpelację nr 32937 w sprawie uzyskania wyjaśnień dotyczących strategii rządu odnośnie do niezależności polskiego sektora obronnego od dostaw zagranicznych z dnia 28 lipca 2015 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=1E83368A> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.) oraz W. Pawłuszko, F. Seredyński, Ustawa..., Wprowadzenie, nb 15.

¹⁵¹ *PGZ w pierwszej fazie Wisły*, <https://www.defence24.pl/pgz-w-pierwszej-fazie-wisly> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.). *Mocowania i tapicerka, czyli jakie kompetencje zyska Świdnik na kontrakcie na AW101*, <https://www.defence24.pl/mocowania-i-tapicerka-czyli-jakie-kompetencje-zyska-swidnik-na-kontrakcie-na-aw101> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.).

¹⁵² Dz.U. z 2001 r., Nr 122, poz. 1320 ze zm.

- 2) militaryzacji, obejmującej uzupełnienie potrzeb kadrowych i sprzętowych wynikających ze struktury jednostki zmilitaryzowanej oraz inne przedsięwzięcia w zakresie przygotowań organizacyjno-mobilizacyjnych, jeżeli na mocy odrębnych przepisów przedsiębiorca jest przewidziany do objęcia militaryzacją,
- 3) planowaniu operacyjnym, obejmującym przedsięwzięcia planistyczne, dotyczące w szczególności funkcjonowania przedsiębiorcy w warunkach zewnętrznego zagrożenia bezpieczeństwa państwa i w czasie wojny,
- 4) szkoleniu obronnym, obejmującym działania podejmowane w czasie pokoju, mające na celu przygotowanie załogi do realizowania zadań obronnych,
- 5) realizacji obowiązków państwa-gospodarza, w tym przedsięwzięć związanych z udzieleniem wsparcia przybywającym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej wojskom sojuszniczym, udostępnieniu lokalnej infrastruktury, realizacji zabezpieczenia logistycznego oraz ochrony wojsk i obiektów.

Tym samym praktyka lokowania offsetu w podmiotach wymienionych na opisywanej liście zapewnia, że niezależnie od struktur właścicielskich potencjalnego offsetobiorcy, możliwe jest uniezależnienie polskiego przemysłu obronnego od zagranicznego dostawcy w tym zakresie oraz skorzystanie z nabytego w drodze offsetu potencjału w sytuacjach kryzysowych.

W ramach rozważań dotyczących charakteru prawnego offsetobiorcy, praktycznym problemem, z którym można się spotkać na gruncie stosowania ustawy offsetowej, jest to, czy polska koncesjonowana spółka zbrojeniowa (tj. spełniająca warunki bycia potencjalnym offsetobiorcą), może uzyskać status offsetobiorcy w ramach umowy dostawy zawartej z zagranicznym dostawcą, który jest podmiotem dominującym względem tej polskiej spółki. Formalnie rzecz ujmując trudno jest odnaleźć argumenty przeciwko takiemu rozwiązaniu, w szczególności że na gruncie dawnej ustawy offsetowej należało uznać takie rozwiązanie za jak najbardziej dopuszczalne. Zgodnie z rozporządzeniem mnożnikowym, dopuszczalne było wręcz przekazywanie w ramach offsetu określonej technologii offsetobiorcy, ale także przejście kontroli nad offsetobiorcą w wyniku objęcia jego udziałów lub akcji. Dopuszczalne było również zobowiązanie offsetowe polegające wyłącznie na wniesieniu wkładu na rzecz offsetobiorcy (co bez obejmowania udziałów lub akcji zakłada wcześniejsze istnienie opisywanej zależności). Na gruncie nowej ustawy offsetowej niewątpliwie celem jest uniezależnienie się od zagranicznego dostawcy.

Wydaje się zatem celowe przekazanie polskiej spółce zależnej od zagranicznego dostawcy potencjału wyłącznie w przypadku, gdy mimo tego stosunku zależności państwo nadal będzie dysponowało możliwością oddziaływania na offsetobiorcę w sposób zapewniający kontrolę nad nim, chociażby tylko w sytuacjach kryzysowych. Jeżeli bowiem takiej możliwości „uniezależnienia się” nie można w wyniku ww. offsetu osiągnąć, należy uznać taki offset za niedopuszczalny na gruncie nowej ustawy offsetowej. Zupełnie inaczej jednak powinniśmy spojrzeć na sytuację, gdy istnieje możliwość oddziaływania na polską spółkę pomimo ww. zależności. Dlatego też należy opowiedzieć się za dopuszczalnością lokowania offsetu w spółkach zależnych od zagranicznego dostawcy w przypadku objęcia potencjalnego offsetobiorcy ww. wykazem spółek o znaczeniu strategicznym. Niezależnie bowiem od struktur właścicielskich, państwo powinno dysponować możliwością oddziaływania na sposób wykorzystania uzyskanego potencjału przez podmioty znajdujące się na jego terytorium. Tym samym należy uznać, iż nie ma formalnych przeciwwskazań dla podjęcia takiej decyzji. Jest ona jednak zależna od konkretnych okoliczności, w celu zapewnienia, aby offset był niezbędny z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Niewątpliwie przy dokonywaniu takiej oceny należy wziąć pod uwagę, na ile faktycznie państwo polskie ma możliwości oddziaływania na takie spółki w sytuacjach kryzysowych.

Drugą z kategorii potencjalnych offsetodawców są jednostki sektora finansów publicznych. Zgodnie z ustawą o finansach publicznych¹⁵³, przez jednostkę sektora finansów publicznych należy rozumieć jednostki wymienione w art. 9 tej ustawy, tj.:

- 1) organy władzy publicznej, w tym organy administracji rządowej, organy kontroli państwowej i ochrony prawa oraz sądy i trybunały;
- 2) jednostki samorządu terytorialnego oraz ich związki;
- 2a) związki metropolitalne;
- 3) jednostki budżetowe;
- 4) samorządowe zakłady budżetowe;
- 5) agencje wykonawcze;
- 6) instytucje gospodarki budżetowej;

¹⁵³ Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1649).

- 7) państwowe fundusze celowe;
- 8) Zakład Ubezpieczeń Społecznych i zarządzane przez niego fundusze oraz Kasę Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i fundusze zarządzane przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego;
- 9) Narodowy Fundusz Zdrowia;
- 10) samodzielne publiczne zakłady opieki zdrowotnej;
- 11) uczelnie publiczne;
- 12) Polską Akademię Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne;
- 13) państwowe i samorządowe instytucje kultury;
- 14) inne państwowe lub samorządowe osoby prawne utworzone na podstawie odrębnych ustaw w celu wykonywania zadań publicznych, z wyłączeniem przedsiębiorstw, instytutów badawczych, banków i spółek prawa handlowego.

Analizując powyższy katalog należy stwierdzić, że część jednostek sektora finansów publicznych nie powinna mieć większego znaczenia w procesie stosowania ustawy offsetowej. Kluczowe znaczenie z punktu widzenia procedury offsetowej ma bowiem jej cel, którym jest zapewnienie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa w zakresie produktów o przeznaczeniu wojskowym. Ze względu na powyższy cel, już na pierwszy rzut oka niewątpliwie trudno jest uzasadnić przekazywanie świadczeń objętych zobowiązaniami offsetowymi na rzecz: jednostek samorządu terytorialnego oraz ich związków, związków metropolitalnych, samorządowych zakładów budżetowych, Zakładu Ubezpieczeń Społecznych i zarządzanych przez niego funduszy oraz Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego i funduszy zarządzanych przez Prezesa Kasy Rolniczego Ubezpieczenia Społecznego, Narodowego Funduszu Zdrowia, samodzielnych publicznych zakładów opieki zdrowotnej, czy też państwowych i samorządowych instytucji kulturalnych. Z kolei najczęściej spotykanymi kategoriami jednostek sektora finansów publicznych, które mogą stać się offsetobiorcami będą niewątpliwie jednostki budżetowe, do której to kategorii przedstawiciele doktryny zaliczają również wymienione organy władzy publicznej¹⁵⁴. Zgodnie z art. 11 ust. 1 ww. ustawy o finansach publicznych, jednostkami budżetowymi są jednostki organizacyjne sektora finansów publicznych nieposiadające osobowości

¹⁵⁴ M. Wróblewska, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, red. H. Dzwonkowski, G. Gołębiowski, LEX 2014, art. 9.

prawnej, które pokrywają swoje wydatki bezpośrednio z budżetu, a pobrane dochody odprowadzają na rachunek odpowiednio dochodów budżetu państwa albo budżetu jednostki samorządu terytorialnego. Jest to najstarsza i najbardziej rozpowszechniona forma gospodarki budżetowej. Jednostkami budżetowymi są takie jednostki sektora finansów publicznych, które nie mają osobowości prawnej. Z tego względu w obrocie prawnym korzystają z osobowości prawnej innych podmiotów¹⁵⁵. Państwowe jednostki budżetowe w stosunkach cywilnoprawnych działają w imieniu i na rzecz Skarbu Państwa (*stationes fisci*), natomiast jednostki gminne, powiatowe i wojewódzkie działają w imieniu i na rzecz właściwej jednostki samorządu terytorialnego¹⁵⁶. Z punktu widzenia ustawy offsetowej niewątpliwie kluczowe znaczenie mają jednostki wchodzące w skład resortu obrony narodowej, które z cywilistycznego punktu widzenia występują jako Skarb Państwa. Na gruncie dawnej ustawy offsetowej definicja offsetobiorcy wskazywała literalnie na jednostkę budżetową jako na kategorię offsetobiorców, która wykonuje zadania związane z eksploatacją uzbrojenia lub sprzętu wojskowego będącego przedmiotem dostawy (art. 3 pkt 4 dawnej ustawy offsetowej). Jako przykład tego typu offsetobiorców można wskazać na 1 Regionalną Bazę Logistyczną oraz Centrum Wsparcia Teleinformatycznego i Dowodzenia Marynarki Wojennej¹⁵⁷. W tym miejscu należy zaznaczyć, że przekazanie offsetu na rzecz jednostki budżetowej spowoduje, że zarówno stroną umowy offsetowej, jak i offsetobiorcą będzie Skarb Państwa.

Dodatkowo należy wskazać na dwie kategorie jednostek finansów publicznych, jakimi są uczelnie publiczne oraz Polska Akademia Nauk i tworzone przez nią jednostki organizacyjne. Do tej kategorii dodać podmioty, o którym mowa w art. 7 ust. 1 pkt 1, 2 i 4–8 Prawa o szkolnictwie wyższym i nauce¹⁵⁸, tj. następującymi jednostkami tworzącymi system szkolnictwa wyższego i nauki:

¹⁵⁵ M. Wróblewska, *Ustawa...*, art. 11.

¹⁵⁶ E. Malinowska-Misiąg, *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*. red. W. Misiąg, Legalis 2019, art. 11, nb 1.

¹⁵⁷ T. Nalepa, B. Wójtowicz, *Offset podstawą do utworzenia nowych relacji współdziałania przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym*, <http://doi.prz.edu.pl/pl/pdf/zim/192> (dostęp: 29 sierpnia 2019 r.).

¹⁵⁸ Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. - Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. poz. 1668).

- 1) uczelnie;
- 2) federacje podmiotów systemu szkolnictwa wyższego i nauki;
- 4) instytuty naukowe PAN;
- 5) instytuty badawcze;
- 6) międzynarodowe instytuty naukowe utworzone na podstawie odrębnych ustaw działające na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej;
- 7) Polską Akademię Umiejętności;
- 8) inne podmioty prowadzące głównie działalność naukową w sposób samodzielny i ciągły.

W ww. przepisie ustawodawca nie odwołał się do Polskiej Akademii Nauk (art. 7 ust. 1 pkt 3). Powyższy zabieg legislacyjny nie jest do końca zrozumiały. Wydaje się jednak, że intencją ustawodawcy nie było wyeliminowanie Polskiej Akademii Nauk z grona potencjalnych offsetobiorców, a raczej uniknięcie powtarzania PAN wobec jej wymienienia jako jednej z jednostek sektora finansów publicznych.

Zarówno w zakresie jednostki sektora finansów publicznych, jak również w zakresie jednostek wskazanych w Prawie o szkolnictwie wyższym i nauce, pominięto wymaganie, aby te jednostki miały siedzibę na terytorium Polski. Nie ulega jednak wątpliwości, że ustawodawca, nie definiując w ustawie offsetowej tych pojęć w sposób szczególny, miał na myśli odesłanie do ww. aktów prawnych, z których jednoznacznie wynika, iż są to jednostki o „polskim” charakterze.

2.2 *Offsetodawca*

Pojęcie offsetodawcy zostało zdefiniowane w art. 2 pkt 10 ustawy offsetowej, zgodnie z którym przez offsetodawcę rozumie się zagranicznego dostawcę lub podmioty przez niego wskazane do wykonania zobowiązań offsetowych, za które zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego, niezależnie od winy. Definicja ta wskazuje zatem, iż offsetodawcą jest zagraniczny dostawca lub inny podmiot przez niego wskazany do wykonania zobowiązań offsetowych. Ponadto w definicji tej powtórzono treść art. 25 ust. 1 i 2 ustawy offsetowej, który dotyczy zasad odpowiedzialności (więcej na ten temat w rozdziale siódmym). Spójnik „lub” w ww. definicji został użyty słusznie, gdyż spotykaną praktyką w umowach offsetowych było kształtowanie umowy offsetowej w ten sposób,

że zagraniczny dostawca wykonywał samodzielnie część zobowiązań offsetowych, natomiast w pozostałym zakresie angażował do tego inne podmioty niebędące stroną umowy offsetowej. Dotyczy to w szczególności sytuacji, gdy w celu wykonania umowy dostawy zagraniczny dostawca posługuje się podwykonawcami, którzy posiadają potencjał kluczowy dla Skarbu Państwa. Z powyższego wynika, iż stroną umowy dostawy, zagranicznym dostawcą i offsetodawcą może być ten sam podmiot, jak również że mogą być to trzy zupełnie różne podmioty.

Analizując pozycję prawną offsetodawcy należy jeszcze ustalić, jaki charakter ma stosunek prawny łączący zagranicznego dostawcę i offsetodawcę. Zagraniczny dostawca jest podmiotem w zasadniczej mierze zainteresowanym realizacją umowy dostawy, a tym samym biorącym na siebie ciężar realizacji umowy offsetowej. Zagraniczny dostawca ma zatem za zadanie zorganizować grupę podmiotów mogących przekazać zdolności wymagane przez Skarb Państwa wobec potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa. Za należyte wykonanie zobowiązań offsetowych odpowiedzialność ponosi wyłącznie zagraniczny dostawca. Natomiast offsetodawca występuje w ustawie offsetowej wyłącznie jako podmiot, który faktycznie wykonuje dane zobowiązanie, tj. przekazuje offsetobiorcy konkretną zdolność. Ze względu bowiem na fakt, że zagraniczny dostawca może nie dysponować samodzielnie daną zdolnością, musi on posiłkować się podmiotami trzecimi. Jednocześnie z perspektywy interesów Skarbu Państwa zasadnym jest, aby również offsetodawca uczestniczył w procedurze dotyczącej zatwierdzania wykonywania zobowiązania. To podmiot, który faktycznie wykonuje zobowiązania offsetowe, posiada największą wiedzę na temat tego całego procesu. Status offsetodawcy powinien być zatem kategorią obiektywną i płynąć z faktu, który to podmiot jest faktycznie właściwy do przekazania danych zdolności. Offsetodawca powinien przy tym posiadać pewną samodzielność przy realizacji zobowiązania offsetowego, tym samym powinien być oceniany jako podmiot, któremu zagraniczny dostawca powierza wykonanie danego zobowiązania offsetowego. Tak zarysowana pozycja odróżnia offsetodawcę będącego podmiotem, któremu zobowiązanie zostało powierzone, od podmiotów, z których pomocą zagraniczny dostawca wyłącznie przekazuje posiadaną przez siebie zdolność. Opisywany podział, który występuje na tle art. 474 k.c., oparty jest zatem na stopniu samodzielności osoby trzeciej wykonującej zobowiązanie offsetowe. Za offsetodawcę należałoby uznać wyłącznie „podwykonawcę”, tj. podmioty

wykonujące zobowiązanie offsetowe za zagranicznego dostawcę, gdy jego aktywność ogranicza się tylko do powierzenia wykonania. Nie ma natomiast podstaw do rozszerzenia pojęcia offsetodawcy na tzw. pomocników, czyli na sytuacje, gdy zagraniczny dostawca osobiście uczestniczy w wykonaniu zobowiązania offsetowego, posługując się przy tym pomocnikami¹⁵⁹. Jednocześnie należy uznać, że odwoływanie się w definicji offsetodawcy do zasad odpowiedzialności prowadzi do niepotrzebnej komplikacji tej definicji i powtórzenia zasad przewidzianych w art. 25 ustawy offsetowej.

Na koniec tych rozważań należy jeszcze udzielić odpowiedzi na pytanie, czy wyłącznie podmiot zagraniczny może być offsetodawcą, czy też teoretycznie może się nim stać także polska spółka. Na to pytanie można odpowiedzieć wyłącznie odnosząc się do celu realizacji umowy offsetowej, wobec milczenia w tym zakresie ustawodawcy. Ten sam problem został w ogólnym zarysie przedstawiony w części dotyczącej offsetobiorcy. W przeważającej większości przypadków, jeżeli polski podmiot dysponuje określonym potencjałem (szeroko rozumianą technologią), brak jest podstaw do żądania zastosowania offsetu. Nie można jednak wykluczyć sytuacji, gdy polski podmiot jest na tyle zależny od zagranicznego dostawcy, a kontrola nad tym podmiotem ze strony państwa na tyle utrudniona, że przekazanie innemu podmiotowi określonego potencjału jest niezbędne ze względu na potrzebę ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Konsekwentnie, przyjmując, że skoro offsetodawcą może co do zasady być również polski podmiot, o ile nie gwarantuje on niezależności polskiego przemysłu obronnego, to należy przyjąć, że taki podmiot nie może stać się jednocześnie offsetobiorcą w zakresie innych zobowiązań offsetowych. Przekazanie bowiem zobowiązań offsetowych podmiotowi, który nie zapewnia niezależności od zagranicznego dostawcy (choćby w sytuacjach kryzysowych), mijaloby się z celem stosowania offsetu, jakim jest zapewnienie wymaganej niezależności Skarbu Państwa. Nie można jednak *a priori* wykluczyć sytuacji, gdy dojdzie do takiego zbiegu; jeden podmiot stanie się zatem zarówno offsetodawcą, jak i offsetobiorcą w zakresie różnych zobowiązań offsetowych. Dotyczy to zwłaszcza przypadków, w których zachodzi potrzeba dywersyfikacji podmiotów posiadających potencjał

¹⁵⁹ W. Popiołek, *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 450-1088*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, art. 474, nb 2.

na terenie Polski. Taka sytuacja powinna występować jednak wyłącznie w wyjątkowych przypadkach i być oparta na bardzo gruntownej analizie potrzeb bezpieczeństwa państwa.

3. Podsumowanie

W rozdziale czwartym zostały przedstawione podmioty występujące w stosunkach z umowy offsetowej, tj. strony umowy offsetowej, jakimi są Skarb Państwa oraz zagraniczny dostawca. Ponadto wskazano osoby trzecie, które są kluczowe z punktu widzenia tej umowy, tj. offsetobiorców będących beneficjentami świadczeń objętych umową offsetową oraz offsetodawców, którym powierzone jest wykonanie zobowiązań offsetowych. Należy wskazać, że Skarb Państwa występuje jako strona uprawniona z umowy offsetowej. Skarb Państwa jest emanacją państwa w stosunkach cywilnoprawnych (*dominium*) i jest reprezentowana w tych stosunkach przez Ministra Obrony Narodowej (*statio fisci*). Drugą stroną umowy offsetowej jest zagraniczny dostawca, który jest podmiotem mającym siedzibę poza terytorium Polski lub został utworzony wedle prawa obcego. Ponadto podmiot ten powinien co najmniej ubiegać się w jakikolwiek sposób o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Offsetobiorcy to z kolei podmioty lub jednostki będące beneficjentami świadczeń objętych zobowiązaniami offsetowymi, którymi mogą być podmioty koncesjonowane zgodnie z art. 7 ust. 1 u.w.d.g.w., jak również jednostki sektora finansów publicznych (w szczególności jednostki budżetowe) oraz podmioty tworzące system szkolnictwa wyższego i nauki. Offsetodawcą jest natomiast podmiot, który faktycznie wykonuje zobowiązanie offsetowe, przy czym może to być zarówno sam zagraniczny dostawca, jak i osoba trzecia dysponująca zdolnościami wymaganymi przez Skarb Państwa.

Rozdział V Przedmiot umowy offsetowej

Piąty rozdział został poświęcony przedmiotowi umowy offsetowej, tj. przede wszystkim charakterystyce zobowiązań offsetowych oraz świadczeń, które są nimi objęte. W pierwszej kolejności w rozdziale tym opisano przyjęte w polskim oraz międzynarodowym piśmiennictwie podziały zobowiązań offsetowych. W dalszej kolejności na podstawie przyjętej siatki pojęciowej autor podjął próbę opisania istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych na gruncie obecnie obowiązującego prawa. Następnie dokonano oceny, jakiego rodzaju świadczenia mogą być potencjalnie przekazywane w wyniku realizacji zobowiązań offsetowych, posługując się w tym celu przykładami świadczeń przyjętymi na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Opisując ww. różnice poruszono również zagadnienie dopuszczalności stosowania występujących na gruncie dawnej ustawy offsetowej instytucji *pre-offsetu* oraz przyrzeczenia offsetowego. Celem tego rozdziału jest przedstawienie charakterystyki i przedmiotu zobowiązań offsetowych na gruncie obecnej ustawy offsetowej¹⁶⁰.

1. Typologia zobowiązań offsetowych

Tytułem wstępu należy poczynić kilka uwag dotyczących występujących w doktrynie podziałów zobowiązań offsetowych. Usystematyzowanie pojęć dotyczących zobowiązań offsetowych jest o tyle istotne, że występująca w międzynarodowym obrocie prawnym siatka pojęciowa opisująca problematykę offsetu nie do końca odpowiada podziałowi przyjętemu dotychczas w Polsce. Podstawowym podziałem zobowiązań offsetowych występującym w polskim piśmiennictwie jest podział oparty na brzmieniu dawnej ustawy offsetowej, gdzie art. 3 zawierał definicje legalne zobowiązań offsetowych bezpośrednich i pośrednich. Zgodnie z art. 3 pkt 7 dawnej ustawy offsetowej, przez zobowiązanie offsetowe bezpośrednie należało rozumieć zobowiązanie offsetowe, w którym offsetobiorcą jest podmiot prowadzący działalność w zakresie objętym koncesją wydaną na podstawie ustawy z dnia 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu

¹⁶⁰ Por. w tej kwestii również: S. Michałowski, *Charakterystyka...*, s. 44.

działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym¹⁶¹. Z kolei art. 3 pkt 8 ww. ustawy definiował zobowiązanie offsetowe pośrednie jako zobowiązanie offsetowe inne aniżeli zobowiązanie offsetowe bezpośrednie. Jak łatwo zauważyć, wskazane wyżej definicje oparte zostały nie na przedmiocie zobowiązania, lecz na charakterze beneficjenta tego zobowiązania, tj. na tym, czy offsetobiorca jest koncesjonowanym podmiotem zbrojeniowym czy też nie. Nie miało przy tym kluczowego znaczenia, czy podmiot koncesjonowany miał otrzymać świadczenie związane z przedmiotem posiadanej koncesji. Powyżej wskazany podział na zobowiązania offsetowe pośrednie i bezpośrednie silnie przeniknął do polskiej doktryny¹⁶². Należy w tym miejscu zaznaczyć, że pojęcia offset bezpośredni lub pośredni stosowane są zamiennie z pojęciami zobowiązanie offsetowe pośrednie lub bezpośrednie.

W piśmiennictwie międzynarodowym oraz w dokumentach wydawanych przez instytucje unijne można z kolei odnaleźć podział na zobowiązania offsetowe wojskowe i niewojskowe oraz na bezpośrednie i pośrednie. Podział ten nie do końca odpowiada podziałowi przyjętemu na gruncie dawnej ustawy offsetowej, co może niekiedy prowadzić do nieporozumień, wobec różnego sposobu rozumienia tak samo brzmiącej siatki pojęciowej¹⁶³. W pierwszej kolejności należy omówić podział na zobowiązania offsetowe wojskowe oraz niewojskowe, który oparty jest na sferze, w jakiej offset ma wywrzeć wpływ, ewentualnie, jaki charakter ma mieć przedmiot zobowiązania offsetowego. Podział ten był zatem oparty na tym, czy świadczenia realizowane na gruncie zobowiązania offsetowego miały charakter wojskowy, czy też cywilny. Pomimo braku równoznaczności pojęciowej, ww. podział jest w pewnym zakresie zbliżony do podziału na offset bezpośredni i pośredni na podstawie dawnej ustawy offsetowej. Nie jest to jednak podział tożsamy, chociażby ze względu na fakt, że offsetobiorca będący koncesjonowanym podmiotem zbrojeniowym mógł na gruncie

¹⁶¹ Dz.U. z 2012 r. poz. 1017.

¹⁶² Tak przykładowo: W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 1, nb 3.

¹⁶³ Zob. np. „Wytyczne” oraz L.D. Furter, *The influence of legislation and government policy on patterns of international defence trade and future markets: the case of offset and directive 2009/81/EC*, Brunel University 2014, s. 4.

dawnej ustawy offsetowej uzyskać zobowiązania bezpośrednie, których przedmiotem nie była sfera wojskowa. Jako przykład można podać uznany w rozporządzeniu mnożnikowym za zobowiązanie offsetowe bezpośrednie zakup przez offsetodawcę akcji lub udziałów offsetobiorcy i obowiązkowe podwyższenie kapitału zakładowego (Załącznik Nr 1 rozporządzenia mnożnikowego, pozycja 2.). Tak samo brzmiące zobowiązanie offsetowe zostało wymienione w Załączniku Nr 2 ww. rozporządzenia (także pozycja 2.) dotyczącym zobowiązań offsetowych pośrednich. Jediną zatem różnicą pomiędzy tymi zobowiązaniami było posiadanie lub nie koncesji zbrojeniowej przez offsetobiorcę, natomiast w obydwu przypadkach zobowiązanie offsetowe miało charakter niewojskowy. Mając na uwadze powyższe, można poczynić pewne uogólnienia dotyczące zależności zobowiązań offsetowych wojskowych i niewojskowych względem zobowiązań bezpośrednich i pośrednich w rozumieniu dawnej ustawy offsetowej. Zobowiązania offsetowe o charakterze wojskowym mogły być przekazywane z powodu uwarunkowań prawnych wyłącznie na rzecz podmiotów koncesjonowanych, tj. zobowiązania wojskowe miały w istocie zawsze charakter zobowiązań bezpośrednich. Jak jednak już zaznaczono, nie wszystkie zobowiązania bezpośrednie miały charakter wojskowy (np. świadczenia o charakterze finansowym na rzecz podmiotów koncesjonowanych). Zatem zobowiązania o charakterze niewojskowym mogły być przekazywane niezależnie od rodzaju beneficjenta, tj. mogły mieć charakter zarówno zobowiązań bezpośrednich, jak i pośrednich. Niemniej jednak zobowiązania pośrednie musiały mieć charakter niewojskowy, gdyż ich beneficjentem był podmiot niemogący otrzymać świadczeń o charakterze militarnym, tj. jako nieposiadający w tym zakresie stosownej koncesji. Podsumowując można postawić tezę, że na gruncie dawnej ustawy offsetowej zobowiązania wojskowe miały charakter zobowiązań bezpośrednich, natomiast zobowiązania bezpośrednie mogły mieć charakter wojskowy oraz niewojskowy. Z kolei zobowiązania pośrednie miały charakter niewojskowy, podczas gdy zobowiązania niewojskowe mogły być zobowiązaniami bezpośrednimi lub pośrednimi.

Innym od podziału na zobowiązania wojskowe oraz niewojskowe jest podział na zobowiązania offsetowe bezpośrednie i pośrednie w rozumieniu piśmiennictwa międzynarodowego oraz aktów prawa unijnego. Podział ten oparty jest na innych kryteriach niż tak samo brzmiący podział obowiązujący na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Podział przyjęty w międzynarodowej doktrynie dotyczy przedmiotu umowy

dostawy, a nie beneficjenta świadczeń. Kluczowe znaczenie dla tego podziału ma to, czy dane zobowiązanie offsetowe ma bezpośredni związek z przedmiotem zamawianym w ramach umowy dostawy. Konsekwencją takiego sposobu rozmiękania bezpośredniości jest stwierdzenie, że skoro offset bezpośredni jest bezpośrednio związany z przedmiotem zamówienia z zakresu obronności, to tym samym musi mieć on także charakter wojskowy. Natomiast offset pośredni nie jest związany z przedmiotem zamówienia, w związku z czym może mieć zarówno charakter wojskowy (związany z inną sferą niż objęte umową dostawy), jak i cywilny¹⁶⁴. Tytułem przykładu, bezpośrednim offsetem wojskowym przy umowie dostawy na stworzenie systemu obrony przeciwlotniczej będzie przekazanie technologii związanej z tym systemem, a nie wykorzystanie tego zamówienia w celu uzyskania technologii niepodporządkowanej w żaden sposób temu systemowi. Podział stosowany w piśmiennictwie międzynarodowym oraz w aktach prawa unijnego należy uznać za bardziej przejrzysty i przydatny w praktyce, gdyż odnosi się on do istoty przedmiotu zobowiązania offsetowego. Ponadto brzmienie słów bezpośredni lub pośredni znacznie bardziej pasuje do opisanego związków (pomiędzy przedmiotami umów) niż do opisanego charakteru offsetobiorcy.

Na koniec rozważań dotyczących rodzaju zobowiązań offsetowych należy jeszcze wspomnieć o zobowiązaniach offsetowych wymienionych w Załączniku nr 3 do rozporządzenia mnożnikowego. Obok zobowiązań offsetowych pośrednich i bezpośrednich, załącznik ten wskazywał na przypadki szczególnie uzasadnione interesem gospodarki lub względami bezpieczeństwa i obronności państwa. Stwierdzić należy, iż załącznik ten nie tworzył osobnej kategorii zobowiązań offsetowych. Wskazywał on różnego rodzaju zobowiązania offsetowe, które ze względu na szczególne ich znaczenie, oceniane były korzystniej dla zagranicznego dostawcy, tj. możliwe było zastosowanie wobec tych zobowiązań wyższych mnożników offsetowych. Zobowiązania ujęte w tym załączniku miały charakter zarówno pośredni, jak i bezpośredni, wojskowy, jak i niewojskowy.

¹⁶⁴ Komunikat wyjaśniający..., pkt 4.

2. Istota zobowiązania offsetowego

Obecna ustawa offsetowa została ściśle powiązana z wymaganiami prawa unijnego przewidzianymi dla stosowania offsetu przez państwa członkowskie. Zasadniczą kwestią, która musi być w pierwszej kolejności brana pod uwagę przy analizie istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych, jest zgodność z wymaganiami stawianymi przez art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Mając na uwadze zasady stosowania tej klauzuli derogacyjnej, które zostały przedstawione w rozdziale drugim pracy, należy przejść do analizy przepisów ustawy offsetowej. W art. 2 pkt 2 wprowadzona została nowa definicja zobowiązania offsetowego. Przez zobowiązanie offsetowe rozumie się aktualnie zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy, polegające w szczególności na przekazaniu technologii lub *know-how*, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji, zapewniające wymaganą przez Skarb Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w celu utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie przeniesienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W celu zrekonstruowania istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych, ważna jest także omówiona w rozdziale trzecim definicja offsetu, przez który rozumie się, zgodnie z art. 2 pkt 14 ustawy offsetowej kooperację między Skarbem Państwa i offsetobiorcą a zagranicznym dostawcą konieczną do utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, polegającą w szczególności na przekazaniu technologii, *know-how* wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji w celu zapewnienia wymaganej przez Skarb Państwa niezależności od zagranicznego dostawcy. Wskazane definicje posługują się podwójnie otwartym katalogiem określającym treść zobowiązań offsetowych. Przepisy te wskazują poprzez wyrażenie „w szczególności” wyłącznie na przykładowe świadczenia (przekazanie technologii, *know-how* itp.) oraz zdolności, które mają być w wyniku przekazanych świadczeń ustanowione (produkcyjne, serwisowe i obsługowo-naprawcze itp.). Warto zaznaczyć, że w analogiczny sposób została skonstruowana definicja

przekazania technologii w art. 2 pkt 13 ustawy offsetowej, jako głównego przedmiotu zobowiązania offsetowego. Z powyższego wynika, że zarówno pojęcie „zobowiązania offsetowego” jak i pojęcie „offsetu” definiowane są przez określenie celu, jaki ma zostać osiągnięty w wyniku realizacji zobowiązania, nie zaś przez dokładne określenie poszczególnych świadczeń. Analizując treść zobowiązania offsetowego można zatem stwierdzić, że zobowiązanie offsetowe musi kumulatywnie spełniać następujące warunki:

- celem przekazania przedmiotu zobowiązania offsetowego jest utrzymanie lub ustanowienie na terytorium RP potencjału w zakresie przeniesienia określonej zdolności;
- osiągnięcie przenoszonej zdolności musi być niezbędne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa rozumianego zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE;
- osiągnięcie ww. zdolności ma umożliwić Skarbowi Państwa uzyskanie wymaganej niezależności od zagranicznego dostawcy.

Analizując inne źródła polskiego prawa offsetowego można zauważyć spójny sposób rozumienia istoty zobowiązania offsetowego. Rozporządzenie wykonawcze do ustawy offsetowej¹⁶⁵ wskazuje m.in. na niezbędne elementy uzasadnienia potrzeby zastosowania offsetu (§ 1 ust. 3). Wśród tych koniecznych elementów odnaleźć można m.in.:

- a) wskazanie potencjału, który ma zostać ustanowiony za pomocą offsetu w zakresie zdolności niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa;
- b) wykazanie, że zastosowanie zobowiązań offsetowych jest konieczne i odpowiednie do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, a nie jest możliwa ochrona tych interesów za pomocą innych środków, bez zastosowania offsetu.

Analizując powyższe wymagania, należy dojść do wniosku, że dopuszczalne na gruncie ustawy offsetowej są wyłącznie zobowiązania offsetowe o charakterze

¹⁶⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1819).

wojskowym. Wobec konieczności uzasadnienia stosowania offsetu na podstawie klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, offset będący środkiem objętym ww. przepisem może odnosić się wyłącznie do produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi. Jednocześnie środek ten nie może negatywnie wpływać na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych. Konsekwentnie należy przyjąć, że zobowiązanie offsetowe o charakterze niewojskowym nie może być uznane za środek objęty wyłączeniem z art. art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, a tym samym nie jest dopuszczalne na podstawie ustawy offsetowej.

Analizując istotę dopuszczalnych zobowiązań offsetowych na gruncie prawa polskiego należy odpowiedzieć także na pytanie, czy przedmiot zobowiązań offsetowych musi być bezpośrednio związany z przedmiotem umowy dostawy. Ustawa offsetowa daje w tym zakresie tylko jedną wskazówkę. Artykuł 2 pkt 5 tej ustawy wskazuje, że przez umowę dostawy należy rozumieć umowę między zamawiającym a wykonawcą, mającą na celu realizację zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, stanowiącego środek, o którym mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, którego wykonanie wymaga offsetu. Upraszczając tę definicję, można dojść do wniosku, że:

- a) umowa dostawy realizuje zamówienie objęte art. 346 TFUE;
- b) wykonanie umowy dostawy wymaga offsetu.

Pierwszy element przedstawionej definicji nie może budzić wątpliwości; aby offset w ogóle mógł znaleźć zastosowanie, sama umowa dostawy musi zostać wyłączona spod reżimu prawa zamówień publicznych stosownie do art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (na podstawie art. 4 pkt 5b p.z.p.). Szerzej to zagadnienie zostało omówione w rozdziale ósmym.

Gdy chodzi o drugą część przedstawionej definicji, podkreślono w niej, że wykonanie zamówienia/środka wymaga offsetu, tj. offset ma pełnić rolę podporządkowaną względem konkretnej umowy dostawy. Offset ma być dla niej niezbędny. Oczywiście wspomnianą „niezbędność” należy oceniać z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, a nie faktycznego braku możliwości wykonania umowy dostawy lub korzystania z jej przedmiotu, na wypadek nieustalenia offsetu (tak jak przykładowo brak udzielenia licencji uniemożliwiłoby zgodne z prawem korzystanie z dokumentacji objętej prawami własności intelektualnej wykonawcy).

Gdyby potrzeba zastosowania offsetu podyktowana była wyłącznie zawarciem umowy dostawy, końcowa część definicji umowy dostawy brzmiałaby inaczej. Mowa by w niej była o zamówieniu/środku, który wymaga wykonania offsetu (np. „zamówienie/środek, który wymaga wykonania offsetu”). W takim przypadku można byłoby zastanawiać się, czy wykonanie offsetu nie jest wyłącznie konieczne ze względu na podstawowe interesy bezpieczeństwa państwa niejako przy okazji zawierania umowy dostawy z danym zagranicznym dostawcą (ale niekoniecznie przedmioty tych zobowiązań musiałyby być bezpośrednio powiązane). Aby wytłumaczyć opisaną różnicę, można posłużyć się przykładem nawiązującym do dawnej ustawy offsetowej, gdzie spełnienie określonych warunków przez umowę dostawy (odpowiednia wartość oraz przedmiot) wymagało co do zasady zawarcia umowy offsetowej oraz wykonania offsetu. Istniał bowiem taki nakaz ustawowy. Przedmiot offsetu nie musiał być jednak treściowo powiązany z umową dostawy, tj. wykonanie umowy dostawy nie wymagało offsetu. Najlepszym przykładem takiego stanu rzeczy na gruncie dawnej ustawy offsetowej była dopuszczalność zobowiązań pośrednich o przeznaczeniu niewojskowym, które w sposób oczywisty nie mogły być niezbędne dla wykonania umowy dostawy mającej charakter militarny. Sformułowanie zamówienie/środek, którego wykonanie wymaga offsetu, niewątpliwie niesie ze sobą treść wskazującą na bezpośredni związek pomiędzy przedmiotem umowy dostawy i umowy offsetowej. Inny sposób rozumienia tej definicji jest trudny do obrony, gdyż wymagałoby to przyjęcia, że wykonanie każdej umowy dostawy wymaga offsetu. Z takim jednak twierdzeniem nie można się zgodzić, bowiem nie każda umowa dostawy objęta wyłączeniem z art. 346 TFUE musi pociągać za sobą wymaganie offsetu (o czym była już mowa w rozdziale trzecim). Wyłączenie umowy dostawy z rygorów prawa zamówień publicznych stanowi niezbędny warunek zastosowania do tej umowy offsetu, lecz nie jest to wymaganie wystarczające, gdyż dla zastosowania offsetu niezbędne jest osobne, szczegółowe uzasadnienie potrzeby skorzystania z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Tezę o bezpośrednim charakterze zobowiązań offsetowych wspiera nie tylko wykładnia literalna. Za tą tezę przemawia również treść uzasadnienia projektu obecnej ustawy offsetowej. Jak wskazano w owym uzasadnieniu, „w Polsce w ostatnich latach rozwijany był przede wszystkim offset bezpośredni związany z przedmiotem dostawy sprzętu wojskowego. (...) Przedsięwzięcia offsetowe ujęte w umowach offsetowych będą ściśle związane z przedmiotem umowy dostawy sprzętu wojskowego, tym samym stanowi to argument

za przekazaniem Ministrowi Obrony Narodowej kompetencji w zakresie zawierania umów offsetowych.”¹⁶⁶. Z uzasadnienia projektu ustawy można wyczytać wolę ustawodawcy skupienia się na offsecie bezpośrednio związanym z przedmiotem umowy dostawy. Należy jednak wskazać, że powyższe rozwiązanie jest wyłącznie interpretacją ustawy offsetowej – przez pryzmat prawa unijnego, o ile możliwe jest należyte uzasadnienie potrzeby zastosowania offsetu z punktu widzenia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, nie ma oficjalnych przeciwwskazań, aby stosować offset wojskowy niezwiązany bezpośrednio z umową dostawy. Osobną kwestią jest dokonanie oceny, jak ścisły ma być związek pomiędzy umową dostawy a umową offsetową. Na tak postawione pytanie nie można odpowiedzieć w sposób jednoznaczny, gdyż zależne jest to od okoliczności konkretnego przypadku ocenianego przez Ministra Obrony Narodowej z uwzględnieniem potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Podsumowując tę część rozdziału należy stwierdzić, że zobowiązania offsetowe na gruncie obecnej ustawy offsetowej mają charakter wojskowy oraz bezpośrednio powiązany z przedmiotem umowy dostawy. Jednocześnie zobowiązania te nie muszą mieć charakteru bezpośredniego w rozumieniu dawnej ustawy offsetowej, na co wskazuje krąg potencjalnych offsetobiorców, który wykracza poza podmioty posiadające koncesje zbrojeniowe (szerzej na ten temat w rozdziale czwartym).

3. Przykłady świadczeń objętych zobowiązaniem offsetowym

Mając na uwadze wcześniej poczynione uwagi dotyczące istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych należałoby obecnie podjąć próbę przedstawienia konkretnych kategorii świadczeń, które mogą być przedmiotem zobowiązań offsetowych. Jak wskazano już, ustawa offsetowa nie zawiera zamkniętego katalogu takich świadczeń. Pomimo przyjęcia otwartego katalogu dopuszczalnych zobowiązań offsetowych, niewątpliwie ustawodawca, wskazując w definicjach ustawowych na pewne kategorie świadczeń, wyraził swoje preferencje co do typowego przedmiotu zobowiązań offsetowych, który ma zostać przekazany offsetobiorcom.

¹⁶⁶ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

Definicja zobowiązania offsetowego wskazuje bowiem, iż zobowiązanie powinno polegać w szczególności na: przekazaniu technologii lub *know-how*, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji. Powyższe powinno przy tym w pierwszej kolejności zmierzać do utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie przeniesienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych. Analogiczną treść zawiera art. 2 pkt 14 ustawy offsetowej.

Kolejną definicję legalną, którą należy poddać analizie, jest definicja przekazania technologii określona w art. 2 pkt 13 ustawy offsetowej, przez co należy rozumieć w szczególności:

- a) przekazanie dokumentacji zakupowej i listy dostawców,
- b) przekazanie specjalistycznych narzędzi i urządzeń,
- c) przekazanie oprogramowania,
- d) przekazanie dokumentacji technicznej (produkcyjnej, obsługowej, remontowej i serwisowej),
- e) zapewnienie szkoleń,
- f) zapewnienie asysty technicznej,
- g) zapewnienie organizacji produkcji i kooperacji,
- h) udzielenie licencji do produkcji, sprzedaży, serwisu, remontów i obsługi.

Ponadto przez przekazanie technologii należy rozumieć także przekazanie innych składników materialnych i niematerialnych potrzebnych do utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Przedstawiona definicja zawiera zatem przykładowe wyliczenie.

Warto też odnieść się do powtarzanego w przepisach ustawowych pojęcia *know-how*. Nie jest to pojęcie zdefiniowane w ustawie offsetowej, jednakże jest to pojęcie powszechnie stosowane w praktyce, jak również jest ono zdefiniowane w aktach prawa unijnego. Można przyjąć, że *know-how* to pakiet nieopatentowanych informacji praktycznych, wynikających z doświadczenia i badań, które są: i) niejawne, czyli nie są powszechnie znane lub łatwo dostępne, ii) istotne, czyli ważne i użyteczne z punktu widzenia wytwarzania produktów objętych umową, oraz iii) zidentyfikowane,

czyli opisane w wystarczająco zrozumiały sposób, aby można było sprawdzić, czy spełniają kryteria niejawności i istotności¹⁶⁷.

Preferencje ustawodawcy co do charakteru oczekiwanych świadczeń można wyczytać także z treści art. 30 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej przedkłada Radzie Ministrów roczne sprawozdanie z wykonania zobowiązań offsetowych przez zagranicznych dostawców, które w szczególności prezentuje ocenę efektywności wykonania zobowiązań związanych z przekazaniem technologii o charakterze innowacyjnym i *know-how*. Należy przy tym wspomnieć, iż zgodnie z praktyką stosowania dawnej ustawy offsetowej (w szczególności w schyłkowym okresie jej obowiązywania), to właśnie przekazanie technologii i *know-how* w powyższym rozumieniu stanowiło typowy przykład świadczeń przekazywanych w ramach realizacji zobowiązań offsetowych.

Przyjęcie przez ustawodawcę otwartego katalogu świadczeń będących przedmiotem zobowiązania offsetowego nasuwa pytanie o inne – niemieszczące się w definicji technologii i *know-how* – przykłady dopuszczalnych zobowiązań offsetowych. Niełatwo jest na nie odpowiedzieć bez analizy konkretnych potrzeb bezpieczeństwa państwa. Wydaje się jednak, że wyjątkowo trudno jest uzasadnić potrzebę zastosowania innego rodzaju zobowiązań offsetowych z punktu widzenia prawa UE. W celu pogłębienia tego problemu można posłużyć się rozporządzeniem mnożnikowym, jako aktem wymieniającym przykłady zobowiązań offsetowych na gruncie dawnej ustawy offsetowej. W ten sposób można przeanalizować przykłady świadczeń dopuszczalnych na gruncie dawnej ustawy offsetowej oraz porównać je z wymaganiami obecnej ustawy. Typy zobowiązań offsetowych wskazanych w załącznikach rozporządzenia mnożnikowego zostały podzielone z jednej strony ze względu na kryterium bezpośredniości i pośredniości w rozumieniu dawnej ustawy offsetowej, tj. wedle kryterium podmiotu mającego być beneficjentem tych świadczeń. Z drugiej strony podział został oparty o przedmiot tych zobowiązań offsetowych. Ze względu na opisane wyżej założenia dotyczące istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych, należy skupić się w dalszej części rozważań na drugim podziale.

¹⁶⁷ Przykładowo: art. 1 ust. 1 lit. i rozporządzenia Komisji (UE) nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz.Urz. UE L 93, s. 17).

Charakter podmiotu będącego offsetobiorcą ma bowiem drugorzędne znaczenie w świetle obecnych rozwiązań ustawowych. W tym miejscu należy tylko wspomnieć, że także wyliczenie zamieszczone w rozporządzeniu mnożnikowym miało charakter otwarty.

Pierwszym rodzajem świadczeń wskazanym w rozporządzeniu mnożnikowym był zakup przez zagranicznego dostawcę od Skarbu Państwa udziałów lub akcji, a także wniesienie wkładów do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością lub spółki akcyjnej tytułem realizacji zobowiązania offsetowego. Tę kategorię, ze względu na podobieństwo, należy rozpatrzeć razem z kolejną kategorią świadczeń, polegającą na zakupie przez offsetodawcę akcji lub udziałów offsetobiorcy i obowiązkowym podwyższeniu kapitału zakładowego. Te rodzaje świadczeń zostały wymienione zarówno w Załączniku nr 1, jak i nr 2 rozporządzenia mnożnikowego. Pierwszym problemem, który pojawia się przy tego typu zobowiązaniach, jest określenie charakteru prawnego umowy offsetowej, która ze swego założenia powinna składać się z zobowiązań offsetowych, gdzie Skarb Państwa jest stroną uprawnioną, a nie stroną zobowiązaną (podobnie offsetobiorca jest podmiotem mającym wyłącznie otrzymać świadczenie). Dokonanie zakupu akcji lub udziałów, tj. wprowadzenie elementów umowy sprzedaży jako elementu umowy offsetowej, budzi wątpliwości. Otóż w jaki sposób wkomponować elementy umowy wzajemnej do umowy, która ze swej istoty umową wzajemną nie jest (o czym szerzej w rozdziale dziewiątym). Jak ocenić wartość tego zobowiązania, gdy wartość świadczenia, która ma zostać przekazana (cena zakupu udziałów lub akcji) nie stanowi dodatniej wartości w normalnych warunkach rynkowych, a jest raczej elementem wymiany jednych składników majątkowych (udziałów lub akcji) na inne świadczenia (przeważnie pieniężne)? Czy wartość takiego zobowiązania należy określać jako nadwyżkę ceny ponad wartość rynkową? Innymi słowy, czy zobowiązanie offsetowe ma sens tylko wtedy, gdy zbycie udziałów lub akcji nastąpi za cenę wyższą niż ich wartość rynkowa? Sama koncepcja wkomponowania świadczeń będących elementem umowy wzajemnej do umowy offsetowej budzi uzasadnione wątpliwości. Umowa offsetowa ma, zgodnie z definicją i powszechnym jej rozumieniem, składać się z zobowiązań offsetowych, te z kolei są zobowiązaniem zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy. Jednocześnie ustawa offsetowa nie daje podstaw do ustanawiania jakichkolwiek świadczeń na rzecz zagranicznego

dostawcy. Należy zatem uznać, że świadczenia niepodpadające pod definicję zobowiązania offsetowego nie powinny znajdować się w tego typu umowie. Niewątpliwie jednak, nawet w razie uznania, że w umowie offsetowej jest miejsce na innego rodzaju świadczenia, analizowane wcześniej świadczenia nie będą uznane za zobowiązania offsetowe. Powyższy rodzaj świadczeń należy uznać za niemogący być przedmiotem zobowiązania offsetowego. Pomijając wątpliwości dotyczące niewzajemnego charakteru umowy offsetowej, przedmiot takiego świadczenia jest także trudny do uzasadnienia z punktu widzenia wymagań ustawowych i zgodności z prawem unijnym. Po pierwsze, klasyczny cel tego typu zobowiązań ma charakter ekonomiczny, tj. polega na pozyskaniu zagranicznego inwestora dla danej spółki kapitałowej. Ponadto powyższe świadczenia w żaden sposób nie mogą prowadzić do uniezależnienia się Skarbu Państwa od zagranicznego dostawcy, a wręcz przeciwnie, objęcie akcji lub udziałów przez zagranicznego dostawcę w polskiej spółce zbrojeniowej prawdopodobnie zwiększy to uzależnienie. Podobnie należy ocenić kolejny rodzaj świadczeń wskazanych w rozporządzeniu mnożnikowym, jakim jest „wniesienie wkładu pieniężnego lub aportu rzeczowego na rzecz offsetobiorcy”. Do tego typu świadczeń należy odnieść analogiczne uwagi dotyczące niedopuszczalności offsetu o charakterze ekonomicznym na gruncie ustawy offsetowej. Samo wniesienie wkładu pieniężnego do spółki należącej do offsetodawcy niewątpliwie nie spełnia wymagań ustawowych. Podobnie trudno jest zaakceptować zobowiązanie offsetowe polegające na wsparciu finansowym offsetobiorcy. W analogiczny sposób należy również ocenić rodzaj zobowiązania offsetowego, który został sformułowany jako inwestycje kapitałowe offsetodawcy na rzecz offsetobiorcy, w szczególności w celu modernizacji lub restrukturyzacji sektora przemysłu obronnego. Pomimo pożądanego odniesienia tego typu zobowiązania do sfery modernizacji lub restrukturyzacji przemysłu obronnego – co mogłoby być odczytane jako spełniające warunek ochrony podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa – niewątpliwie tego typu świadczenie ma uzasadnienie w głównej mierze ekonomiczne. Celem tego typu zobowiązania jest wsparcie gospodarcze przemysłu obronnego. Tym samym należy uznać, iż inwestycje kapitałowe – niezależnie od ich celu – jako uzasadnione głównie przyczynami ekonomicznymi nie mogą stanowić przedmiotu zobowiązań offsetowych. Kolejnym rodzajem świadczeń, który należy uznać za niedopuszczalny, jest realizacja przedsięwzięć skutkujących powstaniem i utrzymaniem nowych miejsc pracy,

szczególnie w obszarach zagrożonych bezrobociem. Niewątpliwie takie ujęcie zobowiązania wskazuje jasno na chęć zmniejszenia bezrobocia w obszarach najbardziej nim zagrożonych. Cel ten ma charakter ekonomiczny, wobec czego takie zobowiązanie należy uznać za niedopuszczalne. Powyższe nie oznacza, że konsekwencją przekazania zobowiązania offsetowego zgodnego z wymaganiami stawianymi przez art. 346 ust. 1 lit. b TFUE nie może być zmniejszenie bezrobocia lub poprawa sytuacji ekonomicznej offsetobiorcy. Niemniej jednak nie może stanowić to celu samego w sobie ani też uzasadniać potrzeby stosowania offsetu w świetle art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Taki skutek miałby charakter wyłącznie następczy i uboczny względem potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

Następną kategorią świadczeń w ramach zobowiązań offsetowych jest bezpośredni zakup przez offsetodawcę wytworzonych lub realizowanych przez offsetobiorcę wyrobów i usług, pomoc w ich sprzedaży za pośrednictwem sieci marketingowej offsetodawcy, jak również pomoc offsetodawcy w komercjalizacji efektów prac badawczo-rozwojowych lub wdrożeniowych offsetobiorcy (poprzez np. wsparcie finansowania, doradztwo prawne i ekonomiczne, usprawnienia organizacyjne, pomoc w otrzymaniu patentu, przekazanie praw do wartości niematerialnych lub prawnych). Analizując tę kategorię zobowiązań offsetowych, należy najpierw odnieść się do świadczeń polegających na zakupie wyrobów i usług; uwagi w tym zakresie są analogiczne do uwag poczynionych w odniesieniu do świadczeń związanych z zakupem udziałów lub akcji. Sam zakup niewątpliwie nie stanowi elementu zobowiązania offsetowego ze względu na fakt, iż jest to umowa dwustronnie zobowiązująca, przeważnie wzajemna. Chodzi tu zatem, w odniesieniu do sprzętu wojskowego, o przekazanie świadczeń pieniężnych w zamian za spełnienie świadczenia niepieniężnego. W przypadku drugiego z wymienionych w tej grupie rodzajów świadczeń, tj. pomocy w ich sprzedaży na rzecz innych podmiotów, wyżej wskazane zastrzeżenie nie będzie miało zastosowania. Jednakże, tak jak ma to miejsce przy zakupie bezpośrednim, także w przypadku pośrednictwa przy zakupie przez inny podmiot, trudno odnaleźć element przekazywania potencjału. W przypadku sprzedaży sprzętu, na temat którego polscy przedsiębiorcy dysponują już niezbędną wiedzą techniczną, zakup lub ułatwienie zakupu przez inne podmioty niewątpliwie nie przyczynia się do zwiększenia potencjału na terytorium Polski, poza ewentualnym zwiększeniem potencjału ekonomicznego (rozszerzenie rynków zbytu). Jakkolwiek jest

to typ zobowiązania offsetowego, który należy uznać za korzystny dla polskich przedsiębiorców zbrojeniowych, trudno go należycie uzasadnić z punktu widzenia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Natomiast nie można z góry wykluczyć „wsparcia w komercjalizacji prac badawczo rozwojowych” ze względu na szeroki katalog czynności, które za tym stwierdzeniem się kryją. Niewątpliwie klasyczny przykład wsparcia w komercjalizacji jest podobny do opisanej wyżej pomocy przy sprzedaży, a tym samym niedopuszczalny na gruncie ustawy offsetowej. Przekazanie jednakże *know-how* w zakresie specyfiki rynku, który umożliwia usprawnienie procesu produkcji i dystrybucji, mógłby zostać uznany za potencjalnie dopuszczalny.

Następnym rodzajem świadczeń – niewątpliwie mogącym stanowić przedmiot zobowiązań offsetowych – jest przekazanie technologii, szkolenia oraz rozwój potencjału badawczo-rozwojowego. Oczywiście szczegółowy przedmiot ww. zobowiązań musi spełniać ogólne warunki niezbędne dla dopuszczalnych zobowiązań offsetowych. Innymi słowy nie może to być jakakolwiek technologia lub szkolenie, lecz muszą one spełniać założenia przedstawione w poprzedniej części tego rozdziału dotyczące istoty dopuszczalnych zobowiązań offsetowych. Niewątpliwie są to jednak świadczenia, których nie należy *a priori* odrzucać; w tych też granicach można poszukiwać przedmiotu mogącego odpowiadać istocie zobowiązania offsetowego. Przekazanie technologii stanowi typowy przykład zobowiązania offsetowego na gruncie obecnej ustawy offsetowej, natomiast świadczeniami składającymi się na to przekazanie są m.in. szkolenia. Z kolei inna, zbliżona kategoria zobowiązań offsetowych, jaką jest działalność, której celem jest rozwój gospodarki opartej na wiedzy – z takimi przykładami jak: wsparcie przedsiębiorstw w branży zaawansowanych technologii, wsparcie działań realizowanych w ramach programów promujących innowacyjność polskiej gospodarki, tworzenie funduszy kapitału zaangażowanego, tworzenie i rozwój centrów badawczych, udział w projektach badawczych uczelni lub innych podmiotów prowadzących prace w zakresie badań lub wdrożeń, zapewnienie udziału polskiej kadry naukowo-technicznej, w tym studentów, w pracach naukowo-badawczych – ma charakter na tyle różnorodny, że zawiera w sobie zarówno świadczenia, które należy uznać za niedopuszczalne (np. tworzenie funduszy kapitału zaangażowanego), jak również świadczenia, których potrzeba może być w zależności

od konkretnego przypadku uzasadniona z punktu widzenia art. 346 ust. 1 lit. b TFUE (np. udział w projektach badawczych uczelni z dziedziny obronności).

Ciekawym rodzajem świadczeń w ramach zobowiązań offsetowych jest kategoria opisana w załączniku do rozporządzenia mnożnikowego jako umożliwienie udziału offsetobiorcy w remontach, serwisie, naprawach, eksploatacji lub modernizacji uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na rzecz Sił Zbrojnych RP poprzez inwestycje lub przekazanie wartości niematerialnych i prawnych przez offsetodawcę. Niewątpliwie jest to idealny przykład tego, do czego powinno zmierzać zobowiązanie offsetowe. Jeśli natomiast chodzi o świadczenia określone jako „inwestycje lub przekazanie wartości niematerialnych i prawnych”, które mają zapewnić realizację tego celu – te oczywiście muszą spełniać opisane już warunki dla dopuszczalnych zobowiązań offsetowych. Jeśli będzie to przekazanie kluczowej technologii, niewątpliwie taki rodzaj zobowiązania będzie jak najbardziej dopuszczalny. Jeżeli natomiast mają to być wyłącznie inwestycje kapitałowe, ewentualnie zapewnienie włączenia offsetobiorcy w sieć podwykonawców wykorzystywanych na potrzeby zamówień realizowanych na rzecz Sił Zbrojnych RP (gdy niezbędny potencjał w polskim przemyśle zbrojeniowym już się znajduje), wówczas ciężko będzie dopuścić takie zobowiązanie offsetowe w świetle prawa unijnego. Odmiennie jednak należy ocenić zobowiązania offsetowe polegające na zakupie przez offsetodawcę wytworzonych lub realizowanych przez offsetobiorcę wyrobów i usług, gdyż uzasadnienie tego typu świadczeń ma charakter ekonomiczny i skierowane jest na zwiększenie eksportu polskiego przemysłu.

4. Zmiana charakteru zobowiązania offsetowego

Omawiając tematykę przedmiotu umowy offsetowej należy zwrócić uwagę na istotną z punktu widzenia praktyki kwestię zmiany charakteru zobowiązania offsetowego. Dawna ustawa offsetowa definiowała zobowiązanie offsetowe poprzez wskazanie poszczególnych świadczeń, które powinny zostać przekazane na rzecz offsetobiorcy. Definicja zobowiązania offsetowego w art. 3 pkt 2 dawnej ustawy offsetowej wymieniała następujące przykłady: zobowiązanie do zakupu od Skarbu Państwa udziałów lub akcji, a także do wniesienia wkładów do spółki z o.o. bądź spółki akcyjnej, do przekazania technologii lub do zawarcia i zrealizowania umowy sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how* lub innej umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie

usług, zawartej między offsetodawcą a offsetobiorcą. Definicja ta, wskazując w pierwszej kolejności na świadczenia uzasadnione potrzebą ekonomiczną, nie określała konkretnego celu, który miał zostać osiągnięty w wyniku przekazania świadczeń. Przy tym każde ze świadczeń traktowane było jako osobne zobowiązanie offsetowe, co wynikało m.in. ze sposobu sformułowania załączników do rozporządzenia mnożnikowego. Każdy rodzaj świadczenia miał przyporządkowany osobny mnożnik decydujący o jego znaczeniu. Pomijając w tym miejscu załącznik nr 3 do rozporządzenia mnożnikowego określający przypadki szczególnie uzasadnione interesem gospodarki lub względami bezpieczeństwa i obronności państwa, można wskazać na kilka przykładów ukazujących sposób traktowania poszczególnych świadczeń jako odrębnych zobowiązań offsetowych. Przykładowo szkolenie zaliczane do zobowiązań bezpośrednich miało przyporządkowany mnożnik z przedziału 1,0–1,5. Z kolei umożliwienie wzięcia offsetobiorcy udziału w remontach, serwisie, naprawach, eksploatacji lub modernizacji uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na rzecz Sił Zbrojnych RP poprzez inwestycje lub przekazanie wartości niematerialnych i prawnych przez offsetodawcę miało mnożnik 2,0. Odrębnie potraktowano także przekazanie offsetobiorcy przez offsetodawcę technologii lub wartości niematerialnych i prawnych, gdzie przydzielono mnożnik 2,0 lub 1,5, w zależności od tego, czy przekazanie technologii miało być związane z produkcją uzbrojenia lub sprzętu wojskowego, czy też nie. Podobnie praktyka stosowania dawnej ustawy offsetowej wskazuje, że to, co określilibyśmy dzisiaj jako przekazanie technologii, było dzielone na odrębne zobowiązania offsetowe. Przykładowo typową wiązką świadczeń w ramach zobowiązania offsetowego polegającego na umożliwieniu korzystania z określonej technologii było przekazanie dokumentacji technicznej oraz specjalistycznego oprzyrządowania, przeprowadzenie szkoleń, zapewnienie asysty technicznej, jak również udzielenie licencji umożliwiającej korzystanie z przekazanej technologii. Każdy z tych elementów stanowił odrębny przedmiot zobowiązania offsetowego, z odrębnym mnożnikiem oraz odrębną wartością. Nowa ustawa offsetowa określa w sposób odmienny charakter i istotę zobowiązania offsetowego. Jest nim przekazanie potencjału w zakresie określonej zdolności, która jest niezbędna z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, w wyniku czego Skarb Państwa ma osiągnąć wymaganą niezależność od zagranicznego dostawcy. Świadczenia składające się na to zobowiązanie są podporządkowane temu celowi i mają

w istocie charakter drugorzędny. Jednym zobowiązaniem offsetowym jest zatem cała wiązka świadczeń. Zmiana ta ma doniosłe znaczenie praktyczne i powinna być uznana za jak najbardziej uzasadnioną. Przekazanie zdolności powinno być oceniane całościowo, gdyż tylko w ten sposób można mówić o zaspokojeniu słusznego interesu wierzyciela. W przypadku uznania, że każde ze świadczeń składających się na przekazanie potencjału jest odrębnym (i niepowiązanym) zobowiązaniem, o wiele trudniej jest dokonywać wyceny skutków braku należytego wykonania zobowiązania. Żaden z elementów składających się na proces przekazania zdolności (czy to w postaci wartości materialnych, w tym urządzeń, czy to w postaci wiedzy objętej dokumentacją oraz szkoleniami, czy wreszcie licencji) nie powinien być oceniany w oderwaniu od pozostałych elementów. Jak bowiem ocenić wartość należycie udzielonej licencji w przypadku braku przekazania zdolności do korzystania z tej licencji? Taka licencja staje się pustym uprawnieniem nieprzedstawiającym większej wartości. Podobnie, ile warta jest przekazana zdolność, jeśli wraz z otrzymaną dokumentacją oraz *know-how* nie została udzielona licencja, która umożliwiałaby zgodne z prawem korzystanie z uzyskanej wiedzy. Konsekwentnie należy uznać za uzasadnione twierdzenie, że niezbędne jest rozpatrywanie zobowiązania offsetowego jako całościowej wiązki świadczeń składających się na przekazanie potencjału. Poza kwestiami dotyczącymi potencjalnych roszczeń odszkodowawczych, warto jednocześnie zaznaczyć, że charakter zobowiązania offsetowego jak najbardziej przemawia za takim sposobem jego ukształtowania. Przedmiot zobowiązania offsetowego ma na tyle specyficzny charakter, że jedynie offsetodawca posiada wystarczającą wiedzę, aby określić świadczenia, które mają być niezbędne do należytego wykonania offsetu, tj. aby doszło do przekazania danych zdolności. Skarb Państwa oraz offsetobiorca mogą oceniać te świadczenia głównie ze względu na ich rezultat, tj. przez pryzmat tego, czy offsetobiorca posiadał wiedzę i umiejętności, które zostały uznane za niezbędne z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

5. *Pre-offset* i przyrzeczenie offsetowe

Omawiając zagadnienia dotyczące istoty zobowiązań offsetowych, należy dodatkowo poddać analizie kwestię, czy dopuszczalne jest stosowanie instytucji występujących na gruncie dawnej ustawy offsetowej, tj. tzw. *pre-offsetu* i przyrzeczenia offsetowego. Artykuł 10 ust. 1 pkt 3 dawnej ustawy offsetowej dopuszczał możliwość zaliczenia na poczet (wartości) umowy offsetowej (wartości) zobowiązań z umów innych niż z umowy dostawy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego, zawartych przez zagranicznego dostawcę w terminie 36 miesięcy poprzedzających złożenie oferty offsetowej. Szczegółowa procedura związana z *pre-offsetem* została wskazana w art. 15 ust. 2 dawnej ustawy offsetowej oraz w § 7 rozporządzenia mnożnikowego. Pomijając szczegółową analizę dawnego brzmienia ustawy offsetowej, warto jedynie podkreślić, iż wniosek zagranicznego dostawcy o zaliczenie ww. *pre-offsetu* musiał zostać złożony wraz z ofertą offsetową i spełniać wymagania rozporządzenia mnożnikowego. *Pre-offset* miał nagradzać zagranicznych dostawców, którzy zaangażowani byli w działalność inwestycyjną na terytorium Polski niezależnie od wymagań offsetowych. Z kolei instytucja tzw. przyrzeczenia offsetowego uregulowana została w art. 4b dawnej ustawy offsetowej. Zasadniczą funkcją tak skonstruowanego przyrzeczenia offsetowego była funkcja gwarancyjna, zapewniająca pewien stopień pewności co do kształtu przyszłej umowy offsetowej. Projekt zobowiązania offsetowego był bowiem w takiej sytuacji „przypisany” do konkretnego zagranicznego dostawcy oraz istniała możliwość włączenia go (czyli nadania mu charakteru zobowiązania offsetowego) do zawieranej w przyszłości umowy offsetowej¹⁶⁸. Mechanizm ten miał na celu bardziej elastyczne przygotowywanie projektów korzystnych przedsięwzięć niezwiązanych z konkretną umową offsetową¹⁶⁹. Obecna ustawa offsetowa nie reguluje w ogóle instytucji *pre-offsetu* oraz przyrzeczenia offsetowego; w szczególności brak jest obecnie odpowiednika art. 10 ust. 1 pkt 3, art. 15 ust. 2, czy art. 4b dawnej ustawy offsetowej oraz § 7 rozporządzenia mnożnikowego. Brak takich regulacji wymaga ustalenia,

¹⁶⁸ *Vademecum offsetowe*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2009, s. 39-40.

¹⁶⁹ Uzasadnienie projektu z dnia 12 czerwca 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa wraz z projektem aktu wykonawczego, V kadencja, druk sejm. nr 717.

czy powyższy zabieg ustawodawcy jest przypadkowy (tj. czy jest wyłącznie następstwem m.in. eliminacji przepisów regulujących istnienie mnożników offsetowych), czy też jego celem jest świadoma likwidacja ww. instytucji z obowiązujących procedur.

Mając na względzie założenie racjonalności ustawodawcy, a także posługując się wykładnią historyczną należałoby przyjąć, iż poprzez usunięcie przepisów regulujących daną instytucję prawną, ustawodawca wyraża wolę eliminacji tej instytucji z systemu prawnego. Nie należy jednak na tym argumentie poprzestawać. Dodatkowo, jak wskazano w uzasadnieniu projektu ustawy offsetowej: „uchyla się art. 4b ustawy offsetowej. Rezygnacja w ustawie offsetowej z przepisów dotyczących przyrzeczenia offsetowego jest niezbędna, ponieważ stoi w sprzeczności z prawem UE”¹⁷⁰. To ogólne stwierdzenie można jednak wyjaśnić odnosząc się do zasad prawa UE, o których szerzej była mowa w rozdziale drugim pracy. Za uchyceniem badanych regulacji przemawia w szczególności zakaz stosowania wszelkich form automatyzmu, potrzeba dokonywania szczegółowej oceny zasadności stosowania konkretnego offsetu (uzasadnionego podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa), jak również potrzeba, aby inicjatywa w zakresie ustalania offsetu wychodziła od przedstawicieli Skarbu Państwa, których to zadaniem jest ocena podstawowych interesów bezpieczeństwa wymagających ochrony. Tym samym związanie państwa polskiego przyszłymi zobowiązaniami offsetowymi musi być uznane za niedopuszczalne. Związanie takim zobowiązaniem Skarbu Państwa wykluczałoby bowiem (lub ograniczało) możliwość stwierdzenia na późniejszym etapie potrzeby zawarcia umowy offsetowej o innej treści, modyfikacji zobowiązania offsetowego w niezbędnym zakresie, a nawet sprzeciwiałoby się stwierdzeniu braku potrzeby stosowania offsetu w ogóle. Skarb Państwa byłby z jednej strony narażony na zarzut naruszenia prawa unijnego (za stosowanie offsetu bez uzasadnionej potrzeby), a z drugiej strony – naruszenia przyjętego na siebie wcześniej zobowiązania w stosunku do zagranicznego dostawcy. Kluczowym problemem byłoby jednak należyte uzasadnienie potrzeby stosowania offsetu z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa

¹⁷⁰ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

państwa, w sytuacji gdy te podstawowe interesy byłyby oceniane nie przez Skarb Państwa, lecz przez zagranicznego dostawcę. Wobec powyższego należy przyjąć, iż nie ma obecnie prawnej możliwości skłonienia Skarbu Państwa do złożenia „obietnicy” przyjęcia danego zobowiązania na potrzeby przyszłej umowy offsetowej.

Nie powinno także budzić wątpliwości, iż *pre-offset* jako instytucja procedury offsetowej w rozumieniu dawnej ustawy offsetowej został zlikwidowany. W przeciwieństwie do eliminacji przyrzeczenia offsetowego, uzasadnienie projektu ustawy offsetowej nie odnosi się szerzej do kwestii likwidacji art. 10 ust. 1 pkt 3 oraz art. 15 ust. 2 dawnej ustawy offsetowej z punktu widzenia *pre-offsetu*. Wskazano jedynie, iż zmiana ta wynika z faktu likwidacji mnożników offsetowych oraz potrzeby usprawnienia procesu zaliczania zobowiązań offsetowych¹⁷¹. Zasady prawa unijnego oraz kształt nowego modelu procedury offsetowej nakazują jednak przyjąć, iż niemożliwe jest wprowadzanie wykonanych zobowiązań do umowy offsetowej na zasadzie dobrowolności przez Skarb Państwa. Działanie takie narusza zasady prawa unijnego oraz modelowe zasady obecnej procedury offsetowej. W pierwszej kolejności należy wskazać, że praktycznie niemożliwe jest uzasadnienie potrzeby zastosowania offsetu co do zobowiązań, które zostały już wykonane. Jeżeli coś zostało wykonane, trudno jest należycie uzasadnić zaistnienie szczególnej potrzeby objęcia takiego świadczenia procedurą offsetową w celu jego wykonania. Innymi słowy, w takim przypadku brak jest potrzeby stosowania tego wyjątkowego środka z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, jako środka proporcjonalnego do zamierzonego (w tym przypadku w istocie już zrealizowanego) celu. W szczególności dotyczy to sytuacji, gdy dane świadczenia były realizowane na podstawie umowy wiążącej offsetobiorcę z zagranicznym dostawcą lub offsetodawcą. Po drugie, należy wskazać, że z inicjatywą *pre-offsetu* występuje zasadniczo zagraniczny dostawca lub offsetobiorca (przeważnie wspólnie). Jest to bowiem zobowiązanie wykonane lub będące w trakcie wykonywania, które zagraniczny dostawca chce „zaliczyć” w ramach negocjowanej umowy offsetowej, natomiast offsetobiorca może być zainteresowany otrzymaniem świadczenia jak najszybciej (bez konieczności oczekiwania na formalne wejście w życie umowy

¹⁷¹ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

offsetowej). Dopuszczenie możliwości zaliczania wcześniej wykonanych zobowiązań na poczet umowy offsetowej byłoby bezprawnym przerzuceniem inicjatywy offsetowej na zagranicznego dostawcę. Skarb Państwa nie dokonywałby w takim przypadku należytej analizy potrzeby zastosowania offsetu, lecz czyniłby to podmiot zewnętrzny. Uzasadnienie miałoby zatem charakter wtórny wobec wybranych już przez zagranicznego dostawcę świadczeń. Jednym z zasadniczych celów ustawodawcy było przerzucenie procesu decyzyjnego w całości na Skarb Państwa, który tworzy szczegółowe założenia do oferty offsetowej. Na koniec warto jeszcze raz zauważyć, jaki był cel stosowania *pre-offsetu* na gruncie dawnej ustawy offsetowej. Uzasadnieniem tej instytucji była chęć złagodzenia przesłanki dotyczącej potrzeby zawarcia umowy offsetowej o wartości, która odpowiadałby wartości umowy dostawy. Zatem aby wesprzeć zagranicznego dostawcę aktywnego na polskim rynku przed podjęciem negocjacji, umożliwiono mu skorzystanie z wcześniej zrealizowanych zobowiązań na rynku polskim. Obecnie wskazana wyżej potrzeba przestała już istnieć.

6. Podsumowanie

Rozdział piąty został poświęcony analizie przedmiotu umowy offsetowej, tj. szczególnej treści zobowiązań offsetowych oraz świadczeń, które w wykonaniu tych zobowiązań są przekazywane. Przeprowadzone rozważania pozwoliły na sformułowanie wniosku, że obecna ustawa offsetowa dopuszcza wyłącznie zobowiązania offsetowe o charakterze wojskowym, których przedmiot jest bezpośrednio związany z przedmiotem umowy dostawy. Offset o charakterze niewojskowym nie daje się pogodzić z wymaganiami stawianymi przez klauzulę derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Z kolei legalna definicja umowy dostawy przemawia za tezą o potrzebie funkcjonalnego podporządkowania uzyskiwanego offsetu względem konkretnej umowy dostawy. Cechą charakterystyczną obecnych zobowiązań offsetowych jest to, że ich realizacja musi być konieczna dla osiągnięcia celu w postaci utrzymania lub ustanowienia na terytorium RP potencjału w zakresie przeniesienia określonej zdolności, która jest niezbędna z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa rozumianego zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W wyniku realizacji zobowiązania offsetowego Skarb Państwa powinien uzyskać wymaganą niezależność od zagranicznego dostawcy. Natomiast katalog świadczeń, które mają być przekazane w ramach wykonania zobowiązania

offsetowego, ma charakter drugorzędny. Typowym przykładem świadczeń w ramach zobowiązania offsetowego jest przekazanie offsetobiorcy technologii za pośrednictwem niezbędnej do tego celu wiązki świadczeń. Powyższy model zobowiązania offsetowego znacznie różni się od modelu występującego na gruncie dawnej ustawy. Wówczas każde ze świadczeń składających się na przekazanie technologii stanowiło odrębnie oceniane zobowiązanie offsetowe. Ponadto na gruncie dawnej ustawy offsetowej katalog zobowiązań offsetowych koncentrował się na świadczeniach o charakterze ekonomicznym. Na gospodarczy charakter tych zobowiązań wskazywały także instytucje *pre-offsetu* i przyrzeczenia offsetowego, które obecnie zostały wyeliminowane z systemu prawnego.

Rozdział VI Umowa offsetowa a umowy odnoszące się do osób trzecich

Przedmiotem szóstego rozdziału jest sytuacja prawna osób trzecich zaangażowanych w realizację umowy offsetowej, tj. offsetodawcy i offsetobiorcy. W tym celu powołano wybrane instytucje z zakresu prawa cywilnego, w tym zwłaszcza przepisy, które regulują umowy odnoszące się do osób trzecich¹⁷², tj. umowę o świadczenie przez osobę trzecią, umowę o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią od obowiązku świadczenia oraz umowę o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Zrekonstruowanie pozycji offsetodawcy oraz offsetobiorcy w ramach istniejących instytucji cywilnoprawnych wymaga odwołania do bogatego dorobku doktryny i orzecznictwa. Jak wskazano już, ustawa offsetowa nie reguluje zagadnień związanych z umową offsetową w sposób wyczerpujący. W zakresie nieuregulowanym przez ustawę offsetową bezpośrednio zastosowanie znajdują przepisy k.c., w tym przede wszystkim o prawie zobowiązań. Offsetodawca oraz offsetobiorca nie są stronami umowy offsetowej, są jednak podmiotami zaangażowanymi w wykonanie zobowiązań offsetowych (offsetodawca jako podmiot świadczący, a offsetobiorca jako podmiot przyjmujący świadczenia). Dokładne zakwalifikowanie ww. podmiotów w ramach istniejących instytucji prawnych powinno wyjaśnić naturę i treść ich praw i obowiązków. Rozdział ten jest również niezbędny dla rozważań umiejscowionych w rozdziale siódmym, które zostały przede wszystkim poświęcone regułom odpowiedzialności odszkodowawczej wynikającej z umowy offsetowej.

1. Umowa offsetowa a umowa o świadczenie przez osobę trzecią

W pierwszej kolejności zostanie omówiona pozycja prawna offsetodawcy jako osoby trzeciej w stosunku do umowy offsetowej. Należy zatem odpowiedzieć na pytanie, jaka konstrukcja prawna wyznacza jego pozycję. Rozważania te dotyczą wyłącznie przypadku, gdy w ramach konkretnego zobowiązania offsetowego

¹⁷² Szerzej na temat umów odnoszących się do osób trzecich: M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013, s. 961-1064, nb 1-262.

zagraniczny dostawca nie będzie jednocześnie offsetodawcą. W przeciwnym bowiem przypadku, tj. gdy w ramach danego zobowiązania offsetowego zagraniczny dostawca pełni także rolę offsetodawcy, nie będziemy mogli zidentyfikować osoby trzeciej wykonującej zobowiązania offsetowe. Punktem wyjścia dla prowadzonych rozważań są zawarte w ustawie offsetowej przepisy regulujące pozycję offsetodawcy oraz charakter prawny zobowiązania offsetowego. Należy zatem przypomnieć, że zgodnie z ustawą offsetową przez zobowiązanie offsetowe rozumie się zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy. Jednocześnie zobowiązanie to ma polegać na przekazaniu określonej zdolności, na co składa się wiązka niezbędnych w tym celu świadczeń (o czym szerzej w rozdziale piątym). Z kolei zgodnie z definicją offsetodawcy, zobowiązanie offsetowe może być wykonywane przez zagranicznego dostawcę lub przez inny podmiot przez niego wskazany. Z definicji offsetodawcy wynika także, że zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego niezależnie od winy, co potwierdza art. 25 ust. 1 i 2 ustawy offsetowej. Już przy wstępnej analizie powyższych definicji może pojawić się pytanie, czy offsetodawcę należy traktować jako swoistego podwykonawcę zagranicznego dostawcy, tj. podmiot wyręczający zagranicznego dostawcę przy wykonywaniu zobowiązania offsetowego, gdzie zastosowanie znajdzie odpowiedzialność uregulowana wedle zasad ogólnych z art. 471 w zw. z art. 474 k.c. Dla opisu pozycji offsetodawcy mogłoby też wchodzić w grę zastosowanie instytucji umowy o świadczenie przez osobę trzecią, która została uregulowana w art. 391 k.c. Wydaje się, że zastosowanie obu ww. instytucji prawnych jest potencjalnie możliwe, ze względu na fakt, że w obydwu przypadkach dochodzi do wykonania zobowiązania przez osobę trzecią. Niezbędne jest zatem przedstawienie charakterystyki tych instytucji, ich rozgraniczenie i ostatecznie przyjęcie właściwej kwalifikacji prawnej, która ma szczególne znaczenie dla omówionego w rozdziale siódmym reżimu i zasad odpowiedzialności odszkodowawczej z umowy offsetowej.

Zgodnie z art. 356 § 1 k.c., wierzyciel może żądać osobistego świadczenia dłużnika tylko wtedy, gdy wynika to z treści czynności prawnej, z ustawy albo z właściwości świadczenia. Na gruncie tego przepisu powszechnie przyjmuje się, iż dłużnik, co do zasady, nie jest zobowiązany od osobistego świadczenia. Dłużnik może posłużyć się w celu spełnienia świadczenia innymi podmiotami,

jako swoimi pomocnikami albo też powierzyć wykonanie zobowiązania osobie trzeciej. Jeżeli dłużnik nie musi świadczyć osobiście, na wierzyciela ciąży obowiązek przyjęcia świadczenia od innej niż dłużnik osoby, o ile spełniający świadczenie działa za dłużnika, z jego upoważnienia lub co najmniej za jego przyzwoleniem¹⁷³. Dłużnik, posługując się innymi podmiotami w celu wykonania swojego zobowiązania, ponosi za te podmioty odpowiedzialność wobec wierzyciela stosownie do treści art. 474 k.c. Powyższa odpowiedzialność oparta jest na zasadzie ryzyka. Dłużnik odpowiada niezależnie od swej winy za skutki działania innych osób. Przy stosowaniu art. 474 k.c. przyjmuje się hipotetyczne założenie, iż dłużnik działał osobiście. W konsekwencji miernik staranności stosowany wobec osoby, którą dłużnik posługuje się, odpowiada temu, który należałoby zastosować wobec dłużnika, gdyby chodziło o ocenę jego zachowania¹⁷⁴. Oznacza to zatem, że przy ocenie należytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, działania lub zaniechania osób trzecich należy przypisywać bezpośrednio dłużnikowi.

Odnosząc powyższe uwagi do stosunków w ramach umowy offsetowej należy zastanowić się, czy realizacja zobowiązań offsetowych przez offsetodawcę niebędącego zagranicznym dostawcą odpowiada powyższemu modelowi. Z samej definicji zobowiązania offsetowego jednoznacznie wynika, iż zobowiązanie offsetowe jest zobowiązaniem zagranicznego dostawcy. To na zagranicznym dostawcy ciąży prawny obowiązek należytego wykonania zobowiązania, a nie na jakimkolwiek innym podmiocie (w tym offsetodawcy). Należy przypomnieć, że przedmiotem umowy offsetowej jest realizacja zobowiązań offsetowych, które polegają na przekazaniu offsetobiorcy określonych zdolności. Offsetodawca z kolei ma za zadanie wykonać zobowiązanie offsetowe, przy czym offsetodawcą może być zagraniczny dostawca lub inny wskazany przez niego podmiot. Ustawa offsetowa wskazuje jednocześnie, że zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność za offsetodawcę niezależnie od swojej winy. Ustawa offsetowa zawiera zatem wyraźne

¹⁷³ A. Olejniczak, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. III, LEX 2014, art. 356, nt 2; A. Brzozowski, *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, art. 356, nb 4.

¹⁷⁴ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania – Część ogólna*, red. A. Rzetecka-Gil, LEX 2011, art. 474, nt 10; W. Popiołek, *Kodeks...*, art. 474, nb 7.

upoważnienie do powierzenia przez zagranicznego dostawcę realizacji zobowiązania osobie trzeciej (offsetodawcy). Wydaje się zatem, że powyższa konstrukcja odpowiada kodeksowemu modelowi wykonania zobowiązania przez dłużnika, potwierdzając przy tym *expressis verbis* możliwość powierzenia realizacji zobowiązania osobie trzeciej, jaką jest offsetodawca. Warto w tym miejscu zaznaczyć, że możliwość zastosowania powyższego modelu nie jest wykluczona także w sytuacji, gdy zagraniczny dostawca nie jest w stanie samodzielnie wykonać zobowiązania offsetowego, tj. w szczególności gdy nie dysponuje samodzielnie niezbędnym potencjałem, a tym samym nie mógłby sam bez pomocy offsetodawcy wykonać zobowiązania offsetowego. Powszechnie przyjmuje się bowiem, iż możliwe jest przyjęcie zobowiązania polegającego na realizacji świadczenia, którym dłużnik nie dysponuje. Ocena tych możliwości dokonywana jest zazwyczaj na podstawie art. 387 § 1 k.c. normującego przypadek pierwotnej niemożności świadczenia. Przyjmuje się, iż powyższy przepis dotyczy wyłącznie przypadków niemożności obiektywnej (lub przedmiotowej), tj. normuje sytuację niewykonalności świadczenia przez kogokolwiek ze względu na prawa natury oraz stan wiedzy i techniki¹⁷⁵. Przyczyna niemożności świadczenia nie ma wówczas charakteru subiektywnego, wynikającego z braku wiedzy lub właściwości po stronie dłużnika (np. braku umiejętności fachowych, braku niezbędnych zezwoleń na świadczenie określonych usług). Powszechnie akceptowane jest, że niemożność świadczenia nie występuje w sytuacji, gdy dłużnik nie ma rzeczy lub prawa, które są przedmiotem jego zobowiązania, ale takie rzeczy lub prawa istnieją lub mogą powstać¹⁷⁶. Fakt, iż zagraniczny dostawca nie dysponuje samodzielnie możliwością przekazania wymaganego potencjału, nie prowadzi zatem do modyfikacji pozycji offsetodawcy. Stan ten nie tworzy w szczególności węzła obligacyjnego, na podstawie którego offsetodawca miałby stać się zobowiązanym do świadczenia. W każdym przypadku określonym w ustawie offsetowej zobowiązanym podmiotem jest wyłącznie zagraniczny dostawca. Ze względu na potrzebę ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa wymagane jest przekazanie określonych zdolności.

¹⁷⁵ Wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 217/10, LEX nr 846590; A. Olejniczak, *Kodeks...*, art. 387, nt 2.

¹⁷⁶ Wyrok SN z dnia 22 listopada 1973 r., III CRN 255/73, LEX nr 7344; Wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 217/10, LEX nr 846590; A. Olejniczak, *Kodeks...*, art. 387, nt 4.

Jeżeli zatem zagraniczny dostawca nie dysponuje samodzielnie tymi zdolnościami, to ma on obowiązek zapewnić przekazanie go przez inny podmiot (przez offsetodawcę). Przeważnie zorganizowanie grupy podmiotów mających przekazać wymagane zdolności nie stwarza większych trudności. Wynika to z faktu, że zagraniczny dostawca jest podmiotem ściśle powiązany z realizacją umowy dostawy. Skoro zatem zgodnie z informacjami przedstawionymi w poprzednim rozdziale, przedmiot offsetu powinien być bezpośrednio powiązany z przedmiotem umowy dostawy, tym samym zagraniczny dostawca zazwyczaj już współpracuje z potencjalnymi offsetodawcami na etapie ubiegania się o udzielenie zamówienia objętego przyszłą umową dostawy.

Przyjęcie możliwości zastosowania konstrukcji powierzenia wykonania własnego zobowiązania podmiotowi trzeciemu nie wyklucza *a priori* możliwości zastosowania do takiego układu instytucji umowy o świadczenie przez osobę trzecią. Różnice w konstrukcji reżimu odpowiedzialności z art. 391 k.c. w porównaniu do reżimu odpowiedzialności z art. 471 w zw. z art. 474 k.c. są jednak istotne. Tym samym należy poddać analizie możliwość ujęcia pozycji stosunków zagraniczny dostawca – offsetodawca również z perspektywy art. 391 k.c. Zgodnie z poglądem ugruntowanym w doktrynie, art. 391 k.c. reguluje typ umowy, gdzie jedna ze stron (przyrzekający, gwarant, dłużnik) przyrzeka drugiej stronie (beneficjentowi gwarancji, wierzycielowi), że osoba trzecia zaciągnie określone zobowiązanie lub spełni określone świadczenie¹⁷⁷. Umowa o świadczenie przez osobę trzecią charakteryzuje się dwoma elementami, tj. przyrzeczeniem określonego zachowania się przez osobę trzecią oraz elementem gwarancji, że osoba trzecia zachowa się w sposób określony w przyrzeczeniu¹⁷⁸. Pomimo sporów doktrynalnych odnośnie do rozumienia art. 391 k.c., większość przedstawicieli nauki prawa opowiada się za przyjęciem, że umowa o świadczenie przez osobę trzecią ma samodzielną konstrukcję z własnym zespołem praw i obowiązków stron takiej umowy. Innymi słowy umowa o świadczenie przez osobę trzecią nie jest wyłącznie potwierdzeniem możliwości wykonania

¹⁷⁷ A. Olejniczak, *Kodeks...*, art. 391, nt 1; A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 391, nt 1.

¹⁷⁸ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 391, nt 4.

zobowiązania w relacjach dłużnik – wierzyciel przez osobę trzecią¹⁷⁹. Konstrukcja art. 391 k.c. nie modyfikuje względnego charakteru zobowiązania jako łączącego wyłącznie wierzyciela z dłużnikiem¹⁸⁰. Bezpośrednio z umowy o świadczenie przez osobę trzecią nie wynikają zatem żadne obowiązki dla osoby trzeciej. Powstaje natomiast zobowiązanie przyrzekającego (dłużnika), które pełni funkcję zabezpieczającą. Przyrzeczenie dłużnika może dotyczyć obowiązku osoby trzeciej polegającego na zaciągnięciu określonego zobowiązania lub na spełnieniu określonego świadczenia. Obowiązek zaciągnięcia zobowiązania jest wykonywany drogą czynności prawnej, kreującej stosunek obligacyjny, najczęściej przez zawarcie umowy¹⁸¹. Sam obowiązek zaciągnięcia zobowiązania nie obejmuje obowiązku jego wykonania. Natomiast przedmiotem przyrzeczenia może być też obowiązek spełnienia świadczenia, jeżeli osoba trzecia jest stroną zobowiązaną w ramach określonego stosunku obligacyjnego. Przyrzeczenie nie musi jednak dotyczyć już istniejącego zobowiązania. Charakterystycznym elementem umowy o świadczenie przez osobę trzecią jest fakt, że przyrzeczenie dłużnika w tej umowie zawsze rodzi zobowiązanie odszkodowawcze (gwarancyjne), którego treścią jest naprawienie szkody na wypadek braku świadczenia przez osobę trzecią (braku przyrzeczonego rezultatu)¹⁸². Okoliczność ta odróżnia umowę o świadczenie przez osobę trzecią od poręczenia, gdzie zobowiązaniem poręczyciela jest świadczenie w miejsce dłużnika¹⁸³. W umowie z art. 391 k.c. wskazuje się, że obowiązek zapłaty odszkodowania jest obowiązkiem pierwotnym, a nie sankcją¹⁸⁴. Odszkodowanie natomiast określa się według ogólnych zasad dotyczących odpowiedzialności odszkodowawczej, przy czym jest ono inne w zależności od tego, czy dłużnik zobowiązuje się, że osoba trzecia zaciągnie zobowiązanie, czy też że spełni świadczenie. W przypadku braku skutku w postaci zaciągnięcia zobowiązania, odszkodowanie należy się w zakresie ujemnego interesu

¹⁷⁹ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 968-969, nb 15-18.

¹⁸⁰ *Ibidem*, s. 965, nb 9.

¹⁸¹ A. Olejniczak, *Kodeks...*, art. 391, nt 3.

¹⁸² M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 986-987, nb 45.

¹⁸³ *Ibidem*, s. 979-982, nb 35 i 36.

¹⁸⁴ *Ibidem*, s. 989, nb 48.

umowy, która miała być zawarta w wykonaniu tego zobowiązania. Jeżeli natomiast przyrzeczono świadczenie, wówczas odszkodowanie, jakie powinien zapłacić przyrzekający, obejmuje całość szkody w granicach interesu pozytywnego. Wskazuje się przy tym, iż odpowiedzialność dłużnika w umowie o świadczenie przez osobę trzecią to odpowiedzialność na zasadzie ryzyka za rezultat, tj. ryzyka należytego wykonania zobowiązania przez osobę trzecią. Przepis art. 391 k.c. stanowi podstawę do przyjęcia odpowiedzialności o charakterze gwarancyjnym (więcej na temat reżimów odpowiedzialności w rozdziale siódmym). Zobowiązanie gwarancyjne gaśnie, gdy osoba trzecia zachowa się tak, jak przyrzeczono, wobec odpadnięcia celu zabezpieczenia¹⁸⁵. Wówczas słuszny interes wierzyciela zostaje zaspokojony. Ponadto wygaśnięcie zobowiązania gwarancyjnego następuje przez naprawienie szkody powstałej wskutek braku zagwarantowanego zachowania osoby trzeciej. Artykuł 391 k.c. przyznaje jednak dłużnikowi wedle jego wyboru możliwość zwolnienia się z długu wynikającego z umowy o świadczenie przez osobę trzecią, a więc z obowiązku zapłaty odszkodowania, poprzez spełnienie takiego świadczenia, jakie miała spełnić osoba trzecia (tzw. upoważnienie przemienne)¹⁸⁶. Wierzyciel nie ma przy tym uprawnienia do żądania od dłużnika, aby z tego upoważnienia skorzystał. Jednocześnie uznaje się, że przepis art. 391 k.c. ma charakter dyspozytywny, bowiem strony mają możliwość innego ułożenia łączącego je stosunku prawnego, np. odmiennie wyznaczając zakres obowiązków odszkodowawczych, czy też wprowadzając dodatkowe przesłanki ich powstania¹⁸⁷.

Powyżej przedstawione ujęcie dotyczące umowy o świadczenie przez osobę trzecią dominuje w doktrynie i nie budzi większych sporów. Z punktu widzenia możliwości zastosowania tej konstrukcji do umowy offsetowej i pozycji offsetodawcy kluczowe znaczenie ma spór doktrynalny dotyczący tego, czyjego zobowiązania oraz względem którego podmiotu ma zostać spełnione świadczenie przez osobę trzecią. Nie budzi jednak większych wątpliwości, że sam obowiązek spełnienia świadczenia należy na gruncie art. 391 k.c. rozumieć jako wykonanie zobowiązania z istniejącego stosunku prawnego. Jak już jednak zaznaczono, nie ma przeciwwskazań do objęcia

¹⁸⁵ Ibidem, s. 996-997, nb 61-62.

¹⁸⁶ Ibidem, s. 990, nb 50.

¹⁸⁷ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 391, nt 3.

przrzeczeniem z art. 391 k.c. obowiązku spełnienia świadczenia z umowy przyszłej. Taki przypadek należy interpretować jako łączne zobowiązanie się do zaciągnięcia zobowiązania i spełnienia wynikającego z niego świadczenia¹⁸⁸. Część przedstawicieli doktryny wyróżnia dwa podstawowe modele umowy o świadczenie przez osobę trzecią, tj. „wyręczenie” oraz „*quasi*-poręczenie”. Model tzw. „wyręczenia” wyodrębniany jest ze względu na funkcję, jaką ma pełnić umowa o świadczenie przez osobę trzecią. Innymi słowy w relacjach ze stosunku podstawowego pomiędzy dłużnikiem a wierzycielem, osoba trzecia ma spełnić świadczenie zastępując przy tym dłużnika. Cechą charakterystyczną tego modelu jest tożsamość podmiotowa stosunku podstawowego (z którego wynika obowiązek spełnienia przez dłużnika określonego świadczenia) oraz umowy o świadczenie przez osobę trzecią (mającą spełnić tożsame świadczenie). W przypadku niespełnienia świadczenia przez osobę trzecią, wierzycielowi przysługuje wyłącznie roszczenie w stosunku do dłużnika. Natomiast osoba trzecia nie jest stroną żadnego stosunku prawnego. W takiej sytuacji dłużnik ponosi odpowiedzialność względem wierzyciela za brak świadczenia na zasadach wynikających ze stosunku podstawowego, a jednocześnie także ze stosunku gwarancyjnego na wypadek, gdyby osoba trzecia nie wykonała świadczenia na rzecz wierzyciela. Taka umowa nie pełni funkcji zabezpieczającej inny stosunek, ponieważ ani wierzycielowi, ani beneficjentowi (jeżeli jest to podmiot inny niż wierzyciel) nie przysługują żadne roszczenia względem osoby trzeciej. Jednakże utworzona jest pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem nowa podstawa odpowiedzialności; dłużnik odpowiada bowiem ze stosunku podstawowego oraz gwarancyjnie za niespełnienie świadczenia przez osobę trzecią na rzecz beneficjenta¹⁸⁹. Praktyczna różnica sprowadza się zatem do zaostrzonego reżimu odpowiedzialności w przypadku konstrukcji z art. 391 k.c., z której mógłby skorzystać wierzyciel względem dłużnika na wypadek niespełnienia świadczenia. Drugi model ma charakter *quasi*-poręczenia ze względu na funkcję umowy o świadczenie przez osobę trzecią. W tym bowiem przypadku brak jest tożsamości podmiotowej stosunku podstawowego oraz umowy o świadczenie przez osobę trzecią, tj. podmiotami zobowiązanymi są

¹⁸⁸ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 965, 985-986, nb 9 i 43.

¹⁸⁹ *Ibidem*, s. 971-973, nb 20.

dłużnik i osoba trzecia z dwóch różnych stosunków prawnych wobec tego samego wierzyciela. Stosunek podstawowy występuje pomiędzy wierzycielem a osobą trzecią (osoba trzecia występuje tutaj jako dłużnik), natomiast umowa o świadczenie przez osobę trzecią zawierana jest przez wierzyciela i dłużnika. Dłużnik zobowiązuje się wobec wierzyciela, że osoba trzecia spełni swoje świadczenie wynikające ze stosunku prawnego łączącego wierzyciela i osobę trzecią. Wierzyciel w wyniku tej dodatkowej umowy uzyskuje gwarancję od innego podmiotu niż pierwotnie zobowiązany. Wierzycielowi przysługuje zatem nadal roszczenie względem osoby trzeciej ze stosunku podstawowego, a w przypadku niespełnienia tego świadczenia – dodatkowo roszczenie gwarancyjne wobec dłużnika. Umowa o świadczenie przez osobę trzecią pełni w tym przypadku funkcję zabezpieczającą zbliżoną do poręczenia¹⁹⁰. Warto jednak odnotować, że powyżej przedstawiana koncepcja o dwóch możliwych modelach zastosowania konstrukcji umowy o świadczenie przez osobę trzecią nie jest powszechnie akceptowana w doktrynie. Opisywane zagadnienie jest wyjątkowo sporne, a prezentowana w ostatnim czasie linia orzecznicza Sądu Najwyższego opowiada się zasadniczo za możliwością stosowania wyłącznie drugiego z ww. modeli, tj. modelu *quasi*-poręczenia¹⁹¹. Zdaniem Sądu Najwyższego użyty w art. 391 k.c. zwrot „spełni świadczenie” zakłada istnienie stosunku obligacyjnego pomiędzy wierzycielem (beneficjentem zastrzeżenia) a osobą trzecią. Sąd Najwyższy jednoznacznie wskazał, że konstrukcja art. 391 k.c. nie znajdzie zastosowania, gdy dłużnik obliguje się wobec wierzyciela, że wskazana osoba trzecia wykona dług obciążający samego dłużnika¹⁹². Z umowy o świadczenie przez osobę trzecią wynika zobowiązanie gwarancyjne przyrzekającego, które zabezpiecza inne zobowiązanie. Przyrzeczenie nie musi dotyczyć już istniejącego zobowiązania, lecz strony muszą oznaczyć obowiązek zaciągnięcia określonego zobowiązania i spełnienia świadczenia. W orzecznictwie Sądu Najwyższego reprezentowane jest stanowisko, że także zasada swobody umów nie pozwala na przyjęcie odpowiedzialności pozwanego za zachowania osoby trzeciej, bez istnienia stosunku zobowiązaniowego pomiędzy tą osobą a dłużnikiem lub wierzycielem. Tak skonstruowane zobowiązanie, tj. zobowiązanie się

¹⁹⁰ Ibidem, s. 973, nb 21.

¹⁹¹ Ibidem, s. 971-973, nb 20.

¹⁹² Wyrok SN z dnia 12 lutego 2010 r., I CSK 311/09, Legalis nr 218239.

dłużnika do spowodowania określonego stanu rzeczy, na który nie ma wpływu, byłoby bowiem sprzeczne z jego naturą wynikającą z art. 391 k.c.¹⁹³. Chodzić zatem musi o świadczenie wynikające z istniejącego lub mającego powstać odrębnego stosunku zobowiązaniowego między beneficjentem gwarancji a osobą trzecią, w którym to stosunku beneficjentem gwarancji jest wierzyciel¹⁹⁴. Za wąskim ukształtowaniem modelu umowy o świadczenie przez osobę trzecią (także na podstawie zasady swobody umów) przemawiać ma wiele argumentów jurydycznych. Wymieniając kilka z nich można wskazać, że jedną z cech prawa zobowiązań jest to, iż czynność prawna w jakikolwiek sposób dotycząca praw lub interesów osób trzecich, nieuczestniczących w dokonywaniu tej czynności, musi być wyraźnie przewidziana przez ustawodawcę, a odpowiednich przepisów w tym zakresie nie należy poddawać wykładni rozszerzającej (tzw. *numerus clausus* czynności prawnych odnoszących się do osób trzecich). Ponadto gdyby na tle art. 391 k.c. chodziło o podjęcie się przez osobę trzecią spełnienia świadczenia ciążącego na samym gwarantcie, to zupełnie niezrozumiałym byłby fakt przyznania w tym samym przepisie gwarantowi upoważnienia przemiennego do spełnienia świadczenia, które ma wykonać osoba trzecia. Niezrozumiałe byłoby bowiem udzielenie dłużnikowi upoważnienia do spełnienia jego własnego świadczenia¹⁹⁵.

Odnosząc powyższe uwagi do stosunków powstałych na gruncie umowy offsetowej, należy odnieść się do obydwu przedstawionych powyżej modeli ukształtowania umowy o świadczenie przez osobę trzecią. Model *quasi*-poręczenia nie może znaleźć zastosowania do offsetodawcy w ramach umowy offsetowej. Przedmiotem offsetu jest bowiem realizacja zobowiązania offsetowego, które ma polegać na przekazaniu niezbędnej zdolności na rzecz offsetobiorecy. Zobowiązanie offsetowe jest przy tym niewątpliwie zobowiązaniem zagranicznego dostawcy. Oznacza to, że obowiązek świadczenia obciąża zagranicznego dostawcę, a nie offsetodawcę. Przyjąć zatem należy, że powyższy model nie może znaleźć zastosowania do konstrukcji umowy offsetowej, bowiem zagraniczny dostawca obliuguje

¹⁹³ Wyrok SN z dnia 9 października 2014 r., IV CSK 29/14, Legalis nr 1157498.

¹⁹⁴ Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., II CSK 185/15, Legalis nr 1409172.

¹⁹⁵ Szerzej na ten temat: M. Wilejczyk, *Przedmiot gwarancji a natura stosunku zobowiązaniowego*, Monitor Prawniczy 2016/4, s. 188.

się wobec wierzyciela, że wskazana osoba trzecia wykona dług obciążający samego zagranicznego dostawcę. Ponadto w tym modelu niezbędne byłoby odnalezienie istniejącego lub mającego powstać odrębnego stosunku zobowiązaniowego między beneficjentem gwarancji (Skarbem Państwa lub offsetobiorcą) a osobą trzecią (offsetodawcą). Takiego stosunku prawnego można by doszukiwać się wyłącznie na gruncie tzw. umowy wykonawczej (więcej na jej temat w rozdziale trzecim). Jest to jednak wątpliwe nawet na gruncie dawnej ustawy offsetowej, gdzie często formułowano zobowiązania offsetowe jako zobowiązanie do zawarcia i wykonania umowy pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą, na mocy której offsetodawca nieodpłatnie przekaże offsetobiorcy określone świadczenie będące przedmiotem zobowiązania offsetowego. Taki sposób formułowania zobowiązań offsetowych związany był z jednej strony z definicją zobowiązania offsetowego na gruncie dawnej ustawy offsetowej, która wskazywała, iż tym zobowiązaniem jest m.in. zawarcie i zrealizowanie umowy o przeniesienie praw lub świadczeń między offsetodawcą a offsetobiorcą. Z drugiej strony podyktowane to było względami praktycznymi. Otóż przeniesienie świadczenia będącego przedmiotem offsetu wymaga poczynienia uzgodnień pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą. Trudno jest w inny sposób dokonać uzgodnień co do sposobu przeprowadzenia szkoleń, czy też udzielenia licencji. Obecnie zauważyć można jednak tendencję do odmiennego formułowania zobowiązań offsetowych, gdzie – pod wpływem zmiany definicji legalnej zobowiązania offsetowego – kładzie się bezpośredni nacisk na realizację świadczenia będącego przedmiotem zobowiązania, z pominięciem odniesienia do umowy wykonawczej. Umowa wykonawcza powinna mieć w głównej mierze charakter organizacyjny i skupiać się na ustaleniu, w jaki sposób przedmiot zobowiązania offsetowego ma zostać przekazany. Realizacja zobowiązania offsetowego związana jest z zaspokajaniem roszczeń wynikających bezpośrednio z umowy offsetowej. Ustawa offsetowa nie daje przy tym żadnych podstaw do twierdzenia, że offsetodawca, realizując zobowiązanie offsetowe, ma wykonywać swoje własne zobowiązanie oraz ponosić w tym zakresie odpowiedzialność. Wręcz przeciwnie, ustawa wyraźnie ogranicza pozycję dłużnika z zobowiązania offsetowego do podmiotu będącego stroną umowy offsetowej – tj. do zagranicznego dostawcy (art. 2 pkt 2 ustawy offsetowej) – powtarzając przy tym, że odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania realizowanego przez offsetodawcę ponosi zagraniczny

dostawca (art. 2 pkt 10 i art. 25 ust. 1 ustawy offsetowej). Oczywiście nie można wykluczyć możliwości odmiennego ułożenia stosunków prawnych pomiędzy offsetodawcą lub offsetobiorcą w ramach umowy wykonawczej. Odpowiedzialność offsetodawcy nie będzie jednak wynikać w tym przypadku z samej istoty zobowiązania offsetowego, lecz będzie stanowić wyłącznie dodatkową gwarancję należytego wykonania zobowiązania, poprzez dobrowolne przyjęcie na siebie zobowiązania przez offsetodawcę. Takie dodatkowe zobowiązanie offsetodawcy nie będzie przy tym wpływać w żaden sposób na pozycję zagranicznego dostawcy ukształtowaną na podstawie umowy offsetowej. Innymi słowy, przyjęcie na siebie odpowiedzialności przez offsetodawcę w ramach umowy wykonawczej nie może stanowić podstawy do uznania zastrzonego, gwarancyjnego reżimu odpowiedzialności zagranicznego dostawcy. Ustawa offsetowa nie pozwala na przyjęcie, że zobowiązanie offsetowe miałyby polegać wyłącznie na zabezpieczeniu realizacji zobowiązania przez podmiot trzeci – offsetodawcę. Zatem stosunek podstawowy pozostaje stosunkiem na linii zagraniczny dostawca – Skarb Państwa. Istota offsetu, tj. ustanowienie potencjału, jest obowiązkiem zagranicznego dostawcy. Ponadto ustawa offsetowa zawiera przepisy dotyczące zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej; obowiązki z niej wynikające mogą dotyczyć wyłącznie jej strony, tj. dla zagranicznego dostawcy. Na podstawie art. 20 ustawy offsetowej zagraniczny dostawca powinien przedstawić zabezpieczenie wykonania swojego zobowiązania, a nie zobowiązania offsetodawcy. Przedstawione stanowisko jest zgodne z praktyką zawierania umów offsetowych w Polsce, gdzie ani postanowienia dotyczące zobowiązań offsetowych i zabezpieczeń, ani też postanowienia dotyczące charakteru umów wykonawczych, nie pozwalają na przyjęcie odpowiedzialności offsetodawcy niebędącego zagranicznym dostawcą. Z powyższego wynika, że nie jest możliwe ułożenie stosunków na linii zagraniczny dostawca – Skarb Państwa (lub offsetobiorca) – offsetodawca według *quasi*-poręczeniowego modelu instytucji z art. 391 k.c.

Przechodząc do dalszych rozważań należy jeszcze przeanalizować możliwość zastosowania modelu „wyręczenia”. Także ten model wydaje się wątpliwy dla opisanego stosunków z umowy offsetowej. Zobowiązanie offsetowe jako zobowiązanie zagranicznego dostawcy musiałoby bowiem w takim przypadku towarzyszyć zobowiązaniu o charakterze gwarancyjnym (wzmacniającym). W razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez offsetodawcę odpowiedzialność

gwarancyjna istniałaby obok podstawowej odpowiedzialności kontraktowej. Takie ułożenie stosunków sprawiałoby, że zobowiązanie „gwarancyjne” nie byłoby zobowiązaniem offsetowym, a jedynie formą jego zabezpieczenia ustanowioną na podstawie art. 20 ustawy offsetowej. Z samej bowiem definicji zobowiązania offsetowego wynika, że polegać ma ono na przekazaniu zdolności, a nie na zabezpieczeniu (zapewnieniu), że dojdzie do przekazania przedmiotu zobowiązania. Brzmienie ustawy offsetowej oraz praktyka zawierania umów offsetowych nie dają podstaw do twierdzenia, że w przypadku wykonywania zobowiązania offsetowego przez offsetodawcę, istnieją dwie alternatywne podstawy odpowiedzialności zagranicznego dostawcy, tj. odpowiedzialność z tytułu stosunku podstawowego (brak należytego wykonania zobowiązania offsetowego obciążającego zagranicznego dostawcę) oraz ze stosunku gwarancyjnego (ze względu na przyjęcie na siebie dodatkowej odpowiedzialności za to, że offsetodawca nie wykona świadczenia na rzecz wierzyciela).

Biorąc pod uwagę powyższe należy stwierdzić, że pozycja offsetodawcy jako osoby trzeciej wykonującej zobowiązanie offsetowe jest analogiczna jak w przypadku powierzenia wykonania własnego zobowiązania osobie trzeciej. Zagraniczny dostawca nie ma bowiem obowiązku świadczenia przedmiotu zobowiązania offsetowego osobiście. Ustawodawca wyraźnie upoważnia do powierzenia wykonania zobowiązania osobie trzeciej, ograniczając w tym przypadku możliwość umownej modyfikacji art. 356 § 1 k.c. Konsekwentnie podstawowy reżim odpowiedzialności zagranicznego dostawcy za zachowanie offsetodawcy jest reżimem odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania własnego zobowiązania (szerzej na ten temat w rozdziale siódmym). Przyjęcie reżimu odpowiedzialności gwarancyjnej wymagałoby spełnienia dodatkowych przesłanek, tj. zawarcia dodatkowych postanowień w umowie offsetowej zastrzegających granice odpowiedzialności, a także (wedle orzecznictwa Sądu Najwyższego) istnienia zobowiązania offsetodawcy, za które zagraniczny dostawca miałby dodatkowo ponosić odpowiedzialność.

2. Umowa offsetowa a umowa o zwolnienie dłużnika od obowiązku świadczenia przez osobę trzecią

Kolejną wymienioną w k.c. instytucją z zakresu umów odnoszących się do osób trzecich jest uregulowana w art. 392 k.c. umowa o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią od obowiązku świadczenia. Artykuł 392 k.c. normuje sytuację, gdy osoba trzecia zobowiązała się przez umowę z dłużnikiem zwolnić go od obowiązku świadczenia¹⁹⁶. W takim przypadku osoba trzecia jest odpowiedzialna względem dłużnika za to, że wierzyciel nie będzie od niego żądał spełnienia świadczenia. Umowa o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią od obowiązku świadczenia (zwana także umową o tzw. przejęcie wypełnienia lub umową o zwolnienie dłużnika od obowiązku świadczenia, ewentualnie umową o zwolnienie dłużnika) – to taki rodzaj umowy, gdzie po jednej stronie występuje osoba, która jest dłużnikiem w jakimkolwiek zawiązanym już wcześniej stosunku prawnym, a po drugiej stronie podmiot, który w tym stosunku prawnym nie uczestniczy – zwany osobą trzecią¹⁹⁷. Przyjmuje się, iż umowa o zwolnienie dłużnika od obowiązku świadczenia tworzy po stronie osoby trzeciej zobowiązanie stanowiące gwarancję, że nastąpi rezultat w postaci doprowadzenia przez nią (osobę trzecią) do tego, że wierzyciel nie będzie żądał od dłużnika spełnienia świadczenia. Osoba trzecia zobowiązuje się więc do osiągnięcia określonego rezultatu, a nie tylko do podjęcia starań. Uznać można za częśćią przedstawicieli doktryny, iż istotą zobowiązania gwaranta (osoby trzeciej) jest powstrzymanie wierzyciela przed dochodzeniem określonego świadczenia od dłużnika, przy czym obowiązek ten realizowany jest poprzez podjęcie działań uzgodnionych przez podmioty w ramach zawartej umowy z art. 392 k.c., a w przypadku braku takich uzgodnień, poprzez podjęcie takich działań, które gwarant uzna za stosowne. Nienależyte wykonanie tego obowiązku, rozumiane jako nieosiągnięcie zapewnionego rezultatu, rodzi po stronie gwaranta odpowiedzialność za szkodę powstałą w majątku dłużnika. Świadczenie odszkodowawcze ma tu charakter wtórny, podobnie jak ma to miejsce

¹⁹⁶ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1006-1007, nb 79.

¹⁹⁷ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 392, nt 1.

w innych przypadkach niewykonania zobowiązania kontraktowego (art. 471 KC)¹⁹⁸. Zastosowane w art. 392 k.c. oznaczenie stron może wprowadzać pewne zamieszanie wobec użycia nazewnictwa w sposób odmienny niż czyni to art. 391 i 393 k.c. Wierzycielem nazwano bowiem osobę, która nie jest stroną umowy gwarancyjnej, ale ma wierzytelność w stosunku do jednej ze stron tej umowy (dłużnika). Natomiast mianem „osoby trzeciej” określono osobę, która jest stroną umowy gwarancyjnej i zaciąga zobowiązanie z tej umowy. Osoba trzecia angażuje się poprzez zawarcie umowy gwarancyjnej w stosunek prawny pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem. Uznaje się, iż przedmiotem umowy określonej w art. 392 k.c. może być co do zasady każdy cywilnoprawny dług o charakterze obligacyjnym. Umowa ta może dotyczyć długów wynikających z wszelkich źródeł – umów, deliktów, bezpodstawnego wzbogacenia, orzeczeń sądowych, aktów administracyjnych. Umowa o zwolnienie dłużnika zawierana jest głównie w interesie dłużnika i pełni dla niego funkcję ochronną. Przepis art. 392 k.c. ma przy tym dyspozytywny charakter, bowiem strony mogą w umowie odmiennie uregulować odpowiedzialność osoby trzeciej zarówno co do jej przesłanek, jak i granic odszkodowania¹⁹⁹.

Przyjmując możliwość stosowania kodeksowych regulacji w zakresie umów odnoszących się do osób trzecich dla wyjaśnienia wielopodmiotowych stosunków powstałych w związku z umową offsetową, należy zastanowić się, czy na gruncie ustawy offsetowej może dojść do zastosowania konstrukcji z art. 392 k.c. Chodzić mogłoby w tym przypadku o taką sytuację, gdy zagraniczny dostawca zobowiąże się względem Skarbu Państwa, że inny podmiot (przykładowo offsetodawca) nie będzie żądał spełnienia świadczenia od offsetobiorcy. Ewentualnie, że offsetodawca zapewni w imieniu zagranicznego dostawcy osiągnięcie ww. rezultatu. Z teoretycznego punktu widzenia, możliwe byłoby ukształtowanie w ten sposób treści zobowiązania offsetowego. Przy czym w przypadku gdy offsetobiorca jest jednostką budżetową, powyższe rozwiązanie mogłoby odpowiadać nawet konstrukcji kodeksowej, tj. jeżeli zagraniczny dostawca (osoba trzecia) zobowiązuje się przez umowę ze Skarbem Państwa (dłużnik w przypadku braku odrębnej osobowości prawnej

¹⁹⁸ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1007-1009, nb 80.

¹⁹⁹ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 392, nt 9.

offsetobiorcy) zwolnić go od obowiązku świadczenia, jest on odpowiedzialny względem dłużnika za to, że wierzyciel nie będzie od Skarbu Państwa żądał spełnienia tego świadczenia. Odrębną kwestią jest jednak – niezależnie od podobieństwa relacji podmiotów występujących na gruncie stosunków offsetowych – czy przedmiotem zobowiązania offsetowego może być zobowiązanie się do tego, że inny podmiot nie będzie żądał spełnienia świadczenia. Odpowiedź na to pytanie związana jest ściśle z tym, jakiego rodzaju świadczenia mogą być przedmiotem zobowiązań offsetowych; kwestie te zostały omówione w rozdziale piątym. Innymi słowy, czy przedmiotem zobowiązania offsetowego może być zobowiązanie do zmniejszenia pasywów offsetobiorcy. Stwierdzić należy, że tego typu zobowiązanie nie odpowiada warunkom ustawowym i nie może być kwalifikowane jako niezbędne dla utrzymania lub ustanowienia na terytorium Polski potencjału w zakresie przeniesienia określonej zdolności niezbędnej z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa w sposób zapewniający uniezależnienie się od zagranicznego dostawcy polskiego przemysłu obronnego. Uzasadnienie tego typu świadczeń miałyby bowiem charakter wyłącznie ekonomiczny. Wobec powyższego takiego typu zobowiązanie należy uznać za niedopuszczalne w świetle ustawy offsetowej, a tym samym konstrukcja z art. 392 k.c. nie znajdujące zastosowania na gruncie stosunków z umowy offsetowej.

3. Umowa offsetowa a umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej

Ostatnią kwestią wymagającą umówienia w tym rozdziale jest relacja umowy offsetowej do umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. W umowie na rzecz osoby trzeciej strony tej umowy – wierzyciel (zastrzegający) i dłużnik (przyrzekający) – postanawiają, że dłużnik spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Osoba trzecia nie bierze udziału w zawieraniu tej umowy, ale w wyniku zastrzeżenia umownego nabywa uprawnienie do żądania od dłużnika spełnienia świadczenia na swoją rzecz lub wyłącznie upoważnienie do odbioru takiego świadczenia. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, w ramach konstrukcji umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, jej strony (wierzyciel i dłużnik) postanawiają, że jedna z nich (dłużnik) spełni

świadczenie na rzecz osoby trzeciej, niebiorącej udziału w zawieraniu kontraktu²⁰⁰. Samo zawarcie umowy na rzecz osoby trzeciej nie wymaga jej zgody ani nawet wiedzy²⁰¹. Według powszechnie panującego poglądu, umowa na rzecz osoby trzeciej nie ma samodzielnego charakteru²⁰². Jest to konstrukcja, którą strony mogą posłużyć się przy zawieraniu różnego rodzaju umów. Wobec czego umowa na rzecz osoby trzeciej stanowi zawsze element innej umowy (umowy podstawowej, głównej) lub innego stosunku zobowiązaniowego o charakterze nieumownym²⁰³. Umowa na rzecz osoby trzeciej przybiera zatem zazwyczaj postać zastrzeżenia umownego zmieniającego kierunek spełnienia świadczenia z wierzyciela na osobę trzecią²⁰⁴. W wyniku tego zabiegu umowa, w której występuje wierzyciel i dłużnik, przekształca się w układ trójpodmiotowy z mającą otrzymać świadczenie osobą trzecią²⁰⁵. W konsekwencji następuje połączenie ze sobą trzech stosunków obligacyjnych²⁰⁶:

- 1) stosunek pokrycia – występujący między wierzycielem (zastrzegającym) a dłużnikiem (przyskakującym), który wynika zazwyczaj z umowy podstawowej, w ramach której zastrzeżono świadczenie na rzecz osoby trzeciej;
- 2) stosunek zapłaty (wykonania lub świadczenia) – występujący między dłużnikiem (przyskakującym) a osobą trzecią, który wynika z zastrzeżenia świadczenia na rzecz osoby trzeciej w ramach umowy podstawowej;
- 3) stosunek waluty – występujący między wierzycielem (zastrzegającym) a osobą trzecią, który wyjaśnia przyczynę zastrzeżenia świadczenia na rzecz osoby trzeciej w umowie podstawowej.

Przyjmuje się, że świadczenia na gruncie art. 393 k.c. mogą przybierać różną postać²⁰⁷. Mogą to być świadczenia jednorazowe, okresowe i ciągłe. Niewykluczone jest także, by świadczenia spełniane na rzecz osoby trzeciej miały nie tylko formę czynności

²⁰⁰ A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 393, nt 1.

²⁰¹ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1043, nb 166.

²⁰² *Ibidem*, s. 963, nb 6.

²⁰³ *Ibidem*, s. 1025, nb 100.

²⁰⁴ *Ibidem*, s. 1025, nb 101.

²⁰⁵ *Ibidem*, s. 1026, nb 104.

²⁰⁶ *Ibidem*, s. 1026, nb 105.

²⁰⁷ *Ibidem*, s. 1050-1052, nb 191-198.

faktycznych, lecz również czynności prawnych. Zatem zastrzeżone na rzecz osoby trzeciej świadczenie może przybrać każdą postać (*dare, facere, non facere, pati*), o ile tylko obowiązek spełnienia wynika z umowy zobowiązującej. Większość przedstawicieli doktryny opowiada się za stanowiskiem, iż niedopuszczalne jest zawieranie umów rozporządzających na rzecz osób trzecich, tj. umów, których skutkiem byłoby przeniesienie praw na trzeciego, gdzie skutek taki następowałby bez potrzeby zawierania jakiegokolwiek umowy między przyrzekającym a osobą trzecią, na mocy której następowaloby spełnienie świadczenia na rzecz osoby trzeciej przez dłużnika. Nie ma także przeciwwskazań, aby wykorzystać instytucję *pactum in favorem tertii* do spełnienia na rzecz osoby trzeciej całości świadczenia z umowy podstawowej lub tylko jej części, jak również aby dłużnik był zobowiązany do wykonania swego zobowiązania na rzecz kilku osób trzecich jednocześnie.

Biorąc pod uwagę wyżej wskazane cechy charakterystyczne umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej, stwierdzić należy, iż nie ma przeciwwskazań dla zakwalifikowania relacji ukształtowanych w wyniku powstania zobowiązania offsetowego pomiędzy zagranicznym dostawcą, Skarbem Państwa a offsetobiorcą (w przypadku, gdy jest to podmiot odrębny od Skarbu Państwa) jako instytucji z art. 393 k.c. Ustawa offsetowa nie reguluje w sposób kompleksowy stosunków powstałych z beneficjentem świadczeń (offsetobiorcą) na gruncie umowy offsetowej, a ponadto nie można ich należycie uzasadnić z wykorzystaniem innych instytucji prawnych o podobnym charakterze. Oprócz omówionych wcześniej konstrukcji prawnych także konstrukcja przekazu nie może tu znaleźć zastosowania. Główną tego przyczyną jest fakt, że przekaz nie jest umową; stanowi on jednostronną czynność prawną przekazującego, na podstawie której przekazujący udziela upoważnienia do spełnienia świadczenia na rzecz odbiorcy i do przyjęcia świadczenia od przekazanego²⁰⁸. Zobowiązania offsetowe oraz wynikające z nich uprawnienia offsetobiorcy niewątpliwie wynikają z umowy offsetowej.

²⁰⁸ Szerzej na temat przekazu: M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1035-1039, nb 139-140.

Za możliwością kwalifikacji stosunków offsetowych jako umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej opowiada się także część przedstawicieli doktryny²⁰⁹. Wskazuje się bowiem, iż konstrukcja umowy offsetowej zasadza się na koncepcji umowy na rzecz osoby trzeciej. Ustawa offsetowa nakłada bowiem na zagranicznego dostawcę uzbrojenia lub sprzętu wojskowego obowiązek zawarcia ze Skarbem Państwa umowy, w której tenże dostawca zobowiązuje się wobec Skarbu Państwa m.in. do zawarcia z polskimi przedsiębiorcami (offsetobiorcami) umów o przeniesienie praw lub świadczenie usług. Nawiązanie do koncepcji *pacti in favorem tertii* jest więc wyraźne. Przedstawiciele doktryny wyrażają pogląd, iż umowa offsetowa odpowiada przy spełnieniu odpowiednich warunków swoją konstrukcją instytucji świadczenia na rzecz osoby trzeciej z art. 393 KC (*pactum in favorem tertii*). Część przedstawicieli doktryny wskazuje, iż chodzi w szczególności o sytuacje, gdy świadczenie na rzecz offsetobiorcy jest wystarczająco skonkretyzowane i bez dodatkowych czynności można je spełnić. Jedynie w przypadku uznania umowy offsetowej za umowę ramową (o czym szerzej w rozdziale dziesiątym), nie byłoby możliwe jej zakwalifikowanie jako umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej²¹⁰.

Dla wyjaśnienia takiego sposobu ukształtowania relacji podmiotów związanych z umową offsetową należy odnieść się do poglądów doktryny wyrażonych na temat funkcji, jakie pełni umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej²¹¹. Główne znaczenie w ramach umów offsetowych ma funkcja przyspieszenia i usprawnienia obrotu. Należy wskazać, iż świadczenie na rzecz osoby trzeciej zastępuje dwa świadczenia, które musiałyby być spełnione, gdyby nie została zastosowana konstrukcja umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Jeżeli bowiem wyłącznie Skarb Państwa miałby być beneficjentem świadczeń w ramach zobowiązań offsetowych – wobec częstego braku samodzielnej możliwości wykorzystania pozyskanego potencjału – następnie musiałoby dojść do przekazania uzyskanych uprawnień na rzecz innego podmiotu, który występuje w umowie offsetowej jako offsetobiorca. Poza problemami

²⁰⁹ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 24; M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1029-1031, nb 119-124.

²¹⁰ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, nb 30, s. 312-313.

²¹¹ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1034-1035, nb 132-138.

związanymi z opóźnieniem w przekazaniu świadczeń na rzecz finalnego beneficjenta (potrzeba negocjacji oraz zawierania kolejnych umów), czasami przekazanie świadczeń byłoby w praktyce niemożliwe. Chodzi tu w szczególności o świadczenia polegające na zapewnieniu przeszkolenia lub asysty technicznej nad produkcją związaną z pozyskaniem potencjału. Skarb Państwa, nie będąc przedsiębiorcą zbrojeniowym o odpowiednim zasobie technicznym i personalnym, nie miałby przeważnie możliwości sprawnego przekazania posiadanej technologii oraz *know-how*, jak jest to w stanie uczynić zagraniczny przedsiębiorca zbrojeniowy (offsetodawca).

Odnosząc konstrukcję z art. 393 k.c. do stosunków offsetowych, należy przeanalizować opisane wyżej stosunki pokrycia, zapłaty oraz waluty. Niewątpliwie na gruncie ustawy offsetowej stosunek pokrycia występuje między Skarbem Państwa (wierzycielem) a zagranicznym dostawcą (dłużnikiem), który to stosunek wynika z umowy offsetowej (umowy podstawowej), w ramach której zastrzeżono obowiązek realizacji zobowiązania offsetowego na rzecz offsetobiorcy (osoby trzeciej). Umowa offsetowa jest z kolei zawierana wobec istnienia potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa w związku z zawieraniem umowy dostawy. Innymi słowy elementem mobilizującym Skarb Państwa do zastrzeżenia świadczeń na rzecz offsetobiorcy jest potrzeba pozyskania potencjału niezbędnego z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Z kolei zagraniczny dostawca motywowany jest chęcią zawarcia umowy dostawy i czerpania płynących z tego tytułu korzyści. Stosunek zapłaty występuje pomiędzy zagranicznym dostawcą (dłużnikiem) a offsetobiorcą (niebędącym Skarbem Państwa) i wynika on z zastrzeżenia świadczeń objętych zobowiązaniem offsetowym. Realizacja tego świadczenia ma umożliwić osiągnięcie celu przyświecającego zawarciu umowy offsetowej – tj. pozyskanie niezbędnego potencjału. Podobnie specyficzny stosunek waluty występuje pomiędzy Skarbem Państwa (wierzycielem) a offsetobiorcą (niebędącym Skarbem Państwa); jest on podyktowany koniecznością pozyskania ww. potencjału. Tym samym przyczyną, dla której doszło do zastrzeżenia świadczenia na rzecz osoby trzeciej w umowie offsetowej, jest ustawowy obowiązek nałożony na Ministra Obrony Narodowej działającego w imieniu Skarbu Państwa i polegający na efektywnym pozyskaniu niezbędnego potencjału.

Według art. 393 § 1 k.c., pozycja osoby trzeciej kształtowana jest przez treść umowy pomiędzy wierzycielem a dłużnikiem. W zależności bowiem od postanowień

umownych, osoba trzecia będzie mogła żądać bezpośrednio od dłużnika spełnienia świadczenia albo też nie będzie jej służyło takie uprawnienie. W braku odpowiednich postanowień w tym względzie – osoba trzecia będzie mogła żądać spełnienia świadczenia przez dłużnika. Dopiero więc wyłączenie tego uprawnienia przez strony powoduje skutek w postaci braku możliwości żądania spełnienia świadczenia przez dłużnika. Opisane dwa warianty świadczenia na rzecz osoby trzeciej doktryna określa jako: „właściwą (uprawniającą) umowę na rzecz osoby trzeciej” oraz „niewłaściwą (upoważniającą) umowę na rzecz osoby trzeciej”²¹².

- Właściwa (uprawniająca) umowa na rzecz osoby trzeciej

Silniejsza pozycja osoby trzeciej zachodzi wówczas, gdy będzie ona miała prawo żądania bezpośrednio od dłużnika spełnienia świadczenia. Mówimy wówczas o postaci uprawniającej (właściwej) umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. W takim wariancie powstanie bezpośredni stosunek zobowiązaniowy pomiędzy dłużnikiem a osobą trzecią, niezależnie i obok stosunku pomiędzy stronami umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Osoba trzecia będzie mogła żądać od dłużnika, ażeby ten spełnił świadczenie na jej rzecz. Co jednak niezmiernie istotne, żądanie to będzie jej służyło w imieniu własnym, bezpośrednio od dłużnika i będzie ono miało charakter roszczenia.

- Niewłaściwa (upoważniająca) umowa na rzecz osoby trzeciej

Pozycja osoby trzeciej jest słabsza wtedy, gdy w umowie postanowiono, że osoba ta nie może żądać od dłużnika spełnienia świadczenia. Wówczas mamy do czynienia z tzw. upoważniającą (niewłaściwą) umową o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. Z takiej umowy wynika dla osoby trzeciej jedynie upoważnienie do przyjęcia świadczenia ze skutkiem zwalniającym dłużnika wobec wierzyciela. Jednocześnie w takiej sytuacji dłużnik jest zobowiązany do spełnienia świadczenia na rzecz osoby trzeciej tylko w stosunku wewnętrznym. Za naruszenie zobowiązania odpowiada tylko wobec wierzyciela, lecz gdy już je spełni, nie może domagać się zwrotu świadczenia. W takim przypadku także zgłoszenie chęci skorzystania z zastrzeżenia przez osobę

²¹² Ibidem, s. 1040-1041, nb 150-159.

trzecią nie wywoła żadnych skutków prawnych, w szczególności nie pociąga to za sobą niemożności zmiany czy odwołania zastrzeżenia przez strony.

Sposób ukształtowania pozycji osoby trzeciej (offsetobiorcy) w ramach umowy offsetowej jest jednak szczególny i odchodzi od kodeksowego modelu. Na gruncie dawnej ustawy offsetowej praktykowanym rozwiązaniem było zamieszczenie w umowie zastrzeżenia, zgodnie z którym żadna osoba trzecia (tj. nikt poza zagranicznym dostawcą lub Skarbem Państwa) nie uzyskuje na podstawie umowy offsetowej jakichkolwiek praw (chodziło tu w szczególności o offsetobiorców). Posługiwano się zatem, w wyniku wprowadzenia odpowiednich postanowień umownych dopuszczalnych na gruncie art. 393 § 1 k.c., słabszą konstrukcją upoważniającą wyłącznie offsetobiorcę do przyjęcia świadczenia, nie przyznając mu samodzielnego prawa do domagania się od zagranicznego dostawcy wykonania zobowiązania offsetowego. Tego typu uregulowanie pozycji offsetobiorcy na gruncie dawnej ustawy offsetowej było akceptowane przez przedstawicieli doktryny²¹³. Wejście w życie nowej ustawy offsetowej, w tym wprowadzenie zmodyfikowanej definicji zobowiązania offsetowego, zrodziło potrzebę ponownego rozpatrzenia możliwości swobodnego uregulowania przez strony umowy offsetowej pozycji offsetobiorcy występującego jako osoba trzecia. Zgodnie z brzmieniem art. 2 pkt 2 ustawy offsetowej, zobowiązanie offsetowe zostało zdefiniowane jako zobowiązanie zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy, polegające w szczególności na przekazaniu technologii lub *know-how*, wraz z przeniesieniem autorskich praw majątkowych lub praw do korzystania z utworu na podstawie udzielonej licencji, zapewniające wymaganą przez Skarb Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w celu utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie przeniesienia zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Definicja zobowiązania offsetowego na gruncie dawnej ustawy offsetowej w znaczny sposób odbiegała od ww. definicji. Zgodnie bowiem z art. 3 pkt 2 dawnej ustawy offsetowej przez zobowiązanie offsetowe należało rozumieć zobowiązanie bezpośrednie lub pośrednie

²¹³ Ibidem, s. 1029-1031, nb 118-124.

zagranicznego dostawcy do zakupu od Skarbu Państwa udziałów lub akcji, a także do wniesienia wkładów do spółki z ograniczoną odpowiedzialnością bądź spółki akcyjnej, do przekazania technologii lub do zawarcia i zrealizowania umowy sprzedaży, dostawy, licencji, *know-how* lub innej umowy o przeniesienie prawa lub świadczenie usług, zawartej między offsetodawcą a offsetobiorcą. Oceniając możliwość zastosowania art. 393 § 1 k.c. do obecnych stosunków offsetowych, zasadnicze znaczenie ma dodanie w obecnej definicji legalnej zobowiązania offsetowego sformułowania, iż zobowiązanie offsetowe jest zobowiązaniem zagranicznego dostawcy zarówno wobec Skarbu Państwa, jak i wobec offsetobiorcy. Analizując całokształt nowych rozwiązań ustawowych przyjąć należy, iż celem ustawodawcy było wzmocnienie pozycji offsetobiorcy w procesie negocjowania oraz realizacji umowy offsetowej. Innymi słowy offsetobiorca ma stać się w świetle opisywanych zmian aktywniejszym uczestnikiem procedury offsetowej. Ustawa offsetowa dodała offsetobiorcę jako podmiot, wobec którego (obok Skarbu Państwa) zagraniczny dostawca jest zobowiązany oraz wskazano go jako podmiot (obok stron umowy offsetowej) kooperacji offsetu. Kolejnym przejawem wzmocnienia pozycji offsetobiorcy jest uchylenie art. 19a dawnej ustawy offsetowej. Przepis ten dotyczył możliwości przyjęcia w miejsce zapłaty odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego wykonania jednego lub kilku zobowiązań offsetowych, których łączna wartość odpowiada wartości zobowiązań niewykonanych, a w przypadku zobowiązań nienależycie wykonanych – wartości, od której naliczone zostało odszkodowanie. Uzasadniając projekt tej zmiany wskazano, iż chodzi o rezygnację z dopuszczalności zastąpienia odszkodowań nowymi zobowiązaniami offsetowymi, ze względu na chęć uzyskania „optymalizacji zabezpieczeń interesów przede wszystkim offsetobiorców”²¹⁴. Wobec powyższego należy uznać za uzasadnione twierdzenie, iż jednym z celów nowej ustawy offsetowej jest wzmocnienie pozycji offsetobiorcy oraz zabezpieczenie jego interesów. Z perspektywy przedmiotowych rozważań, diametralne znaczenie ma wskazana już wyżej zmiana polegająca na opisanie zobowiązania offsetowego jako obligującego

²¹⁴ Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

zagranicznego dostawcę także w stosunku do offsetobiorcy. Zobowiązanie uznawane jest bowiem powszechnie jako rodzaj stosunku cywilnoprawnego, węzeł prawny łączący podmioty, który polega na tym, że wierzyciel może żądać od dłużnika świadczenia, a dłużnik powinien świadczenie spełnić (art. 353 § 1 k.c.). Z powyższego wynika, iż w nowej ustawie offsetowej pozycja offsetobiorcy zostaje wzmocniona poprzez przyznanie mu roszczenia w stosunku do zagranicznego dostawcy bezpośrednio z zobowiązania offsetowego – zatem offsetobiorca staje się wierzycielem zagranicznego dostawcy (będącego w tych relacjach dłużnikiem). Uprawnienie do żądania łączy się z kolei ściśle z prawem dochodzenia swoich roszczeń na drodze sądowej. Stosując zatem odpowiednio konstrukcję art. 393 k.c. do umowy offsetowej należy uznać, iż brak jest możliwości wyłączenia uprawnienia offsetobiorcy (osoby trzeciej) do domagania się realizacji zobowiązania offsetowego bezpośrednio od zagranicznego dostawcy (dłużnik). W szczególności, za sprzeczne z ustawą offsetową należy uznać zastrzeżenie na rzecz offsetobiorcy samego upoważnienia do odbioru świadczenia stanowiącego przedmiot zobowiązania offsetowego (niewłaściwa umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej). Nie można bowiem zgodzić się z koncepcją, iż offsetobiorca, któremu przysługuje roszczenie (uprawnienie) w stosunku do zagranicznego dostawcy (jako podmiotu zobowiązanego), byłby wyłącznie upoważniony do odbioru świadczenia, nie mogąc jednocześnie domagać się jego realizacji. Oczywiście zobowiązanie offsetowe powinno być na tyle precyzyjnie określone, aby możliwe było określenie uprawnień offsetobiorcy, umożliwiając tym samym ich realizację. Wydaje się jednak, że na gruncie obecnej ustawy offsetowej treść zobowiązań offsetowych nie powinna być określana w sposób nieprecyzyjny, gdyż stałoby to w sprzeczności z wymaganiami szczególnego uzasadnienia potrzeby ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa zgodnie z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Przyznanie dużej swobody decyzyjnej w powyższym zakresie zagranicznemu dostawcy, mogłoby bowiem zostać uznane za naruszenie wymagań stawianych przez ww. klauzulę derogacyjną (szerzej na temat porównania umowy offsetowej z umową ramową w rozdziale dziesiątym). Brak możliwości ukształtowania przez zagranicznego dostawcę oraz Skarb Państwa umowy offsetowej jako niewłaściwej umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej prowadzi do przyjęcia, iż offsetobiorca może domagać się bezpośrednio od zagranicznego dostawcy spełnienia zastrzeżonego świadczenia na jego rzecz (art. 393 § 1 k.c.).

Fakt, że osoba trzecia nie bierze udziału w zawarciu umowy, rodzi potrzebę wyjaśnienia, co jest podstawą nabycia przez osobę trzecią uprawnienia do otrzymania świadczenia od dłużnika i związanego z tym uprawnieniem roszczenia wobec dłużnika o spełnienie tego świadczenia. Niezależnie od przyjętej koncepcji stojącej u podstaw przysporzenia dla osoby trzeciej, w każdym ujęciu osoba trzecia uzyskuje identyczne uprawnienie, tj. prawo (roszczenie) żądania we własnym imieniu bezpośrednio od dłużnika, aby ten spełnił zastrzeżone świadczenie na jej rzecz. Bez względu też na zajmowane stanowisko w sposób jednolity jest w doktrynie ustalany moment powstania prawa osoby trzeciej. Prawo to powstaje z chwilą zawarcia umowy *in favorem tertii*, chyba że ustawa (np. art. 785 k.c.), właściwość zobowiązania lub umowa wskazują inny termin nabycia prawa przez trzeciego. Do nabycia przez osobę trzecią powyższego uprawnienia nie jest też wymagane żadne działanie z jej strony (np. przyjęcie zastrzeżenia). Osoba trzecia staje się wierzycielem przyrzekającego w sposób automatyczny – może nawet nie wiedzieć o zastrzeżeniu na jej rzecz świadczenia²¹⁵. Powyższe uniezależnienie od woli lub wiedzy osoby trzeciej nie oznacza jednak, że osoba ta pozbawiona jest wpływu na własną sytuację prawną. Po pierwsze, należy podkreślić, że na podstawie *pacti in favorem tertii* osoba trzecia może uzyskać jedynie uprawnienie. Natomiast umową tą nie można nałożyć na trzeciego żadnych obowiązków. Powyższe nie wyklucza, by zastrzegający i przyrzekający uzależnili nabycie przez osobę trzecią prawa od dokonania przez nią pewnych czynności. Osoba trzecia nie musi jednak zadośćuczynić wymaganiom stron umowy *in favorem tertii*. Jeżeli jednak nie spełni postawionych jej warunków, nie uzyska prawa do świadczenia. Decyzja w tej sprawie należy wszakże do osoby trzeciej, która może rozważyć, jakie rozwiązanie bardziej odpowiada jej interesom. Osoba trzecia nie musi skorzystać z poczynionego na jej rzecz zastrzeżenia – może je odrzucić. Osoba trzecia może jednak oświadczyć, że chce skorzystać z zastrzeżenia (art. 393 § 2 k.c.), przez co uniemożliwia jego odwołanie lub zmianę. Nasuwa się zatem konkluzja, iż – po niezależnym od wiedzy i woli osoby trzeciej nabyciu przez nią prawa na podstawie *pacti in favorem tertii* – osoba trzecia staje się dysponentem uzyskanego uprawnienia. Do niej bowiem należy decyzja, czy z prawa tego skorzysta.

²¹⁵ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1056, nb 222.

Zarazem osoba trzecia wywiera wpływ na wykonanie zobowiązania przez przyrzekającego, który jest nie tylko jej dłużnikiem, lecz również dłużnikiem wierzyciela. Wola osoby trzeciej wywołuje więc skutki nie tylko w stosunku zapłaty, lecz także w stosunku pokrycia oraz w stosunku waluty. Reasumując, osoba trzecia, powziawszy wiadomość o dokonanych na jej rzecz zastrzeżeniu, może zachować się w następujący sposób²¹⁶:

1) może odrzucić przyznaną jej korzyść przed nadejściem terminu spełnienia świadczenia przez dłużnika;

2) może w powyższym okresie oświadczyć, że chce skorzystać z zastrzeżenia;

3) może zachować się biernie i dopiero w chwili spełniania świadczenia przez dłużnika podjąć decyzję, czy przyjmie świadczenie, czy też odmówi jego przyjęcia.

Uprawnienie do odrzucenia korzyści przez osobę trzecią nie zostało przewidziane wyraźnie w przepisach prawa, jednak możliwość taka jest powszechnie akceptowana w piśmiennictwie i orzecznictwie. Wywodzi się je z zasad ogólnych, tj. że nikt nie może „narzucić” drugiemu skutków cywilnoprawnych wynikających z czynności prawnej, choćby nawet korzystnych. Osoba trzecia może złożyć oświadczenie o odrzuceniu korzyści którejkolwiek ze stron umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej lub obu stronom tej umowy. Odrzucenie korzyści przez osobę trzecią wywołuje skutki *ex tunc*, w następstwie czego odrzucone zastrzeżenie świadczenia na rzecz osoby trzeciej uznaje się za niebyłe. Przyjmuje się przy tym, że skutek odrzucenia związany jest z rodzajem i charakterem odrzuconego świadczenia. Jeżeli było ono ściśle związane z właściwością czy sytuacją osoby trzeciej, wówczas obowiązek jego spełnienia przez dłużnika wygasa. W innym wypadku dłużnik powinien spełnić świadczenia na rzecz wierzyciela²¹⁷. W przypadku właściwej umowy, o wiele istotniejsza jest sytuacja, gdy osoba trzecia złoży oświadczenie o chęci skorzystania z zastrzeżenia. Kwestię tę reguluje w szczególności art. 393 § 2 k.c. Złożenie oświadczenia o chęci skorzystania z zastrzeżenia wywołuje skutek *ex nunc*. W razie wyrażenia woli skorzystania z zastrzeżenia, dłużnik ma obowiązek spełnić świadczenie wyłącznie na rzecz osoby trzeciej, a nie na rzecz wierzyciela (zastrzegającego) – natomiast wierzyciel nie może w takim wypadku domagać się spełnienia świadczenia

²¹⁶ Ibidem, s. 1056-1057, nb 223-230.

²¹⁷ Ibidem, s. 1058-1059, nb 231-238.

na swoją rzecz, choć może żądać od dłużnika, by ten spełnił świadczenie na rzecz osoby trzeciej²¹⁸. Charakter roszczeń potencjalnie przysługujących osobie trzeciej będzie przedmiotem następnego rozdziału.

Powyższe uwagi związane z właściwą umową na rzecz osoby trzeciej należy odnieść bezpośrednio do skutków wynikających z umowy offsetowej dla offsetobiorcy. Wobec szczególnej regulacji, jaką jest ustawa offsetowa, w tym bezpośredniego przesądzenia w ustawie offsetowej, że zagraniczny dostawca zobowiązany jest także w stosunku do offsetobiorcy, należy uznać, iż powyższe uprawnienia zaczynają przysługiwać od momentu wejścia w życie umowy offsetowej, tj. od chwili zatwierdzenia jej przez Radę Ministrów (art. 29 ustawy offsetowej). Pozycja offsetobiorcy jako osoby trzeciej niewątpliwie jest kształtowana przez fakt aktywnego uczestnictwa w procesie negocjacji warunków umowy offsetowej. To twierdzenie nie oznacza jednak, że offsetobiorca jest zobowiązany do przyjęcia świadczenia wynikającego z zobowiązania offsetowego wbrew swojej woli. Przyjęcie świadczenia w takich okolicznościach stanowi bowiem wyłącznie uprawnienie, a nie obowiązek. W związku z tym offsetobiorca może oświadczyć, iż odmawia przyjęcia świadczeń wynikających z umowy offsetowej. Odrębnym zagadnieniem jest określenie chwili, która petryfikuje uprawnienia offsetobiorcy (ograniczając możliwość zmiany lub odwołania jego uprawnienia). W tym przypadku należy bezpośrednio zastosować ogólną zasadę wynikającą z art. 393 § 2 k.c., zgodnie z którą zastrzeżenie co do obowiązku świadczenia na rzecz osoby trzeciej nie może być odwołane ani zmienione, jeżeli osoba trzecia oświadczyła którejkolwiek ze stron, że chce z zastrzeżenia skorzystać. W praktyce umów offsetowych wola offsetobiorcy korzystania ze świadczenia wyrażana jest poprzez zawarcie umowy wykonawczej z offsetodawcą.

²¹⁸ Ibidem, s. 1059-1061, nb 239-247.

4. Podsumowanie

W wyniku przeprowadzonej analizy pozycji osób trzecich zaangażowanych w realizację umowy offsetowej należy przyjąć, że kodeksowe regulacje w zakresie umów odnoszących się do osób trzecich mogą być pomocne dla wyjaśnienia praw i obowiązków offsetobiorcy oraz offsetodawcy na gruncie obecnie obowiązującego prawa. Ze względu na sposób ukształtowania pozycji offsetodawcy – będącego podmiotem wykonującym zobowiązanie offsetowe zagranicznego dostawcy – nie ma wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia konstrukcji umowy o świadczenie przez osobę trzecią z art. 391 k.c. Za tą tezę przemawia przede wszystkim fakt, iż na gruncie ustawy offsetowej zobowiązanie offsetowe jest wyłącznie zobowiązaniem zagranicznego dostawcy. Offsetodawca będący osobą trzecią nie jest podmiotem, który przyjmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania tego zobowiązania. Tym samym pozycja offsetodawcy kształtuje się analogicznie do pozycji podwykonawcy, któremu zagraniczny dostawca powierza wykonanie swojego zobowiązania. Wykonanie zobowiązania offsetowego nie kreuje natomiast dodatkowego węzła obligacyjnego i zobowiązania, którego należyte wykonanie byłoby gwarantowane przez zagranicznego dostawcę. Ze względu natomiast na przedmiot zobowiązania offsetowego należy również wykluczyć możliwość ukształtowania umowy offsetowej w sposób odpowiadający umowie o zwolnienie dłużnika przez osobę trzecią od obowiązku świadczenia z art. 392 k.c. Jediną instytucją dotyczącą umów odnoszących się do osób trzecich, która znajduje zastosowanie dla opisanego stosunku z umowy offsetowej, tym razem z punktu widzenia offsetobiorcy, jest umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej z art. 393 k.c. Należy przyjąć, że wobec sposobu ukształtowania definicji zobowiązania offsetowego, offsetobiorca jest podmiotem uprawnionym, a nie wyłącznie podmiotem upoważnionym do przyjęcia świadczenia, wobec czego przysługuje mu również prawo domagania się wykonania zobowiązania offsetowego bezpośrednio od zagranicznego dostawcy.

Rozdział VII Odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy offsetowej

W siódmym rozdziale zostaną poruszone zagadnienia dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej powstałej na gruncie umowy offsetowej. Sposób ukształtowania tej odpowiedzialności należy do najistotniejszych zagadnień związanych z umową offsetową; chodzi bowiem o zabezpieczanie interesów Skarbu Państwa i offsetobiorców, jak również o określenie pozycji zagranicznego dostawcy, który dokonuje oceny ryzyka płynącego z negocjowanej umowy. Ustawa stanowi, że przedmiotem umowy offsetowej są zobowiązania offsetowe zagranicznego dostawcy wobec Skarbu Państwa i offsetobiorcy. Umowa offsetowa została zatem ukształtowana jako umowa jednostronnie zobowiązująca, gdzie jedna ze stron umowy (zagraniczny dostawca) jest zobowiązana wobec drugiej strony umowy (Skarbu Państwa) oraz względem beneficjenta świadczeń (offsetobiorcy). Należy zatem w pierwszej kolejności omówić ogólne zasady odpowiedzialności odszkodowawczej wypracowane przez naukę prawa na gruncie k.c., a następnie odnieść te twierdzenia do unormowań ustawy offsetowej. Przedstawiona zostanie odpowiedzialność odszkodowawcza względem Skarbu Państwa, a następnie w stosunku do offsetobiorcy. W końcowej części rozdziału omówiono ustawowe zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej oraz przedstawiono rozważania dotyczące przedawnienia roszczeń wynikających z umowy offsetowej.

1. Charakter prawny odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie ustawy offsetowej

Na gruncie polskiego prawa cywilnego do przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej zalicza się²¹⁹:

- istnienie bezprawnej szkody;
- zajście zdarzenia, z którym ustawa wiąże powstanie odpowiedzialności po stronie dłużnika;

²¹⁹ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 31, nb 21; M. Kaliński, *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014, s. 56.

- związek między tym zdarzeniem a szkodą.

Powstanie szkody jest zatem jedną z podstawowych przesłanek odpowiedzialności odszkodowawczej. Wyjątkowo jednak możemy mieć do czynienia z sytuacją, w której pewne zachowanie naruszające dobra należące do innej osoby uruchamia obowiązek odszkodowawczy niezależnie od istnienia jakiegokolwiek uszczerbku określonego według art. 361 k.c. (np. w przypadku zastrzeżenia kary umownej). Wymaga to jednak każdorazowo wyraźnej podstawy w treści stosunku łączącego strony. Ponadto przyjąć należy, iż szkoda musi być bezprawna, tj. skutek w postaci szkody musi być efektem naruszenia prawnie chronionego interesu. Dodatkowo niezbędne jest, aby bezprawna szkoda pozostawała w związku z opisanym normatywnie zdarzeniem, którego zaistnienie powoduje powstanie obowiązku odszkodowawczego²²⁰. Istotną kwestią dotyczącą odpowiedzialności odszkodowawczej na gruncie umowy offsetowej – wobec istnienia wielopodmiotowych stosunków – jest określenie, kto może być poszkodowanym. W tym zakresie należy przytoczyć pogląd doktryny, zgodnie z którym poszkodowanym może być tylko ten, przeciwko komu było bezpośrednio skierowane zdarzenie szkodzące²²¹. Powyższe twierdzenie uzasadnione jest argumentem, zgodnie z którym poprzestanie na kryterium adekwatnego związku przyczynowego spowodowałoby zalew powództw odszkodowawczych skierowanych przeciwko podmiotowi, któremu przypisuje się pierwotne zdarzenie szkodzące. Aby krąg następstw szkodowych objętych obowiązkiem odszkodowawczym nie był nadmiernie rozszerzony, należy uwzględniać wyłącznie związek przyczynowy między zdarzeniem szkodzącym a naruszeniami doznanymi przez osobę, przeciwko której skierowane było zdarzenie szkodzące. Od zasady podmiotowego ograniczenia indemnizacji zachodzi tylko jeden wyjątek natury ogólnej. Uszczerbek doznany przez podmiot poszkodowany w sposób pośredni staje się prawnie relewantny wówczas, gdy zachowanie sprawcze było nacechowane zamiarem wyrządzenia szkody (*animus laedendi*) konkretnemu podmiotowi. Wynika to z zasady bezwzględnej odpowiedzialności za winę umyślną. Zamiar wyrządzenia szkody jest bowiem dalej idącą postacią strony podmiotowej czynu

²²⁰ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 31-35, nb 22-24; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 56-65.

²²¹ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 37, nb 28; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 69-76.

niż wina umyślna²²². Przedstawiciele doktryny wskazują, że immanentną cechą wszystkich rodzajów odpowiedzialności odszkodowawczej jest występowanie świadczenia zmierzającego do naprawienia szkody, tj. zaspokojenia uszczerbku powstałego w dobrach jednego podmiotu przez inny podmiot²²³.

Po przedstawieniu ogólnych informacji na temat odpowiedzialności odszkodowawczej w prawie polskim należy zdecydować, który reżim odpowiedzialności znajduje zastosowanie na gruncie ustawy offsetowej. W tym celu należy przytoczyć w pierwszej kolejności poglądy dotyczące systematyki reżimów odpowiedzialności przyjętej w polskim prawie cywilnym. Nauka prawa wskazuje w tym zakresie na odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika (*ex contractu*), z tytułu czynów niedozwolonych (*ex delicto*), z tytułu wyrządzenia szkody przy wykonywaniu funkcji publicznych, z tytułu wyrządzenia szkody przy wykonywaniu praw podmiotowych, gwarancyjną oraz z tytułu poniesienia szkody w cudzym lub wspólnym interesie²²⁴. Nie wykluczając potencjalnej możliwości ponoszenia odpowiedzialności przez podmioty uczestniczące w procedurze offsetowej na podstawie różnych reżimów (np. z tytułu deliktu), niewątpliwie najistotniejszą i zarazem charakterystyczną dla umowy offsetowej jest odpowiedzialność odszkodowawcza związana z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań offsetowych. Reżim odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania charakteryzuje się tym, że świadczenie odszkodowawcze ma charakter zastępczy względem świadczenia głównego²²⁵. Na gruncie umowy offsetowej świadczeniem głównym i pierwotnym jest niewątpliwie doprowadzenie do należytego wykonania zobowiązania offsetowego. Dlatego też już na wstępie tych rozważań, przyjęcie reżimu odpowiedzialności kontraktowej wydaje się jak najbardziej uzasadnione. Jednakże w piśmiennictwie można odnaleźć również pogląd, że w poszukiwaniu ewentualnych podstaw i przesłanek odpowiedzialności w przypadku niewykonania zobowiązań realizowanych przez podmioty trzecie właściwą konstrukcją

²²² M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 37, nb 28; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 69-76.

²²³ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 9, nb 1; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 1.

²²⁴ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 22, nb 12; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 27-30.

²²⁵ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 23, nb 13; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 30-34.

byłaby odpowiedzialność gwarancyjna z art. 391 k.c., a nie z art. 471 k.c. Pogląd ten został co prawda wyrażony na gruncie dawnej ustawy offsetowej, niemniej jednak w tym zakresie dokonano w nowej ustawie offsetowej niewielkich zmian, stąd niezbędne wydaje się poruszenie tego zagadnienia²²⁶. Przedstawiony pogląd mówiący o gwarancyjnym charakterze odpowiedzialności poparty jest założeniem, zgodnie z którym zobowiązanie wykonywane przez offsetodawcę niebędącego zagranicznym dostawcą skonstruowane jest na podstawie umowy o świadczenie przez osobę trzecią. Nie odrzucając w pełni możliwości takiego dodatkowego wzmocnienia odpowiedzialności zagranicznego dostawcy zgodnie z zasadą swobody umów, niewątpliwie jednak taki model nie jest modelem wzorcowym wynikającym z ustawy offsetowej. Kwestii tej została poświęcona znaczna część poprzedniego rozdziału, wobec czego należy wyłącznie przypomnieć, iż brak jest wystarczających podstaw, aby przyjąć, że pozycja offsetodawcy niebędącego zagranicznym dostawcą została ukształtowana na podstawie art. 391 k.c. Konsekwentnie należy wykluczyć tezę, iż odpowiedzialność zagranicznego dostawcy ma charakter odpowiedzialności gwarancyjnej. Odpowiedzialność gwarancyjna wyróżnia się bowiem tym, że szkoda doznana przez poszkodowanego nie jest sama w sobie źródłem nowego i samoistnego zobowiązania odszkodowawczego między stronami, gdyż źródłem takiego zobowiązania jest zawarta umowa (inaczej niż przy odpowiedzialności *ex delicto*). Jednakże w przeciwieństwie do odpowiedzialności *ex contractu*, obowiązek świadczenia ma w tym przypadku charakter pierwotny²²⁷. Innymi słowy nie dochodzi tu do przekształcenia świadczenia gwarancyjnego na skutek braku należytego wykonania świadczenia pierwotnego; świadczenie to trwa w niezmienionej formie od chwili jego powstania. Jedynie obowiązek spełnienia świadczenia gwarancyjnego aktywuje się na skutek wystąpienia określonego zdarzenia. Odnosząc się do tej charakterystyki, należy wskazać, że odpowiedzialność zagranicznego dostawcy niewątpliwie wynika z zawartej umowy, a ponadto obowiązek naprawienia szkody ma charakter wtórny. Należyte wykonanie zobowiązania stanowi bowiem dług zagranicznego dostawcy, a nie offsetodawcy. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego obciążającego zagranicznego

²²⁶ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1000, nb 67.

²²⁷ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 29, nb 18; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 48-50.

dostawcę, świadczenie główne przeistacza się w świadczenie wtórne polegające na powstaniu obowiązku naprawienia szkody przez zagranicznego dostawcę. Przepisy ustawy offsetowej dotyczące odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy zostały sformułowane w sposób wyraźnie nawiązujący do konstrukcji z art. 471 k.c. W każdym bowiem przypadku ustawa offsetowa – normując odpowiedzialność – wskazuje, że jest to odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych (art. 2 pkt 10, art. 15 pkt 6, art. 23 ust. 1, 2 i 5 oraz art. 25 ust. 2 ustawy offsetowej). Tym samym wtórny charakter odpowiedzialności zagranicznego dostawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania jego zobowiązania umownego przemawia w każdym przypadku za przyjęciem reżimu odpowiedzialności kontraktowej, a nie reżimu gwarancyjnego. Warto dodatkowo wskazać, że nawet przedstawiciele doktryny opowiadający się za możliwością zastosowania odpowiedzialności gwarancyjnej wskazują, że zabieg taki może budzić zasadne wątpliwości. Odpowiedzialność gwarancyjna ma bowiem charakter absolutny. Kolejnym argumentem przemawiającym przeciwko reżimowi odpowiedzialności gwarancyjnej jest brak ustawowego rozróżnienia zasad odpowiedzialności, w zależności od tego, czy zobowiązanie jest wykonywane przez zagranicznego dostawcę czy też przez osobę trzecią (offsetodawcę niebędącego zagranicznym dostawcą). Fakt osobistego spełnienia świadczenia lub spełnienie go przez osobę trzecią nie wpływa na reżim i zasady odpowiedzialności zagranicznego dostawcy. Ustawodawca posługuje się takimi samymi sformułowaniami dla obu sposobów wykonania zobowiązania, wskazując wyłącznie, że odpowiedzialność ta jest niezależna od winy zagranicznego dostawcy. Rozróżnienie reżimów odpowiedzialności w zależności od podmiotu wykonującego zobowiązanie offsetowe przy takim samym brzmieniu ustawy offsetowej (a tym samym przy takich samych zasadach odpowiedzialności) musiałoby prowadzić do przyjęcia tezy o zaostrzeniu odpowiedzialności kontraktowej w przypadku wykonywania zobowiązań samodzielnie przez zagranicznego dostawcę (odpowiedzialność kontraktowa niezależna od winy dłużnika) i jednoczesnym złagodzeniu odpowiedzialności gwarancyjnej, gdy zobowiązanie wykonuje inny offsetodawca (złagodzenie odpowiedzialności absolutnej). Śledząc rozwój przepisów wprowadzających zasady odpowiedzialności zagranicznego dostawcy do polskiego prawa offsetowego należy uznać, że celem ustawodawcy było zwiększanie ochrony interesów Skarbu Państwa.

Z tego względu trudno byłoby uzasadnić potrzebę łagodzenia odpowiedzialności gwarancyjnej zagranicznego dostawcy na wypadek wykonywania umowy przez offsetodawcę będącego osobą trzecią, skoro istotą przepisów ustawowych jest ochrona interesów Skarbu Państwa. Praktyka realizacji umów offsetowych w Polsce wskazuje jednocześnie, że odpowiedzialność zagranicznego dostawcy traktowana jest w jednakowy sposób, niezależnie od podmiotu faktycznie wykonującego zobowiązanie. Wszystkie powyższe argumenty skłaniają do opowiedzenia się za tezę, że odpowiedzialność zagranicznego dostawcy należy umieścić w reżimie odpowiedzialności kontraktowej niezależnie od tego, czy zobowiązanie offsetowe wykonuje sam zagraniczny dostawca, czy też czyni to za niego offsetodawca będący osobą trzecią.

Przyjęcie reżimu odpowiedzialności kontraktowej dla stosunków z umowy offsetowej wymaga w dalszej kolejności omówienia zasad tej odpowiedzialności. Jest to o tyle istotne, że przepisy szczegółowe zawarte w ustawie offsetowej modyfikują kodeksowe zasady odpowiedzialności. Część przedstawicieli doktryny wyróżnia następujące zasady odpowiedzialności: odpowiedzialność na zasadzie winy, bezprawności, ryzyka, odpowiedzialność absolutną i zasadę słuszności²²⁸. Za wyjątkiem tej ostatniej, kolejność wymienionych postaci wiąże się z coraz to większym stopniem pewności indemnizacji (zasada odpowiedzialności absolutnej zapewnia największą pewność). Warto nadmienić, iż wyróżnienie odpowiedzialności na zasadzie bezprawności i odpowiedzialności absolutnej nie jest powszechne. Najszerzej stosowaną zasadą odpowiedzialności jest wina. W takim wypadku odpowiedzialność za szkodę ponosi podmiot, który ją spowodował w sposób zawiniony. Zasada winy ma charakter naczelny, lecz uznaje się, iż nie można jej domniemywać w przypadku gdy przepis ustawowy nie wymienia winy jako przesłanki odpowiedzialności. W związku z powyższym, gdy dany przepis ustanawia odpowiedzialność odszkodowawczą, nie wymieniając winy wśród jej przesłanek, a zarazem nie określając przesłanek egzoneracyjnych, należy przyjąć, że mamy do czynienia z odpowiedzialnością absolutną, nieopartą na zasadzie winy²²⁹. W razie ukształtowania odpowiedzialności na zasadzie bezprawności dla jej powstania nie jest z kolei

²²⁸ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 50-51, nb 39; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 90-92.

²²⁹ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 52, nb 40; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 92-95.

konieczne ustalenie winy sprawcy. Wystarcza w takim przypadku stwierdzenie, że zachowanie sprawcy było bezprawne (np. art. 417 k.c.)²³⁰. Z kolei zasada ryzyka uniezależnia powstanie odpowiedzialności odszkodowawczej od istnienia po stronie sprawcy szkody winy i bezprawności. Jednocześnie ta zasada odpowiedzialności charakteryzuje się jej wyłączeniem w ustawowo wymienionych przypadkach (okoliczności egzoneracyjne). Przykładami tych okoliczności jest działanie siły wyższej, wyłączna wina poszkodowanego oraz wyłączna wina osoby trzeciej (art. 435 k.c.). Wskazywanym przykładem odpowiedzialności na zasadzie ryzyka z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania jest art. 474 k.c.²³¹. Ostatnią, istotną z punktu widzenia tego rozdziału, postacią odpowiedzialności jest odpowiedzialność absolutna (bezwzględna). W takim przypadku, do powstania odpowiedzialności nie jest wymagana wina dłużnika, bezprawność zdarzenia szkodzącego i często nie jest ono w ogóle zachowaniem ludzkim (sprawstwo może pozostawać bez wpływu na przypisanie odpowiedzialności). Dodatkowo zasada odpowiedzialności absolutnej nie przewiduje przesłanek egzoneracyjnych, zazwyczaj jednak za wyjątkiem okoliczności leżących po stronie poszkodowanego, ewentualnie także niektórych przypadków siły wyższej. Nie powoduje jej wyłączenia powstanie szkody wyłącznie z winy osób trzecich. Przykładem odpowiedzialności absolutnej jest odpowiedzialność z tytułu nieuzyskania świadczeń określanych w umowach gwarancyjnych. Podobnie uznaje się, że z odpowiedzialnością absolutną mamy do czynienia w przypadku gdy ustawodawca nie przesądza wprost o zasadzie odpowiedzialności, na której odpowiedzialność ta ma się oprzeć (np. art. 103 k.c.)²³². Na koniec należy tylko zaznaczyć, że zasada słuszności polega na uzależnieniu powstania stosunku odszkodowawczego od zgodności z zasadami współżycia społecznego lub wprost z zasadami słuszności. Znajduje zastosowanie w wyjątkowych i ściśle określonych przypadkach (np. art. 417², 428, 431 § 2, 871 § 1 k.c.).

Biorąc pod uwagę powyższe, należy zastanowić się nad kształtem odpowiedzialności na gruncie umowy offsetowej. Przepisy ustawy offsetowej odnoszą się do tej kwestii w kilku miejscach. W pierwszej kolejności ustawa offsetowa wskazuje

²³⁰ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 56, nb 44; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 104-111.

²³¹ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 63, nb 46; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 122-126.

²³² M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 65, nb 47; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 122-126.

w art. 23 ust. 5, że odpowiedzialność zagranicznego dostawcy w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego jest niezależna od winy zagranicznego dostawcy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie danego zobowiązania offsetowego. Zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy offsetowej zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność za wykonanie zobowiązań offsetowych przez offsetodawcę niebędącego zagranicznym dostawcą. Ponadto w ust. 2 tego artykułu wskazano, że w takim przypadku odpowiedzialność zagranicznego dostawcy jest niezależna od jego winy za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania (powtarzając w ten sposób część definicji offsetodawcy). Z związku z powyższym należy przyjąć, iż zasada odpowiedzialności zagranicznego dostawcy jest taka sama zarówno w przypadku osobistego wykonania zobowiązania offsetowego, jak również w przypadku gdy wykonanie to zostaje powierzone osobie trzeciej (offsetodawcy). Ustawa potwierdza jednoznacznie, iż odpowiedzialność kontraktowa z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zagranicznego dostawcy jest niezależna od jego winy. Pojawia się zatem pytanie, jaka dokładnie zasada odpowiedzialności rządzi ustawą offsetową, skoro ustawodawca wyklucza w tym przypadku zasadę winy. Rozważania w powyższym zakresie należy rozpocząć od przypomnienia, iż zgodnie z art. 471 k.c. dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody, chyba że nie ponosi w tym zakresie odpowiedzialności. Z mocy art. 472 k.c., dłużnik odpowiedzialny jest za niezachowanie należytej staranności, chyba że przepis szczególny lub czynność prawna stanowi inaczej. Powyższe uzupełnia art. 355 § 1 i 2 k.c., zgodnie z którymi to przepisami dłużnik obowiązany jest do staranności ogólnie wymaganej w stosunkach danego rodzaju, którą w zakresie prowadzonej działalności gospodarczej określa się przy uwzględnieniu zawodowego charakteru tej działalności. Wobec powyższego należy uznać, że ustawa offsetowa zastrza zasady odpowiedzialności zagranicznego dostawcy w ramach odpowiedzialności kontraktowej. Dokonując analizy rozwoju przepisów dawnej ustawy offsetowej zauważymy, że w pierwotnym brzmieniu ustawa ta milczała na temat zasad odpowiedzialności. Dopiero nowelizacją z 2006 r. wprowadzono przepis uniezależniający odpowiedzialność zagranicznego dostawcy od jego winy²³³, a tym samym odstąpiono

²³³ Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych

od zasad kodeksowych. Przedmiotowa nowelizacja wprowadziła wiele reguł, które miały na celu zwiększenie ochrony interesów Skarbu Państwa. Trzeba zatem odpowiedzieć na pytanie, jak należy rozumieć ustawowe uniezależnienie odpowiedzialności od winy przy analizie odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy. Pojawia się również wątpliwość, jaka zasada rządzi odpowiedzialnością zagranicznego dostawcy skoro nie jest to zasada winy. Z literalnego brzmienia ustawy wynika, że intencją ustawodawcy było zaostrenie reżimu odpowiedzialności. Sporne w tym zakresie może być jednak to, czy celem ustawodawcy było wprowadzenie dla umowy offsetowej odpowiedzialności na zasadzie bezprawności, zasadzie ryzyka, czy też odpowiedzialności absolutnej. Trudno rozstrzygnąć tę kwestię w sposób jednoznaczny. Niewątpliwie w razie przyjęcia ograniczonego katalogu zasad odpowiedzialności (triada zasad odpowiedzialności: wina, ryzyko i słusność) należałoby stwierdzić, iż ustawa offsetowa kształtuje odpowiedzialność zagranicznego dostawcy na zasadzie ryzyka. Wykluczenie zasady winy oraz brak regulacji prawnej, która wiązałaby odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania umowy offsetowej z zasadą słusności sprawiłoby, że do wyboru pozostanie zasada ryzyka. Poszerzenie powyższego katalogu i dodanie do niego zasady bezprawności oraz odpowiedzialności absolutnej komplikuje jednak analizowaną tu kwestię. Pomocne dla rozstrzygnięcia powyższego problemu może być rozwiązanie przyjęte w systemach anglosaskich. Ustawowe sformułowanie uniezależniającego odpowiedzialność od przesłanki winy upodabnia je do obiektywnej odpowiedzialności za naruszenie zobowiązania, które jest przyjęte w ww. systemach. Przedstawiciele doktryny wskazują, że coraz więcej środków ochrony przysługuje wierzycielowi niezależnie od tego, czy naruszenie zobowiązania jest zawinione przez dłużnika. W takich przypadkach granicą odpowiedzialności jest z reguły siła wyższa, a także kryterium przewidywalności szkody²³⁴. Sformułowanie ustawowe stanowiące o odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy niezależnie od jego winy przywodzi w tym zakresie na myśl rozwiązania przewidziane w *Principles of*

zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 251, poz. 1845).

²³⁴ F. Zoll, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 1158, nb 154.

European Contract Law (PECL)²³⁵ oraz w *Draft Common Frame of Reference* (DCFR)²³⁶. Artykuł 8:108 PECL oraz art. III.-3:104 (1) DCFR wyrażają w bardzo podobny sposób zasadę, zgodnie z którą strona nie ponosi odpowiedzialności z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania w przypadku gdy nastąpiło to w wyniku przeszkody znajdującej się poza kontrolą tej strony oraz w przypadku, gdy od tej strony nie można było, rozsądnie rozumując, oczekiwać zachowania, które doprowadziłoby do uniknięcia lub przewyciężenia przeszkody stanowiącej przyczynę niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania lub następstw tej przeszkody. W analogiczny sposób należy rozumieć sformułowanie uniezależniającego odpowiedzialność od przesłanki winy na podstawie ustawy offsetowej; przemawia za tym charakter zawieranej umowy offsetowej, która związana jest z profesjonalnym obrotem międzynarodowym. W tym miejscu należy jednak wskazać, że powszechnie przyjętą praktyką w zakresie zawierania umów offsetowych w Polsce jest opieranie zasad odpowiedzialności zagranicznego dostawcy na zasadzie ryzyka. Ustawodawca przyznaje kompetencję stronom negocjującym umowę offsetową, tj. zagranicznemu dostawcy i Skarbowi Państwa, aby doprecyzować przesłanki egzoneracyjne zwalniające zagranicznego dostawcę od odpowiedzialności. Przepisy ustawowe mają niewątpliwie służyć ochronie Skarbu Państwa, dlatego też należy uznać ich semiimperatywny charakter. Możliwe jest zatem szczegółowe określenie zasad odpowiedzialności, o ile strony nie wkroczą w sferę zawinienia zagranicznego dostawcy. Zgodnie z przyjętym poglądem doktryny oraz w ramach dominującej w orzecznictwie Sądu Najwyższego normatywnej teorii winy, przez pojęcie winy należy najogólniej rozumieć możliwość postawienia sprawcy zarzutu niewłaściwego zachowania, które doprowadziło do powstania szkody²³⁷. Przy czym najłagodniejszą formą winy w prawie cywilnym jest wina nieumyślna, zwana niedbalstwem. W takim przypadku sprawca przewiduje możliwość popełnienia czynu, jednak bezpodstawnie przypuszcza, że tego uniknie bądź też możliwości popełnienia czynu nie przewiduje, choć mógł

²³⁵ Principles of European Contract Law – PECL, https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

²³⁶ Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

²³⁷ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 52-53, nb 41; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 95-97.

i powinien był przewidzieć. Część przedstawicieli doktryny wskazuje, że przez niedbalstwo należy rozumieć brak dołożenia należytej staranności²³⁸. Z powyższego należy wywnioskować, że granice upoważnienia do określenia odpowiedzialności zagranicznego dostawcy na gruncie umowy offsetowej kończą się tam, gdzie zaczyna się sfera zachowania zagranicznego dostawcy. Innymi słowy, dookreślając w trakcie negocjacji umowy offsetowej okoliczności egzoneracyjne, nie można wkroczyć w sferę zachowania zagranicznego dostawcy. Muszą to być okoliczności od niego niezależne. Należy oczywiście pamiętać, że w ten sam sposób trzeba oceniać zachowanie podmiotów, przy pomocy których zagraniczny dostawca wykonuje swoje zobowiązania offsetowe (stosownie do art. 474 k.c.). Tym samym należy uznać, że zagraniczny dostawca odpowiada z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego na zasadzie ryzyka. Za takim stanowiskiem opowiadają się również przedstawiciele doktryny²³⁹.

2. Odpowiedzialność wobec Skarbu Państwa

Nawiązując do poprzednio poczynionych uwag odnoszących się do kontraktowego reżimu odpowiedzialności z tytułu umowy offsetowej należy prześledzić szczegółowo charakter odpowiedzialności zagranicznego dostawcy względem Skarbu Państwa. Pierwsza, najbardziej klasyczna z punktu widzenia konstrukcji cywilnoprawnej, sytuacja występuje w przypadku gdy zagraniczny dostawca jest zarazem offsetodawcą. W takim bowiem przypadku strona umowy offsetowej – zagraniczny dostawca – osobiście spełnieni świadczenia objęte zobowiązaniem offsetowym. Posiłkując się przepisami k.c., należy stwierdzić, iż w ww. sytuacji odpowiedzialność zagranicznego dostawcy wyznacza reżim klasycznej odpowiedzialności kontraktowej z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, uregulowany w art. 471 i n. k.c. Jediną istotną modyfikacją będzie ukształtowanie odpowiedzialności zagranicznego dostawcy na zasadzie ryzyka. Zgodnie z art. 471 k.c., dłużnik obowiązany jest do naprawienia szkody wynikłej z niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, chyba że niewykonanie lub nienależyte wykonanie jest następstwem okoliczności, za które dłużnik

²³⁸ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 55-56, nb 43; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 102-104.

²³⁹ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajska, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 310, nb 24.

odpowiedzialności nie ponosi. Jak wskazują przedstawiciele doktryny, do pojęcia szkody, o którym mowa w art. 471 k.c., stosuje się reguły ogólne²⁴⁰. Zgodnie z art. 361 § 1 k.c., szkoda musi stanowić adekwatne następstwo niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania. Zastosowanie znajdzie także art. 361 § 2 KC, w myśl którego w braku odmiennego przepisu ustawy lub postanowienia umowy, naprawienie szkody obejmuje straty, które poszkodowany poniósł (*damnum emergens*) oraz korzyści, które mógłby osiągnąć, gdyby mu szkody nie wyrządzono (*lucrum cessans*). Podobnie zastosowanie znajdzie także art. 362 k.c. przewidujący ograniczenie obowiązku naprawienia szkody ze względu na przyczynienie się poszkodowanego (wierzyciela) do szkody. Zagraniczny dostawca, będąc w zakresie danego zobowiązania offsetowego offsetodawcą, odpowiada zatem względem Skarbu Państwa. W podstawowym modelu, tj. gdy zagraniczny dostawca pełni rolę offsetodawcy zobowiązując się w ramach umowy offsetowej do wykonania zobowiązania offsetowego względem Skarbu Państwa, gdzie offsetobiorcą jest w istocie także Skarb Państwa (np. jednostka budżetowa), mamy do czynienia z najbardziej klasyczną sytuacją zobowiązania umownego z reżimem odpowiedzialności odszkodowawczej z art. 471 i n. k.c. W przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, Skarbowi Państwa będzie przysługiwać roszczenie odszkodowawcze względem zagranicznego dostawcy ukształtowane na ww. ogólnych zasadach kodeksowych zmodyfikowanych przepisami szczególnymi ustawy offsetowej. W zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej należy zwrócić uwagę na następujące odrębności ustawowe. Zgodnie z art. 15 pkt 6 ustawy offsetowej umowa offsetowa powinna określać zasady odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań offsetowych, w tym przewidywać kary umowne. Jak wynika z powołanego przepisu stronom umowy offsetowej przysługuje kompetencja do określenia, na zasadzie swobody umów, powyżej wymienionych zasad odpowiedzialności. Granice tej swobody ograniczone są przez inne przepisy ustawy offsetowej, jak również przez ogólne normy prawa cywilnego. Pierwszą z istotnych modyfikacji przewidzianych przez ustawę offsetową jest zasygnalizowana już kwestia uniezależnienia powstania odpowiedzialności odszkodowawczej od winy zagranicznego

²⁴⁰ F. Zoll, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 1206, nb 221.

dostawcy (art. 23 ust. 5 ustawy offsetowej). Zestawiając ze sobą wyrażoną zasadę uniezależnienia odpowiedzialności zagranicznego dostawcy od winy z zasadą kompetencji stron do kształtowania zasad odpowiedzialności, należy dojść do wniosku, że strony uprawnione są do określenia katalogu okoliczności zwalniających zagranicznego dostawcę od odpowiedzialności z tytułu niewykonania zobowiązania offsetowego. Nie mogą być to jednak okoliczności, które uzależniają powstanie odpowiedzialności od modelu zachowania (modelu należytej staranności) zagranicznego dostawcy. W takiej bowiem sytuacji doszłoby do naruszenia art. 23 ust. 5 ustawy offsetowej i wyrażanej w tym przepisie zasadzie uniezależnienia odpowiedzialności zagranicznego dostawcy od jego winy. W grę wchodzi natomiast w szczególności umowne dookreślenie przypadków siły wyższej, czy wyłączenie odpowiedzialności zagranicznego dostawcy w przypadku wyłącznej winy Skarbu Państwa lub beneficjenta świadczeń. Następnie ustawa offsetowa wskazuje zasady, wedle których należy ustalić wysokość kary umownej stanowiącej niezbędny element umowy offsetowej. W tym zakresie art. 23 ustawy offsetowej wskazuje w pierwszej kolejności w jakiej wysokości należy ustanowić kary umowne na wypadek niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego. W przypadku niewykonania zobowiązania offsetowego wysokość kary umownej stanowi równowartość niewykonanego zobowiązania offsetowego (art. 23 ust. 2). Z kolei w przypadku nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego wysokość kary umownej stanowi równowartość nienależycie wykonanej części zobowiązania offsetowego (art. 23 ust. 3). Warto w tym miejscu odnotować, iż w istocie powyższe przepisy stanowią główną przyczynę, ze względu na którą niezbędne jest określenie wartości zobowiązań offsetowych na gruncie nowej ustawy offsetowej. Jak to zostało wskazane w poprzednich rozdziałach, na gruncie dawnej ustawy offsetowej wartość zobowiązań offsetowych miała kluczowe znaczenie dla określenia, czy ustawowy obowiązek offsetowy został spełniony, tj. niezbędne było, aby wartość zobowiązań offsetowych (przy zastosowaniu tzw. mnożników) nie była niższa niż wartość umowy dostawy. Z kolei w obecnej ustawie offsetowej wartość zobowiązań ma w praktyce wyłącznie znaczenie dla określenia wysokości kar umownych potencjalnie obciążających zagranicznego dostawcę. Wobec zaistniałej zmiany ujawnić się może odmienne zagrożenie. Otóż na gruncie dawnej ustawy offsetowej w interesie zagranicznego dostawcy było zawyżanie wartości zobowiązań offsetowych.

W ten sposób, oferując mniej świadczeń po zawyżonej cenie, mógł on spełnić wymaganie offsetowe dotyczący odpowiedniej wartości zobowiązań offsetowych. Z kolei na gruncie nowej ustawy offsetowej sytuacja jest odwrotna. Wartość zobowiązań offsetowych nie jest istotna dla określenia wymagań offsetowych, te bowiem są zależne od potrzeb Skarbu Państwa. Skoro zatem wartość ta ma główne znaczenie dla ustalenia granic odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy, w jego prawnym interesie może być zaniżanie wartości ustalonych zobowiązań offsetowych. W tym miejscu pojawia się problem, czy wspomniany już art. 23 ust. 2 i 3 ustawy offsetowej ma charakter bezwzględnie wiążący, czy też wyznacza on wyłącznie niezbędne minimum ochrony interesów Skarbu Państwa. Względy celowościowe przemawiają za przyjęciem, że ww. przepisy mają charakter semiimperatywny. Powyższe wynika z faktu, że przepisy ustawy offsetowej mają za zadanie zapewnienie ochrony interesów Skarbu Państwa. Strony umowy offsetowej mogą zatem, na zasadzie swobody umów, uzgodnić wyższe kary umowne, gdy przemawiają za tym okoliczności dotyczące danej umowy offsetowej. Przede wszystkim może dojść do takiej sytuacji, gdy powiązanie zobowiązań offsetowych jest na tyle ścisłe, że brak realizacji danego zobowiązania offsetowego będzie czynić pozostałe zobowiązania offsetowe mniej przydatnymi, pomimo ich wykonania zgodnie z treścią umowy offsetowej. Za przedstawionym stanowiskiem przemawia i ta okoliczność, że w art. 23 ust. 4 ustawy offsetowej dokonano zmiany kodeksowych zasad w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy. Zgodnie z tym przepisem zapłata kar umownych nie wyłącza odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy w zakresie przewyższającym wysokość tej kary. Przepis ten stanowi odwrócenie zasady wyrażonej w art. 484 § 1 zd. 2 k.c., zgodnie z którą żądanie odszkodowania przenoszącego wysokość zastrzeżonej kary nie jest dopuszczalne, chyba że strony inaczej postanowiły. Odwrócenie przez ustawę offsetową ww. zasady odpowiada praktyce stosowanej w obrocie prawnym, jak również stanowi ułatwienie dla Skarbu Państwa w trakcie prowadzonych negocjacji dotyczących zasad odpowiedzialności odszkodowawczej. Celem tej regulacji jest ochrona interesów Skarbu Państwa; dopuszcza się bowiem możliwość żądania odszkodowania przewyższającego wysokość kar umownych wskazanych w ustawie offsetowej. Przechodząc do dalszych zagadnień, jak wskazuje się w doktrynie, zastrzeżenie w umowie kary umownej sprawia, że bez znaczenia dla

powstania obowiązku jej zapłaty są przyczyny, które spowodowały naruszenie obowiązków ciążących na dłużniku stosownie do treści zobowiązania. Wierzyciel dla realizacji przysługującego mu roszczenia o zapłatę kary umownej musi wykazać istnienie i treść zobowiązania łączącego go z dłużnikiem, a także fakt niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania²⁴¹. Jednakże dłużnik może zwolnić się z obowiązku zapłaty kary umownej w przypadku wykazania, że przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania uzasadniającego naliczenie kary umownej są okoliczności, za które nie ponosi odpowiedzialności. Zakres odpowiedzialności z tytułu kary umownej pokrywa się w zasadniczej mierze z zakresem ogólnej odpowiedzialności kontraktowej dłużnika z art. 471 k.c., gdyż od przewidzianego tym przepisem odszkodowania kara umowna różni się tylko tym, że przysługuje ona niezależnie od poniesionej szkody. Powyższe uwagi natury ogólnej należy odnieść do przewidzianej w ustawie offsetowej regulacji w zakresie odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy. Zasadnym jest twierdzenie, że uniezależnienie odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy od winy nie niweczy konstrukcji kary umownej. Pomijając w tym miejscu spór dotyczący rozróżnienia kary umownej od zastrzeżenia o charakterze gwarancyjnym²⁴², należy podkreślić, iż kara umowna przewidziana przez ustawę offsetową nie jest w pełni niezależna od przyczyny niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego. Odpowiedzialność zagranicznego dostawcy jest co prawda zaostrzona (uniezależniona od winy), niemniej jednak jego odpowiedzialność nie ma charakteru absolutnego, m.in. przyjętym w praktyce i dopuszczalnym rozwiązaniem jest wyłączenie odpowiedzialności w przypadku gdy przyczyną niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania była siła wyższa. Warto także odnieść się do możliwości stosowania art. 484 § 2 k.c. stanowiącego o możliwości miarkowania kary umownej. Wydaje się, że ustawowe uregulowanie wysokości kary umownej poprzez odniesienie jej do wartości niezrealizowanego (lub niezrealizowanej części) zobowiązania offsetowego wyklucza możliwość

²⁴¹ Z. Gawlik, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. A. Kidyba, t. III, LEX 2014, art. 483, nt 8; Wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, Leglis nr 124542; Wyrok SN z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, Leglis nr 124569.

²⁴² Z. Gawlik, *Kodeks...*, art. 483, nt 10; A. Rzetecka-Gil, *Kodeks...*, art. 483, nt 36.

posłużenia się przepisem umożliwiającym zmniejszenie kary umownej z powodu wykonania zobowiązania w znacznej części lub rażącego wygórowania zastrzeżonej kary. Nie można jednak wykluczyć miarkowania kary umownej na wypadek umownego zastrzeżenia jej w wysokości przewyższającej granice określone w ustawie offsetowej.

Przechodząc do sytuacji, gdy offsetodawca nie jest jednocześnie zagranicznym dostawcą, należy opowiedzieć się za stanowiskiem, zgodnie z którym odpowiedzialność zagranicznego dostawcy wyznacza art. 474 k.c. Zgodnie z powołanym przepisem dłużnik odpowiedzialny jest jak za własne działanie lub zaniechanie za działania lub zaniechania osób, z których pomocą zobowiązanie wykonuje oraz osób, którym powierza wykonanie zobowiązania. Z mocy art. 474 k.c. dłużnik odpowiada na zasadzie ryzyka za osoby, przy pomocy których wykonuje zobowiązanie. Powołany przepis dotyczy zarówno osób, które są kierowane przez dłużnika, jak i niezależnych od niego osób uczestniczących w spełnieniu świadczenia. W celu uwolnienia się od odpowiedzialności niezbędne jest wykazanie, że naruszenie powstało wskutek okoliczności, za które te osoby nie ponoszą odpowiedzialności. Przy czym staranność ww. osób ocenia się według kwalifikacji dłużnika²⁴³. Innymi słowy w sytuacji posłużenia się osobą trzecią dłużnik może zwolnić się od odpowiedzialności na takich samych zasadach, jakie obowiązywałyby, gdyby zobowiązanie wykonywał sam. Wobec wierzyciela świadczenie w wykonaniu zobowiązania powinno być traktowane tak, jak gdyby dłużnik wykonywał zobowiązanie sam; należy zatem oceniać zachowanie pomocników dłużnika tak, jakby w taki sposób zachowywał się sam dłużnik²⁴⁴. Odnosząc powyższe do regulacji ustawy offsetowej można zauważyć, iż ustawodawca posługuje się przy określeniu stosunków pomiędzy zagranicznym dostawcą – offsetodawcą (innym niż zagraniczny dostawca) sformułowaniami analogicznymi do użytych w art. 474 k.c. W pierwszej kolejności należy przypomnieć, iż offsetodawcą jest zagraniczny dostawca lub podmiot przez niego wskazany do wykonania zobowiązań offsetowych, za które zagraniczny dostawca ponosi odpowiedzialność w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego, niezależnie od winy (art. 2 pkt 10 ustawy offsetowej). Zasadę tę potwierdza również art. 25 ust. 1 i 2

²⁴³ F. Zoll, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 1168, nb 168.

²⁴⁴ Z. Gawlik, *Kodeks...*, art. 474, nt 7.

ustawy offsetowej. Użyte w ustawie offsetowej sformułowanie z jednej strony wskazuje, iż odpowiedzialność zagranicznego dostawcy ma charakter wtórny. Z drugiej strony potwierdza, że odpowiedzialność zagranicznego dostawcy za offsetodawcę jest odpowiedzialnością za wykonanie zobowiązania offsetowego, tj. zgodnie z jego definicją, za zobowiązanie zagranicznego dostawcy (a nie offsetodawcy). Ponadto sformułowanie „podmiot wskazany do wykonania zobowiązania offsetowego” jest bardzo podobne do zwrotu użytego w art. 474 k.c., gdzie mowa jest o osobach, którym wykonanie zobowiązania zostało powierzone. Różnica polegająca na użyciu w ustawie offsetowej wyrazu „wskazanie”, zaś na gruncie art. 474 k.c. słowo „powierzenie”, nie może mieć decydującego znaczenia. Można ją wyjaśnić wymaganiem offsetowym, aby doszło do wskazania bezpośrednio w umowie offsetowej, który podmiot będzie wykonywać konkretne zobowiązanie offsetowe. Ze względu na specyfikę przedmiotu zobowiązań offsetowych (w tym powszechną wiedzę wśród profesjonalistów dotyczącą tego, kto posiada dane zdolności), wymagane jest jednoznaczne wskazanie podmiotu, który ma być offsetodawcą. Pozwala to bowiem na późniejszych etapach na dialog pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą oraz na zaangażowanie offsetodawcy w proces zaliczania wykonanych zobowiązań offsetowych. Ostatecznie ustawodawca potwierdza, iż zagraniczny dostawca ponosi jednakową odpowiedzialność, niezależnie od tego, czy wykonuje zobowiązanie samodzielnie (art. 23 ust. 5 ustawy offsetowej), czy też zobowiązanie wykonuje inny offsetodawca (art. 25 ust. 2 ustawy offsetowej). W obu przypadkach odpowiedzialność jest niezależna od winy zagranicznego dostawcy, przy czym ustawodawca nie wypowiada się w żaden sposób o mierniku staranności (przesłankach odpowiedzialności), do której zachowania jest zobowiązany offsetodawca będący osobą trzecią. Wobec powyższego należy ponownie uznać, że nie ma większego znaczenia dla reżimu i zasad odpowiedzialności zagranicznego dostawcy, czy działa on samodzielnie jako offsetodawca, czy też posługuje się w tym celu osobą trzecią.

Dodatkowo należy zaznaczyć, że zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy offsetowej w przypadku, gdy po stronie zagranicznego dostawcy występuje kilka podmiotów tworzących konsorcjum, odpowiedzialność tych podmiotów za należyte wykonanie zobowiązań offsetowych jest solidarna. Stosownie do art. 366 § 1 k.c., wierzyciel może w takim przypadku żądać całości lub części świadczenia od wszystkich dłużników

łącznie, od kilku z nich lub od każdego z osobna, a zaspokojenie wierzyciela przez któregośkolwiek z dłużników zwalnia pozostałych. Umowa offsetowa jest zatem umową, gdzie co najmniej jeden podmiot odpowiada niezależnie od swojej winy za całość realizacji umowy offsetowej. Chodzi tutaj o odpowiedzialność samodzielną (jeden podmiot występujący jako zagraniczny dostawca) lub solidarną (konsorcjum). Ustawa offsetowa jednoznacznie wskazuje, iż Skarb Państwa, na wypadek braku należytego wykonania zobowiązania offsetowego, będzie mógł zwrócić się z roszczeniem o naprawienie całej szkody do co najmniej jednego podmiotu pełniącego rolę zagranicznego dostawcy.

Powyższe uwagi odnoszą się do sytuacji, gdy Skarb Państwa jest jednocześnie offsetobiorcą. Należy zatem przejść w ramach rozważań dotyczących odpowiedzialności zagranicznego dostawcy względem Skarbu Państwa do omówienia sytuacji – znacznie częstszej w praktyce – gdy offsetobiorca jest osobą trzecią. Pozycja prawna offsetobiorcy w zakresie roszczeń odszkodowawczych została omówiona w dalszej części rozdziału, w tym miejscu zostanie omówiona sytuacja Skarbu Państwa, gdy beneficjentem świadczenia jest osoba trzecia. W takim przypadku podstawowe znaczenie ma fakt braku poniesienia szkody przez Skarb Państwa. Skoro Skarb Państwa nie ma uzyskać przysporzenia (świadczeń) w wyniku wykonania zobowiązania, trudno jest mówić o poniesieniu przez niego szkody z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania, którego nie jest beneficjentem. Jak zaznaczono na wstępie tego rozdziału, poszkodowanym może być tylko ten, przeciwko komu bezpośrednio było skierowane zdarzenie szkodzące. W takim przypadku bezpośrednio poszkodowanym jest beneficjent świadczenia, który miał je uzyskać, lecz który w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania nie uzyskał go wcale lub uzyskał je w sposób nienależyty. Odwołać się należy w tym zakresie do powszechnie uznanej na gruncie polskiego prawa metody dyferencyjnej²⁴⁵, która polega na zdefiniowaniu szkody jako różnicy między dwoma stanami majątku poszkodowanego. Wedle tej metody przedmiotem porównania jest rzeczywisty stan istniejący w chwili ustalenia szkody oraz stan hipotetyczny, tzn. taki, jaki by istniał gdyby nie miało miejsca zdarzenie szkodzące przy uwzględnieniu całokształtu sytuacji

²⁴⁵ M. Kaliński, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI..., s. 84-90, nb 74 i 75; M. Kaliński, *Szkoda...*, s. 182-197.

poszkodowanego. Z powyższego wynika potrzeba dynamicznego ujmowania szkody; uwzględniania zmieniających się w czasie różnic między stanem hipotetycznym a stanem rzeczywistym. Jeden dotyczy ukształtowania się takiego stanu w braku zdarzenia szkodzącego, drugi zaś jego faktycznego (rzeczywistego) ukształtowania się. Cel świadczenia odszkodowawczego polega na wyrównaniu różnicy między tymi stanami. Potrzeba ustalania rozmiaru szkody wiąże się z koniecznością uwzględniania stanu majątku z daty ustalania odszkodowania, tj. w praktyce z daty zamknięcia rozprawy (art. 316 § 1 k.p.c.)²⁴⁶. Porównanie tak ukształtowanej potencjalnej i rzeczywistej sytuacji majątkowej Skarbu Państwa – przy konsekwentnym założeniu, że poszkodowanym jest wyłącznie podmiot bezpośrednio poszkodowany – powinno prowadzić do przyjęcia tezy, że po stronie Skarbu Państwa zazwyczaj nie powstaje szkoda w wyniku wadliwej realizacji pierwotnego świadczenia przez zagranicznego dostawcę. Należy bowiem zaznaczyć, że charakter stosunku waluty istniejącego pomiędzy Skarbem Państwa a offsetobiorcą i stanowiącego podstawę zastrzeżenia świadczenia – o czym bliżej w poprzednim rozdziale – nie stanowi podstawy dla roszczeń offsetobiorcy względem Skarbu Państwa, a konsekwentnie dla roszczeń regresowych Skarbu Państwa względem zagranicznego dostawcy w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego. Ustawodawca zauważył ten problem i próbował mu zaradzić przez ustanowienie obowiązku zastrzegania kary umownej na rzecz Skarbu Państwa. Kara umowna, jak zostało to przedstawione wyżej, nie wymaga dla powstania obowiązku jej zapłaty przez zagranicznego dostawcę powstania szkody. Zatem opowiedzieć należy się za tezą, że w przypadku niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego, Skarbowi Państwa przysługuje względem zagranicznego dostawcy roszczenie o zapłatę zastrzeżonej kary umownej. Co do zasady wyłącznie w przypadku, gdy Skarb Państwa jest jednocześnie także offsetobiorcą, może dojść po jego stronie do powstania szkody, a tym samym możliwe będzie dochodzenie odszkodowania w kwocie przekraczającej wysokość zastrzeżonych kar umownych.

²⁴⁶ Z. Banaszczyk, *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, red. K. Pietrzykowski, Legalis 2018, art. 361, nb 65.

3. Odpowiedzialność wobec offsetobiorcy

Należy opowiedzieć się za poglądem, zgodnie z którym sytuacja prawna offsetobiorcy w ramach umowy offsetowej winna być określana z uwzględnieniem art. 393 k.c. Przyjąć należy, że offsetodawca niebędący zagranicznym dostawcą, nie może jako podmiot niebędący stroną umowy offsetowej na jej podstawie ponosić odpowiedzialności. Odpowiedzialnym za należyte wykonanie zobowiązań offsetowych pozostaje wyłącznie zagraniczny dostawca, o ile offsetodawca samodzielnie nie nałoży na siebie takiego obowiązku. Przyjęcie uprawniającego modelu świadczenia na rzecz osoby trzeciej z art. 393 k.c. wymaga odniesienia się do pozycji zagranicznego dostawcy (dłużnika) względem offsetobiorcy (osoby trzeciej) w zakresie potencjalnych roszczeń odszkodowawczych. Jak wskazano w poprzednim rozdziale, oświadczenie osoby trzeciej o chęci skorzystania z zastrzeżenia wywołuje wiele powiązanych ze sobą konsekwencji, które oddziałują na sytuację prawną stron wszystkich trzech stosunków prawnych istniejących w ramach konstrukcji umowy na rzecz osoby trzeciej. Wobec powyższego, a także biorąc pod uwagę, iż na podstawie ustawy offsetowej pozycję offsetobiorcy ukształtowano jako podmiotu uprawnionego do zastrzeżonego świadczenia (a nie wyłącznie upoważnionego do odbioru), należy wskazać, że:

1. offsetobiorca może domagać się bezpośrednio od zagranicznego dostawcy spełnienia zastrzeżonego świadczenia na jego rzecz;
2. zagraniczny dostawca należyście wykona zobowiązanie offsetowe wyłącznie po jego zrealizowaniu na rzecz offsetobiorcy, tj. nie zwolni się z zobowiązania w przypadku spełnienia świadczenia na rzecz Skarbu Państwa lub innej osoby trzeciej.

W razie niespełnienia świadczenia na rzecz offsetobiorcy lub spełnienia go w sposób nienależyty, po stronie offsetobiorcy powstanie roszczenie odszkodowawcze (art. 471 i n. k.c.). Powyższe jest konsekwencją układu trzech podmiotów na gruncie art. 393 k.c. Zgodnie bowiem z poglądem doktryny wyrażonym na gruncie tego przepisu, w razie niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania przez dłużnika, roszczenia odszkodowawcze przysługują zarówno wierzycielowi, jak i osobie

trzeciej, każdemu w zakresie poniesionej przez niego szkody²⁴⁷. Podstawą tych roszczeń jest art. 471 k.c. W przypadku wierzyciela szkodą są również negatywne następstwa majątkowe tego, iż nie uległo umorzeniu jego zobowiązanie względem osoby trzeciej (stosunek waluty). Podstawę odpowiedzialności dłużnika wobec osoby trzeciej będzie stanowić stosunek zapłaty (wykonania). Natomiast wierzyciel może domagać się od dłużnika odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania wynikającego ze stosunku pokrycia. Wierzyciel może przy tym żądać naprawienia szkody, której doznał wskutek tego, że naganne zachowanie dłużnika nie doprowadziło do umorzenia stosunku waluty²⁴⁸. Ponadto na podstawie art. 393 k.c. samej osobie trzeciej przysługuje roszczenie przeciwko dłużnikowi o spełnienie świadczenia na jej rzecz. Wytaczając powództwo przeciwko dłużnikowi o wykonanie zobowiązania wynikającego ze stosunku zapłaty, osoba trzecia nie może jednak pozywać jednocześnie wierzyciela, chyba że roszczenie przeciwko niemu będzie wywodzić ze stosunku waluty. Na podstawie stosunku zapłaty osoba trzecia nabywa uprawnienie wyłącznie wobec dłużnika. Stosunek zapłaty nie rodzi dla niej jakichkolwiek uprawnień względem wierzyciela. Dlatego też osoba trzecia, wywodząc swoje uprawnienia ze stosunku zapłaty, nie może występować przeciwko wierzycielowi z żadnymi roszczeniami, w tym żądać, by wierzyciel spowodował, aby dłużnik świadczył do jej rąk, bądź by wierzyciel wydał jej korzyść, którą dłużnik świadczył na rzecz wierzyciela zamiast na jej rzecz. Jeżeli jednak przyrzekający spełni świadczenie na rzecz osoby trzeciej, to nie tylko doprowadzi do wygaśnięcia swojego długu wobec osoby trzeciej, wynikającego ze stosunku zapłaty, lecz również spowoduje wygaśnięcie swego zobowiązania wobec zastrzegającego, powstałego na podstawie stosunku pokrycia. Jeśli przyrzekający spełni świadczenie na rzecz wierzyciela zamiast na rzecz osoby trzeciej, to dojdzie jedynie do umorzenia zobowiązania przyrzekającego wobec wierzyciela, natomiast wierzytelność osoby trzeciej pozostanie niezaspokojona. Inaczej mówiąc, mimo spełnienia świadczenia na rzecz wierzyciela przyrzekający nadal

²⁴⁷ P. Machnikowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. E. Gniewek, P. Machnikowski, Legalis 2019, art. 393, nb 17.

²⁴⁸ Wyrok SN z dnia 21 czerwca 2002, V CKN 1069/00, Legalis nr 56034; M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1061-1064, nb 247-262.

pozostaje zobowiązany względem osoby trzeciej, która może domagać się należnego jej świadczenia. Jeżeli natomiast osoba trzecia, mimo iż uprzednio oświadczyła, że zamierza skorzystać z zastrzeżenia, odmówi następnie przyjęcia świadczenia od dłużnika, to popada w zwłokę wierzyciela (art. 486 k.c.), co – poza uprawnieniem do odszkodowania od osoby trzeciej – może skłonić dłużnika do złożenia przedmiotu świadczenia do depozytu sądowego. W takim jednak wypadku – tak samo jak w razie spełnienia świadczenia do rąk osoby trzeciej – dojdzie do umorzenia zarówno stosunku zapłaty, jak i stosunku pokrycia oraz do wygaśnięcia stosunku waluty.

Dotychczasowa praktyka pokazuje, iż szczegółowy opis zobowiązań offsetowych znajduje się w Specyfikacji Zobowiązań Offsetowych stanowiącej załącznik do umowy offsetowej. Zgodnie z częstą praktyką, treścią zobowiązania offsetowego jest przekazane offsetobiorcy przez offsetodawcę szczegółowo wskazanych świadczeń (polegających na udzieleniu licencji, przekazaniu dokumentacji oraz *know-how*, przeprowadzeniu szkoleń itp.). Z powyższego wynika zatem, że:

1. offsetobiorca może domagać się bezpośrednio od zagranicznego dostawcy spełnienia zastrzeżonego na jego rzecz świadczenia;
2. zagraniczny dostawca należycie wykona zobowiązanie offsetowe wyłącznie po jego zrealizowaniu na rzecz offsetobiorcy, tj. nie zwolni się z zobowiązania w przypadku spełnienia świadczenia na rzecz Skarbu Państwa lub innej osoby trzeciej;
3. w razie niespełnienia świadczenia na rzecz offsetobiorcy lub spełnienia go w sposób nienależyty, po stronie zarówno offsetobiorcy jak i Skarbu Państwa powstanie roszczenie odszkodowawcze (art. 471 k.c.); po stronie Skarbu Państwa powstanie w szczególności roszczenie o zapłatę kary umownej;
4. zmiana lub odwołanie zastrzeżenia świadczenia na rzecz offsetobiorcy przez zagranicznego dostawcę są niedopuszczalne bez zgody offsetobiorcy, po złożeniu przez niego oświadczenia o przyjęciu zastrzeżonego świadczenia.

Warto przy tym wskazać, że zarówno przepisy dotyczące odpowiedzialności zagranicznego dostawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania (art. 23 ustawy offsetowej), jak również przepisy dotyczące zmiany umowy offsetowej (art. 21 ustawy offsetowej) nie modyfikują powyższych uprawnień offsetobiorcy. W pierwszym bowiem przypadku ustawa offsetowa wskazuje, że umowa offsetowa wygasa z dniem stwierdzenia przez Ministra Obrony Narodowej wykonania

zobowiązań offsetowych przez zagranicznego dostawcę albo w dniu zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kary umownej lub odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. Słowo „lub” oznacza w tym przypadku, iż niezbędne jest zadośćuczynienie roszczeniom zarówno Skarbu Państwa (w tym przypadku zastrzeżono jednak karę umowną), jak i – w przypadku, gdy roszczenia takie powstaną – także offsetobiorcy (na zasadach ogólnych lub określonych szczegółowo w umowach wykonawczych). Za takim rozumieniem przepisów przemawia także okoliczność, iż zgodnie z ustawą offsetową, zapłata kary umownej nie wyłącza odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy w zakresie przewyższającym wysokość tej kary. Powyższe argumenty należy rozpatrywać łącznie z ochronnym dla offsetobiorców charakterem uchylecia regulacji występującej na gruncie dawnej ustawy offsetowej, która przewidywała możliwość zmiany zobowiązania offsetowego zamiast dochodzenia zapłaty odszkodowania. Należy uznać, iż ustawodawca, działając racjonalnie, zdecydował w ten sposób o przyznaniu offsetobiorcy roszczeń odszkodowawczych z tytułu nienależytej realizacji na jego rzecz zobowiązań offsetowych. Jest to naturalną konsekwencją istnienia po stronie zagranicznego dostawcy „zobowiązania” wobec offsetobiorcy, a nie wyłącznie wobec Skarbu Państwa. Uzależnienie zatwierdzenia wykonania umowy offsetowej od zaspokojenia roszczeń offsetobiorców może być jednak tezą kontrowersyjną, gdyż czynność ta nie musi niweczyć roszczeń offsetobiorców. Przechodząc do dalszych argumentów, a odwołując się do regulacji z art. 21 ustawy offsetowej, która nie przewiduje *expressis verbis* zgody offsetobiorcy w ramach procedury modyfikacji zobowiązań offsetowych, należy wskazać, iż przepis ten ma charakter odsyłający – wskazuje on na potrzebę zachowania odpowiednich procedur przy modyfikacji zobowiązań offsetowych. Przepis ten nie stanowi natomiast podstawy ograniczenia uprawnia offsetobiorcy polegającego na potrzebie uzyskania od niego zgody na zmianę zobowiązania offsetowego. Ograniczenie takie prowadziłoby bowiem do pozbawienia offsetobiorcy praw słusznie nabytych na podstawie zobowiązania zaciągniętego przez zagranicznego dostawcę w stosunku do offsetobiorcy.

4. Zabezpieczenia ustanawiane w ramach umowy offsetowej

W ramach rozważań dotyczących odpowiedzialności zagranicznego dostawcy należy omówić także treść art. 20 ustawy offsetowej, z mocy którego niezbędne jest ustanowienie zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej. Na podstawie art. 20 ust. 1 ustawy offsetowej, Minister Obrony Narodowej nie później niż w dniu zawarcia umowy offsetowej wzywa, w imieniu Skarbu Państwa, zagranicznego dostawcę do przedstawienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej. Ze względu na tak ukształtowaną treść przepisu, wydaje się, iż wymaganie zabezpieczenia dotyczy wyłącznie potencjalnych roszczeń Skarbu Państwa, natomiast nie odnosi się do potencjalnych roszczeń offsetobiorcy. Taki wniosek wydaje się uprawniony ze względu na treść art. 20 ust. 4 ustawy offsetowej, który wskazuje, iż kwota zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej nie może być niższa niż wartość umowy offsetowej. Wartością tą jest z kolei łączna wartość zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy określona w umowie offsetowej (art. 2 pkt 7 ustawy offsetowej). Jak łatwo zauważyć, tak określona minimalna kwota zabezpieczenia odpowiada minimalnej sumie kar umownych zastrzeżonych w umowie offsetowej na rzecz Skarbu Państwa, a tym samym nie odnosi się ona do roszczeń offsetobiorców. Ustawa offsetowa wskazuje zarazem otwarty katalog dopuszczalnych form zabezpieczenia, podając przykładowo w art. 20 ust. 2 następujące formy zabezpieczenia:

- 1) akt notarialny zawierający oświadczenie o poddaniu się egzekucji, o którym mowa w art. 777 § 1 pkt 5 k.p.c.;
- 2) gwarancję bankową;
- 3) złożenie przez zagranicznego dostawcę weksla *in blanco* wraz z deklaracją wekslową.

Jednocześnie art. 20 ust. 3 ustawy offsetowej przesądza, że koszty związane z ustanowieniem zabezpieczenia należytego wykonania umowy offsetowej ponosi zagraniczny dostawca.

Sformułowanie ustawowe dotyczące wezwania zagranicznego dostawcy do przedstawienia zabezpieczenia przy otwartym katalogu jego form pozwala przyjąć, iż zagraniczny dostawca może samodzielnie podjąć decyzję co do sposobu zabezpieczenia roszczeń. Ustawodawca nie wskazał w szczególności, że ustalenie zabezpieczenia umowy offsetowej stanowi niezbędny element tejże umowy

(art. 15 ustawy offsetowej). Takie rozwiązanie może rodzić zasadne wątpliwości z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa. Celem zabezpieczenia jest niewątpliwie zmobilizowanie zagranicznego dostawcy do należytego wykonania zobowiązań offsetowych, a także umożliwienie Skarbowi Państwa sprawnego zaspokojenia ewentualnych roszczeń odszkodowawczych. Zabezpieczenie należytego wykonania umowy offsetowej jest jedną z głównych gwarancji późniejszej realizacji offsetu w sposób wymagany przez Skarb Państwa; pośrednio służy ono zatem do zapewnienia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Otwarty katalog form zabezpieczenia oraz brak precyzyjnego określenia tego pojęcia sprawić może, że zagraniczny dostawca ustanowiłby taką formę zabezpieczenia, która nie miałaby znaczenia z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa. Z powyższych względów powszechną praktyką na gruncie ustawy offsetowej i jej stosowania w Polsce jest określanie form i zasad przekazywania zabezpieczeń już w samej umowie offsetowej. Obok przedmiotu zobowiązań offsetowych oraz ustalenia szczegółowych zasad odpowiedzialności zagranicznego dostawcy, to właśnie ustalenie charakteru zabezpieczeń stanowi w praktyce największe wyzwanie dla osób uczestniczących w negocjacjach umowy offsetowej.

Z brzmienia art. 20 ustawy offsetowej wynikać również może wątpliwość interpretacyjna dotycząca ustalenia chwili, w której zabezpieczenie ma zostać przedstawione przez zagranicznego dostawcę. Ustęp 1 tego artykułu wskazuje tylko na moment, w którym Minister Obrony Narodowej wzywa zagranicznego dostawcę do przedstawienia zabezpieczenia, nie precyzując jednocześnie chwili, w której zabezpieczenie to ma zostać faktycznie przedstawione. Taki sposób sformułowania art. 20 ust. 1 ustawy offsetowej jest niedopatrzaniem ustawodawcy. Nie powinno bowiem budzić wątpliwości, że celem tego przepisu jest należyte zabezpieczenie roszczeń Skarbu Państwa. Ze względu na fakt, że po zawarciu umowy offsetowej niezbędne jest następie uzyskanie, zgodnie z art. 29 ustawy offsetowej, zatwierdzenia Rady Ministrów, należy przyjąć, że zabezpieczenie powinno zostać udzielone najpóźniej do momentu podjęcia decyzji przez Radę Ministrów. Nieprzedstawienie zabezpieczenia może bowiem stanowić przyczynę odmowy zatwierdzenia przez Radę Ministrów umowy offsetowej, co konsekwentnie spowoduje upadek całej umowy offsetowej oraz związanej z nią umowy dostawy. Niemniej jednak, wobec niejednoznacznego brzmienia art. 20 ust. 1 ustawy offsetowej, niezbędna wydaje

się nowelizacja tego przepisu poprzez wskazanie, że dniem zawarcia umowy offsetowej jest nie tylko dzień wezwania zagranicznego dostawcy przez Ministra Obrony Narodowej do przedstawienia zabezpieczenia, lecz również dzień, gdy zabezpieczenie to ma zostać przedłożone.

5. Przedawnienie roszczeń odszkodowawczych

Ustawa offsetowa nie zawiera żadnych przepisów odnoszących się do przedawnienia roszczeń przysługujących na podstawie umowy offsetowej. W związku z powyższym należy uznać, iż w tym zakresie zastosowanie znajdą ogólne przepisy k.c., tj. art. 117 i n. k.c. Opowiedzieć się należy za poglądem, że na gruncie ustawy offsetowej niedopuszczalne jest stosowanie w drodze analogii przepisów dotyczących innych umów nazwanych. Zobowiązanie offsetowe ma bowiem charakter specyficzny na gruncie polskiego prawa. Tym samym niezasadne byłoby ocenianie zobowiązania offsetowego jako wiązki zobowiązań odpowiadających poszczególnym świadczeniom składającym się na przekazywaną zdolność. Zobowiązanie offsetowe ma charakter samoistny, jest jednym zobowiązaniem, które obejmuje świadczenia niezbędne do zaspokojenia interesów wierzyciela, jakim jest przekazanie określonych zdolności.

Rozpatrując kwestie dotyczące przedawnienia należy w pierwszej kolejności opowiedzieć na pytanie, czy roszczenia z umowy offsetowej podlegają przedawnieniu. Zgodnie bowiem z art. 117 § 1 k.c. przedawnieniu ulegają wyłącznie roszczenia majątkowe. O majątkowym charakterze roszczenia przesądza kategoria interesu osoby uprawnionej, który to interes ma być zaspokojony poprzez realizację roszczenia. W przypadku roszczeń majątkowych interesem tym jest interes ekonomiczny²⁴⁹. Wobec powyższego niezbędne jest udzielenie odpowiedzi na pytanie, czy omawiany już zakaz uzasadniania potrzeby stosowania offsetu względami ekonomicznymi nie przekreśla zasadności twierdzenia, że roszczenia z tytułu umowy offsetowej mają charakter majątkowy. Pomimo tej wątpliwości, należy opowiedzieć się za majątkowym charakterem roszczeń omawianych w tym rozdziale. Roszczenia te wynikają bowiem z odpowiedzialności kontraktowej zagranicznego dostawcy z tytułu niewykonania lub

²⁴⁹ M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, t. I., Legalis 2018, art. 117, nb 7.

nienależytego wykonania zobowiązania. Uprawnieni z umowy offsetowej dochodzą z tego tytułu zapłaty odszkodowania, które ma charakter pieniężny, na co szczególnie nacisk kładzie ustawa offsetowa wskazująca na wysokość kar umownych, które mają zostać zastrzeżone na podstawie wartości zobowiązań offsetowych. Jak wskazują z kolei przedstawiciele doktryny, podstawowe znaczenie dla kwalifikacji roszczenia jako majątkowego lub niemajątkowego ma charakter świadczenia. Majątkowy charakter mają wszystkie roszczenia o świadczenia pieniężne²⁵⁰. Niewątpliwie zatem pogląd o niemajątkowym charakterze roszczeń – ze względu na to, że wywodzą się z umowy, która ma na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa – należałoby uznać za nietrafny.

Przyjmując zatem, że roszczenia z ustawy offsetowej podlegają przedawnieniu, należy zastanowić się przede wszystkim nad długością okresu przedawnienia. Zgodnie z art. 118 k.c. jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej, termin przedawnienia wynosi sześć lat, a dla roszczeń o świadczenia okresowe oraz roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej – trzy lata. Jednakże koniec terminu przedawnienia przypada na ostatni dzień roku kalendarzowego, chyba że termin przedawnienia jest krótszy niż dwa lata. Wobec braku przepisów szczególnych w ustawie offsetowej dotyczących okresu przedawnienia, należy odpowiedzieć na pytanie, czy roszczenia wynikające z umowy offsetowej podlegają 6 letniemu, czy też 3 letniemu terminowi przedawnienia. W celu udzielenia odpowiedzi na to pytanie, należy poddać rozważeniu, czy roszczenia z umowy offsetowej, tj. przede wszystkim roszczenia odszkodowawcze z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych, mogą być uznane za roszczenia o świadczenia okresowe lub za roszczenia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej.

Jak wskazuje się w doktrynie, świadczeniami okresowymi są świadczenia, które stanowią element stosunku prawnego kreującego zobowiązanie trwałe lub ciągle, spełniane periodycznie, którego przedmiotem są pieniądze lub rzeczy oznaczone co do gatunku²⁵¹. Elementem wyróżniającym świadczenia okresowe jest ich

²⁵⁰ P. Sobolewski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, art. 117, nb 17.

²⁵¹ M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks...*, art. 118; P. Sobolewski, *Kodeks...*, art. 118; A. Brzozowski, *Kodeks...*, art. 118; P. Machnikowski, *Kodeks...*, art. 118.

powtarzalny charakter oraz zależność wysokości świadczenia od upływu czasu. Globalny rozmiar tych świadczeń zależy od czasu trwania stosunku prawnego. Zależność wielkości świadczeń od upływu czasu ma kluczowe znaczenie dla odróżnienia świadczeń okresowych od świadczeń jednorazowych spełnianych w częściach. Świadczenie odpowiadające wskazanym wcześniej cechom ma charakter okresowy wówczas, gdy stosunek prawny nawiązano na czas określony. Ponadto świadczenie może mieć charakter okresowy, gdy umowa stron stanowi, że świadczenie ma być spełnione jednorazowo w całości. Do takiej sytuacji dochodzi, gdy możliwość wyliczenia z góry wysokości świadczenia wynika z przyjętego przez strony czasu trwania stosunku prawnego. Wysokość świadczenia zawsze jest związana z czasem trwania zobowiązania, co uwidacznia się szczególnie w wypadku przedłużenia czasu jego trwania ponad zaplanowany okres. Każde ze świadczeń okresowych jest przy tym samoistnym świadczeniem, a nie wyłącznie częścią jednego większego świadczenia. Mając na uwadze taki sposób rozumienia świadczeń okresowych należy wskazać, że świadczenia wynikające z umowy offsetowej ze swej istoty nie mają charakteru świadczeń okresowych. Wynika to z istoty zobowiązań offsetowych. Treścią zobowiązania offsetowego jest bowiem ustanowienie określonego potencjału w wyniku przekazania zdolności za pośrednictwem uzgodnionych świadczeń. Stwierdzenie wykonania zobowiązania offsetowego następuje na podstawie osiągniętego rezultatu, którym jest pozyskanie zdolności przez offsetobiorcę. Wszelkie czynności i działania polegające na przekazywaniu ww. zdolności, podejmowane są w wykonaniu zobowiązania offsetowego, którego celem jest pozyskanie niezbędnych umiejętności przez polski przemysł obronny. Nie wykluczając z góry możliwości ukształtowania zobowiązania offsetowego w postaci zobowiązania ze świadczeniami okresowymi, należy stwierdzić, że co do zasady istota zobowiązania offsetowego jest odmienna i świadczenia z niego wynikające nie mają charakteru okresowego.

Roszczenia związane z prowadzeniem działalności gospodarczej są z kolei definiowane w ten sposób przez wzgląd na charakter działalności uprawnionego. Działalność gospodarcza powinna być prowadzona na własny rachunek w sposób stały, zorganizowany i być nastawiona na generowanie zysku,

nawet jeśli zysk taki nie jest osiągnięty²⁵². Podobnie, w orzecznictwie Sądu Najwyższego stwierdzono, że działalność tę wyróżnia kilka cech charakterystycznych, tj.: profesjonalny charakter, podporządkowanie regułom opłacalności i zysku lub zasadzie racjonalnego gospodarowania, działanie na własny rachunek, powtarzalność działań oraz uczestnictwo w obrocie gospodarczym²⁵³. Związek danego roszczenia z prowadzeniem działalności gospodarczej powinien mieć charakter funkcjonalny, z czym mamy do czynienia w sytuacji, gdy czynność pozostaje w normalnym funkcjonalnym związku przyczynowym z tą działalnością, w szczególności gdy została podjęta w celu realizacji zadań związanych z przedmiotem działalności tego przedsiębiorcy²⁵⁴. Należy zatem zastanowić się, czy uprawnienia z umowy offsetowej pozwalają przyjąć, że roszczenia z tego tytułu mają charakter roszczeń związanych z prowadzeniem działalności gospodarczej. W pierwszej kolejności należy ten problem odnieść do działalności Skarbu Państwa będącego stroną umowy offsetowej. Problematyka ta związana jest z poruszonym w doktrynie i orzecznictwie zagadnieniem cywilnoprawnych roszczeń osób prawnych prawa publicznego. Przyjmuje się, że dla oceny roszczeń pod kątem funkcjonalnego związku z prowadzeniem działalności gospodarczej nie ma znaczenia kwalifikacja podmiotowa podmiotu uprawnionego i zobowiązanego. Roszczeniami związanymi z prowadzeniem działalności gospodarczej mogą być również np. roszczenia podmiotów prawa publicznego, wyposażonych w podmiotowość cywilnoprawną, o ile działalność ta odznacza się typowymi dla niej cechami. Roszczenia te muszą być, co prawda, związane z działalnością zarobkową, jednak nie zawsze muszą wynikać z działań nastawionych *stricte* na osiągnięcie zysku, mogą one wynikać również z tzw. działalności *non profit*²⁵⁵. Biorąc pod uwagę powyższe, należy przyjąć, że roszczenia z umowy offsetowej nie należą do kategorii roszczeń związanych z działalnością gospodarczą Skarbu Państwa.

²⁵² P. Sobolewski, *Kodeks...*, art. 118, nb 6.

²⁵³ Wyrok SN z dnia 18 października 2006 r., II CNP 32/06, Leglis nr 173860; Uchwała SN (7) z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, Legalis nr 27376.

²⁵⁴ Wyrok SN z dnia 24 maja 2012 r., II CSK 544/11, Legalis nr 511975; M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks...*, art. 118, nb 7.

²⁵⁵ Uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, LEX nr 52265; Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2003 r., IV CK 288/02, Legalis nr 62917; M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks...*, art. 118, nb 10; P. Zakrzewski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, t. I, LEX 2018, art. 118, nt 12.

Przede wszystkim należy zwrócić uwagę, że działalność Skarbu Państwa powiązana z umową offsetową należy do działań Ministra Obrony Narodowej w zakresie dotyczącym ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Minister Obrony Narodowej, działając jako reprezentant Skarbu Państwa, nie występuje w tym zakresie w roli podmiotu prowadzącego działalność gospodarczą, przy czym szczególnego wydzźwięku w tym zakresie nabiera fakt, że uzasadnienie potrzeby zastosowania offsetu nie może mieć charakteru gospodarczego. Tym samym należy uznać, że w zakresie roszczeń Skarbu Państwa zastosowanie znajduje ogólny 6-letni termin przedawnienia. Inaczej z kolei przedstawia się sytuacja polskich przedsiębiorców zbrojeniowych występujących w roli offsetobiorców. W tym miejscu te podmioty (przeważnie spółki kapitałowe prowadzące działalność zarobkową w zakresie dotyczącym produkcji lub obrotu sprzętem wojskowym), godząc się na przyjęcie offsetu, niewątpliwie występują w roli przedsiębiorców. Wymaga podkreślenia, że w przeciwieństwie do Skarbu Państwa działającego w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, offsetobiorcy będący przedsiębiorcami biorą udział w przedsięwzięciu offsetowym w celu potencjalnego osiągnięcia korzyści majątkowych, tj. w celu czerpania korzyści finansowych z uzyskanych zdolności (m.in. na potrzeby późniejszej kooperacji z offsetodawcą lub realizacji zamówień na rzecz Skarbu Państwa). Tym samym należy uznać, że ta kategoria offsetobiorców będzie korzystać ze skróconego, tj. 3-letniego terminu przedawnienia roszczeń wynikających z umowy offsetowej.

Na koniec tych rozważań należy wskazać na chwilę, w której roszczenia z umowy offsetowej stają się wymagalne, tj. w jakim momencie rozpoczyna bieg termin przedawnienia liczony zgodnie z przedstawionymi wyżej regułami. W tym zakresie należy przytoczyć treść art. 120 § 1 zd. 1 k.c., zgodnie z którym bieg przedawnienia rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stało się wymagalne. Przyjmuje się, że od tak skonstruowanej zasady ogólnej istnieją trojaki rodzaj wyjątki. Dwa z nich przewidziano w samym art. 120 k.c., określającym odrębnie początek biegu przedawnienia roszczeń o zaniechanie oraz roszczeń, których wymagalność zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego. Kolejną grupę wyjątków

stanowią wyjątki przewidziane przez przepisy szczególne²⁵⁶. Ustawa offsetowa nie przewiduje regulacji dotyczących biegu terminu przedawnienia, natomiast roszczenia z umowy offsetowej ze swej istoty nie są roszczeniami o zaniechanie. Należy zatem stwierdzić, że termin przedawnienia roszczeń ogólnie uregulowanych w art. 120 § 1 k.c. rozpoczyna swój bieg od dnia wymagalności roszczenia. Kodeks cywilny nie definiuje tego pojęcia, a w doktrynie przyjmuje się zgodnie, że przez wymagalność roszczenia należy rozumieć stan, w którym wierzyciel ma prawną możliwość żądania zaspokojenia przysługującej mu wierzytelności²⁵⁷. W świetle art. 120 § 1 k.c. przez wymagalność roszczenia powinno się rozumieć ostatni dzień, w którym dłużnik może spełnić świadczenie w sposób zgodny z treścią zobowiązania. Jest to stan potencjalny, o charakterze obiektywnym, którego początek następuje od chwili, w której wierzytelność zostaje uaktywniona²⁵⁸. W okresie wymagalności wierzycielowi przysługuje ochrona prawna na wypadek niespełnienia lub nienależytego spełnienia świadczenia przez dłużnika²⁵⁹. Roszczenie może stać się wymagalne w dniu oznaczonym w umowie lub przepisach ustawy. Może to być także termin wynikający z natury zobowiązania. Roszczenie może ponadto stać się wymagalne niezwłocznie po jego powstaniu (np. roszczenie o odszkodowanie za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania kontraktowego) lub w momencie, w którym spełnił się warunek zawieszający²⁶⁰.

Należy więc określić moment, w którym roszczenia z umowy offsetowej stają się wymagalne oraz wskazać, czy ta wymagalność zależy od podjęcia określonych czynności przez uprawnionego. Jak wynika z informacji przedstawionych w niniejszym rozdziale, odpowiedzialność z umowy offsetowej jest odpowiedzialnością kontraktową. Powstaje ona zatem w chwili gdy nastąpi niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania offsetowego. W praktyce wykonywania umów offsetowych chwilę tę można utożsamiać z upływem okresu wykonywania zobowiązania offsetowego,

²⁵⁶ B. Kordasiewicz, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 717, nb 33.

²⁵⁷ *Ibidem*, s 755, nb 100.

²⁵⁸ Wyrok SN z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90, *Legalis* nr 27236.

²⁵⁹ M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks*, art. 120, nb 1.

²⁶⁰ A. Brzozowski, *Kodeks...*, art. 120, nb 2.

który zostaje określony w jego harmonogramie stanowiącym niezbędny element umowy offsetowej (art. 15 pkt 5 ustawy offsetowej). Stwierdzenie wykonania zobowiązania offsetowego wymaga jednak podjęcia szeregu czynności o charakterze proceduralnym, które wynikają bezpośrednio z przepisów ustawy offsetowej. Zagadnienia dotyczące procedury związanej z zawarciem oraz realizacją umowy offsetowej zostały omówione w kolejnym rozdziale, niemniej jednak już w tym miejscu należy wskazać, że Minister Obrony Narodowej przeprowadza kontrolę w zakresie prawidłowości wykonania zobowiązań offsetowych (art. 17 ust. 1 ustawy offsetowej). Zobowiązanie offsetowe nie zostaje zaliczone w przypadku negatywnych wyników kontroli lub negatywnej opinii Komitetu Offsetowego (art. 19 ust. 1 *in fine* ustawy offsetowej). Niezaliczenie wykonania zobowiązania offsetowego stanowi w praktyce stosowania offsetu w Polsce właśnie chwilę, w której zobowiązanie offsetowe może zostać zgodnie z prawem uznane za niewykonane lub nienależyte wykonane. Tym samym należy stwierdzić, że przed tą chwilą brak jest w istocie możliwości dochodzenia roszczeń odszkodowawczych od zagranicznego dostawcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. Konsekwentnie, bieg terminu przedawnienia powinien być powiązany z chwilą niezaliczenia zobowiązania offsetowego. Ze względu na fakt, że czynności kontrolne, jak również wydawanie opinii przez Komitet Offsetowy znajduje się w sferze działań państwa, tym samym zasadnym jest twierdzenie, że są to działania wierzyciela – Skarbu Państwa. W tym miejscu powinna znaleźć zatem zastosowanie reguła z art. 120 § 1 zd. 2 k.c., zgodnie z którą jeżeli wymagalność roszczenia zależy od podjęcia określonej czynności przez uprawnionego, bieg terminu rozpoczyna się od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby uprawniony podjął czynność w najwcześniejszym możliwym terminie. Tym samym niezasadne byłoby zwlekanie z podejmowaniem czynności kontrolnych lub wyrażeniem opinii przez Komitet Offsetowy, gdyż stałoby to w sprzeczności z ww. przepisem k.c. Należy zapobiegać takim sytuacjom, w których podmiot zobowiązany pozostawałby w długotrwałym stanie niepewności co do terminu przedawnienia roszczenia, któremu powinien uczynić zadość. Ścisłe powiązanie początkowego dnia biegu terminu przedawnienia z aktywnością podmiotu

uprawnionego, leżącą w sferze jego uznania, nie służyły pewności obrotu²⁶¹. Powyższe zastrzeżenie dotyczy jednak wyłącznie roszczeń Skarbu Państwa, ze względu na fakt, że offsetobiorca będący osobnym podmiotem nie ma możliwości bezpośredniego wpływania na czas przeprowadzenia kontroli oraz na sprawność działania Komitetu Offsetowego. Z powyższych twierdzeń wynika, że wymagalność roszczeń odszkodowawczych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych następuje z chwilą niezaliczenia wykonania zobowiązania offsetowego z art. 19 ust. 1 *in fine* ustawy offsetowej, przy czym bieg terminu dla roszczeń Skarbu Państwa biegnie od dnia, w którym roszczenie stałoby się wymagalne, gdyby do niezaliczenia wykonania zobowiązania offsetowego doszło w najwcześniejszym możliwym terminie. Wszystkie powyższe uwagi należy uzupełnić o stwierdzenie, że praktyką jest regulowanie w umowie offsetowej procesu zmierzającego do ustalenia stanu wymagalności roszczeń Skarbu Państwa. Celem naczelnym stosowania offsetu jest bowiem zapewnienie ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, tj. uzyskanie świadczeń pierwotnych, a nie odszkodowania. Tym samym umowy offsetowe przeważnie przewidują procedurę wezwania zagranicznego dostawcy do naprawienia braków w wykonanym zobowiązaniu offsetowym, jak również umożliwiają przeprowadzenie w tym zakresie dialogu pomiędzy zainteresowanymi podmiotami. Powyższa praktyka jest jak najbardziej uzasadniona; może ona jednak mieć bezpośredni wpływ na określenie chwili rozpoczęcia biegu terminu przedawnienia roszczenia. W tym miejscu należałoby jeszcze odnieść się do powszechnie akceptowanego w doktrynie poglądu, zgodnie z którym przepisy normujące początek biegu terminu przedawnienia mają charakter bezwzględnie obowiązujący²⁶². Tym samym podobnie jak okres przedawnienia, początek jego biegu nie może być przedmiotem negocjacji pomiędzy stronami. Niemniej jednak tego zakazu nie należy mylić z poddaną swobodzie kontraktowej stron możliwością umawiania się co do terminu, w którym świadczenie stanie się wymagalne. Wskutek określenia terminu (najwcześniejszego) zgłoszenia przez wierzyciela żądania uzupełnienia braków w wykonanym zobowiązaniu offsetowym termin przedawnienia rozpocznie swój bieg po upływie uzgodnionego

²⁶¹ M. Mataczyński, M. Saczywko, *Kodeks...*, art. 120, nb 4.

²⁶² B. Kordasiewicz, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 716, nb 32.

terminu. Przedstawiona klauzula umowna jest bowiem wyłącznie uregulowaniem daty wymagalności świadczenia, zaś jej wpływ na początek biegu terminu przedawnienia ma charakter wyłącznie wtórny.

6. Podsumowanie

W rozdziale siódmym poruszono zagadnienia związane z odpowiedzialnością zagranicznego dostawcy z tytułu umowy offsetowej. Jak wynika z przeprowadzonej analizy, odpowiedzialność zagranicznego dostawcy oparta jest na reżimie odpowiedzialności kontraktowej, dla której ustawodawca wprowadził zasadę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, przyznając jednocześnie stronom umowy offsetowej uprawnienie do określenia przesłanek egzoneracyjnych. Zagraniczny dostawca może ponosić odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zarówno względem Skarbu Państwa, jak również względem beneficjenta zobowiązań offsetowych (offsetobiorcy). Termin przedawnienia roszczeń odszkodowawczych rozpoczyna swój bieg od chwili niezaliczenia wykonania zobowiązań offsetowych wskutek negatywnych wyników kontroli Ministra Obrony Narodowej lub negatywnej opinii Komitetu Offsetowego. Termin przedawnienia dla roszczeń odszkodowawczych Skarbu Państwa wynosi, zgodnie z regułami wynikającymi z k.c., 6 lat, natomiast roszczenia offsetobiorców będących polskimi przedsiębiorcami zbrojeniowymi przedawniają się z upływem 3 lat.

Rozdział VIII Zawarcie, zmiana i wygaśnięcie umowy offsetowej

Ósmy rozdział opisuje przede wszystkim zagadnienia proceduralne dotyczące umowy offsetowej. W pierwszej kolejności poddano analizie przepisy ustawy offsetowej oraz innych powiązanych aktów prawnych w celu przedstawienia procesu decyzyjnego w zakresie zastosowania offsetu oraz procedury poprzedzającej etap negocjacji umowy offsetowej. W następnej kolejności opisany został proces negocjacji pomiędzy zaangażowanymi podmiotami, którego zwieńczeniem jest zawarcie umowy offsetowej. W rozdziale tym, posługując się cywilistyczną siatką pojęciową, przedstawiono również ustawowe regulacje dotyczące zawarcia oraz wejścia w życie umowy offsetowej. Końcowa część tego rozdziału została poświęcona problematyce zmiany umowy offsetowej oraz sposobów jej zakończenia.

1. Zawarcie umowy offsetowej

1.1 Decyzja o zastosowaniu offsetu

Proces zawierania umowy offsetowej jest wieloetapowy. W pierwszej kolejności niezbędne jest prześledzenie fazy decyzyjnej, w ramach której inicjatywa leży po stronie przedstawicieli Skarbu Państwa. Punktem wyjścia dla rozważań na temat procedury zawierania umowy offsetowej jest art. 8 ust. 1 ustawy offsetowej, zgodnie z którym zamawiający niezwłocznie informuje Ministra Obrony Narodowej o zamiarze wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia dotyczącego produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Dalej zgodnie z ustawą, ww. informacja obejmuje co najmniej przedmiot postępowania o udzielenie zamówienia oraz dokument zawierający ocenę występowania podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, wykonaną na podstawie przepisów wykonawczych wydanych na podstawie art. 4c p.z.p.²⁶³. Powyższy przepis wskazuje na proces, który może zakończyć się rozpoczęciem

²⁶³ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 23).

procedury offsetowej. Zamawiający²⁶⁴ zobligowany jest poinformować Ministra Obrony Narodowej o zamiarze wszczęcia postępowania o udzielenie zamówienia objętego dyspozycją art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Udzielenie zamówienia na podstawie ww. klauzuli derogacyjnej oznacza wyłączenie zastosowania przepisów prawa zamówień publicznych. Ustawy tej nie stosuje się bowiem do zamówień dotyczących produkcji lub handlu bronią, amunicją lub materiałami wojennymi, o których mowa w art. 346 TFUE, jeżeli wymaga tego podstawowy interes bezpieczeństwa państwa, a udzielenie zamówienia bez zastosowania ww. ustawy nie wpłynie negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych (art. 4 pkt 5b p.z.p.). Aby jednak mogło dojść do zastosowania wyłączenia na podstawie art. 346 TFUE, najpierw musi zostać dokonana przez zamawiającego ocena zgodnie z rozporządzeniem wydanym na podstawie delegacji z art. 4c p.z.p. Z zestawienia powyższych przepisów jednoznacznie wynika, że aby w ogóle można było rozważać zastosowanie offsetu, w pierwszej kolejności musi zapaść decyzja o objęciu samej umowy dostawy klauzulą derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Konsekwentnie, możliwość zastosowania offsetu może powstać tylko i wyłącznie wtedy, gdy umowa dostawy zwolniona jest z rygorów prawa zamówień publicznych.

Po uzyskaniu przez Ministra Obrony Narodowej opisanej wyżej informacji od zamawiającego, rozpoczyna się właściwa procedura objęta regulacją ustawy offsetowej. Minister Obrony Narodowej musi w takim przypadku podjąć decyzję na podstawie uzyskanej informacji, czy należy zastosować offset w związku z danym zamówieniem. W tym miejscu należy wskazać na treść art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej, na podstawie informacji uzyskanej od zamawiającego oraz uzasadnienia, o którym mowa w art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej, po uzyskaniu opinii Komitetu Offsetowego, niezwłocznie przekazuje zamawiającemu założenia do oferty offsetowej wraz z projektem umowy offsetowej. Z powyższego wynika, iż procedura offsetowa inicjowana jest na podstawie dwóch rodzajów dokumentów. Jest to zatem w pierwszej kolejności opisana wyżej informacja

²⁶⁴ Zgodnie z definicją legalną z art. 2 pkt 9 ustawy offsetowej, zamawiającym jest podmiot uprawniony do prowadzenia postępowania o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa.

o odejściu od wymagań stawianych przez prawo zamówień publicznych, a ponadto uzasadnienie opisane w art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej. Zrekonstruowanie charakteru uzasadnienia z art. 7 ust. 5 wymaga prześledzenia przepisów ustawowych oraz wykonawczych. Zgodnie z art. 7 ust. 4 ustawy offsetowej, zastosowanie offsetu wymaga uzasadnienia stosownie do art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Następnie w myśl art. 7 ust. 5, przed zawarciem umowy offsetowej, minister kierujący działem administracji rządowej, któremu jednostka organizacyjna będąca zamawiającym podlega lub jest przez niego nadzorowana, przedkłada Radzie Ministrów uzasadnienie jej zawarcia. Tym samym ustawa offsetowa wskazuje w osobnych przepisach na uzasadnienie zastosowania offsetu (art. 7 ust. 4 ustawy offsetowej) oraz na uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej (art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej). Wobec braku wystarczających regulacji w samej ustawie offsetowej, w celu udzielenia odpowiedzi na pytanie, jaka jest relacja tych uzasadnień oraz jaką powinny one zawierać treść, niezbędne jest wyjście poza przepisy ustawy offsetowej i dokonanie analizy rozporządzenia wykonawczego do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej²⁶⁵. Zgodnie z ustawą offsetową rozporządzenie wykonawcze do art. 7 ust. 7 ma określać tryb i zasady postępowania w zakresie sporządzenia uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, mając na uwadze obowiązek zapewnienia prawidłowego stosowania art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Brzmienie tej delegacji kładzie zatem nacisk na uzasadnienie i ocenę konieczności stosowania offsetu, a nie na uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej, co w konsekwencji może dać podstawę do twierdzenia, iż w istocie chodzi tu o uzasadnienie wskazane w art. 7 ust. 4, a nie w art. 7 ust. 5. Treść samego rozporządzenia wykonawczego do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej wyjaśnia jednak tę wątpliwość. W § 1 ust. 2 wskazano, iż uzasadnienie konieczności zastosowania offsetu sporządzane jest po otrzymaniu informacji opisanej w art. 8 ust. 1 ustawy offsetowej (wydanej na podstawie rozporządzenia do art. 4c p.z.p.). Zgodnie z § 1 ust. 3 uzasadnienie konieczności zastosowania offsetu powinno co najmniej:

²⁶⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1819).

- 1) nazwę zadania będącego przedmiotem zamówienia lub nazwę przedmiotu zamówienia;
- 2) wskazywać potencjał, który ma zostać ustanowiony za pomocą offsetu w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych zdolności niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa;
- 3) wskazywać, że umowa jest związana z nabywaniem uzbrojenia oraz że zobowiązania offsetowe nie wpłyną negatywnie na warunki konkurencji na rynku wewnętrznym w odniesieniu do produktów, które nie są przeznaczone wyłącznie do celów wojskowych;
- 4) wskazywać, że zastosowanie zobowiązań offsetowych jest konieczne i odpowiednie do ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa oraz że brak jest możliwości ochrony tych interesów za pomocą innych środków, bez zastosowania offsetu;
- 5) zawierać rekomendację dotyczącą zastosowania bądź niezastosowania offsetu.

Dalsza analiza przepisów ww. rozporządzenia pozwala w pewnym stopniu wyjaśnić relacje opisywanych uzasadnień. Zgodnie z § 1 ust. 4, uzasadnienie konieczności zastosowania offsetu jest podstawą sporządzenia oceny konieczności zastosowania offsetu. Z kolei w myśl § 1 ust. 6, pozytywna ocena konieczności zastosowania offsetu wraz z uzasadnieniem, na podstawie którego została sporządzona, stanowi część uzasadnienia zawarcia umowy offsetowej, o którym mowa w art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej. Z powyższego wynika jednoznacznie, iż uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej, o którym mowa w art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej, nie stanowi odrębnego uzasadnienia od uzasadnienia opisanego w art. 7 ust. 4. Uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ma charakter szerszy, tj. zawiera w sobie pozytywną ocenę konieczności zastosowania offsetu wraz z uzasadnieniem (czyli w istocie uzasadnieniem, o którym mowa w art. 7 ust. 4 ustawy offsetowej). Tym samym uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej składa się z trzech elementów:

- 1) pozytywnej oceny konieczności zastosowania offsetu;
- 2) uzasadnienia konieczności zastosowania offsetu;
- 3) dodatkowego elementu, jakim jest uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej.

Przedstawione rozumienie przepisów rozporządzenia pozwala zrekonstruować intencje ustawodawcy. Należy zatem uznać, iż po uzyskaniu informacji z art. 8 ust. 1 ustawy

offsetowej (o wyłączeniu zamówienia z reżimu prawa zamówień publicznych) niezbędne jest sporządzenie uzasadnienia konieczności zastosowania offsetu, które zawiera co najmniej elementy opisane wyżej w rozporządzeniu wykonawczym do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej. Po sporządzeniu ww. uzasadnienia i na podstawie tego uzasadnienia podejmowana jest decyzja co do konieczności zastosowania offsetu. Taki sposób rozumienia wydaje się jak najbardziej uzasadniony. Większe wątpliwości budzi kwestia, co powinno zawierać uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej i czy materia ta wykracza ponad to, co zostało opisane w rozporządzeniu wykonawczym do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej. Innymi słowy, co powinno zostać dodane do powyższego uzasadnienia ponad to, co wynika z uzasadnienia konieczności zastosowania offsetu oraz wydanej pozytywnej oceny. Przepis art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej zdaje się wskazywać, iż chodzi tu o szczegółowe uzasadnienie odnoszące się do samej treści umowy offsetowej. Uzasadnienie konieczności zawarcia umowy offsetowej powinno więc zawierać w sobie kompleksową ocenę przedmiotu umowy offsetowej (zobowiązań offsetowych). Problematyczne w tym miejscu jest jednak to, iż zgodnie z art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej założenia do oferty offsetowej wraz z projektem umowy offsetowej są niezwłocznie przekazywane zamawiającemu na podstawie informacji z art. 8 ust. 1 oraz 7 ust. 5 ustawy offsetowej. Innymi słowy, zgodnie z ustawą offsetową uzasadnienie z art. 7 ust. 5 powinno być sporządzone na samym początku procedury offsetowej, tj. jeszcze przed przekazaniem zagranicznemu dostawcy założeń do oferty offsetowej. Takie sformułowanie przepisów ustawowych wymaga stwierdzenia, iż uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej, poza uzasadnioną pozytywną oceną konieczności zastosowania offsetu, może zawierać co najwyżej ogólne stwierdzenia dotyczące potrzeby zawarcia umowy offsetowej, tj. może ono w istocie wyłącznie odnosić się do projektu umowy offsetowej. Niemożliwe jest bowiem szczegółowe uzasadnianie potrzeby zawarcia umowy offsetowej, gdy z treścią projektu tej umowy nie zapoznała się jeszcze przyszła strona tej umowy, tj. zagraniczny dostawca. Powyższy pogląd wydaje się uzasadniony także ze względu na fakt, że umowa offsetowa zawierana jest w drodze negocjacji, a tym samym możliwa jest zmiana projektu tej umowy w toku ścierania się stanowisk Skarbu Państwa i zagranicznego dostawcy. Skoro uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej ma być podstawą przygotowania założeń offsetowych, to tym samym potencjalny zagraniczny dostawca nie mógł się jeszcze w sposób formalny zapoznać

z projektem umowy offsetowej, który jest przekazywany wraz z założeniami. Tym samym należy dojść do przekonania, iż uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej na etapie wskazanym w art. 8 ust. 2 tej ustawy, to w istocie uzasadniona pozytywna ocena konieczności zastosowania offsetu, która co najwyżej może być wzbogacona o uzasadnienie dotyczące projektu umowy offsetowej. Powyższe stwierdzenie nie wyczerpuje jednak problematyki uzasadnienia z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej. Wracając do treści powołanego przepisu należy wskazać, iż opisane w tym przepisie uzasadnienie powinno zostać przedłożone Radzie Ministrów przed zawarciem umowy offsetowej. Jest to jedyny przepis ustawowy, w którym mowa jest o uzasadnieniu, jakie Rada Ministrów powinna otrzymać przed podjęciem decyzji co do zatwierdzenia umowy offsetowej, zgodnie z art. 29 ustawy offsetowej. Wobec braku podstaw do przyjęcia na gruncie ustawy offsetowej szczególnego rozumienia pojęcia „przedłożyć”, należy posłużyć się powszechnym sposobem jego rozumienia. Słowo „przedłożyć” należy rozumieć jako danie komuś czegoś do wglądu, rozpatrzenia lub oceny²⁶⁶. Zestawiając regulację z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej z unormowaniem przewidzianym w art. 29 tej ustawy można dojść do przekonania, że przedłożenie uzasadnienia z art. 7 ust. 5 ma służyć podjęciu decyzji co do zatwierdzenia umowy offsetowej. Sposób sformułowania art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej umożliwia dwojake rozumienie charakteru opisywanego uzasadnienia. Zgodnie z pierwszą możliwą interpretacją, Rada Ministrów, jeszcze przed zawarciem umowy offsetowej, powinna otrzymać uzasadnienie sporządzone na wstępnym etapie procedury offsetowej, tj. takie, według którego to uzasadnienia sformułowane są założenia do oferty offsetowej oraz projekt umowy offsetowej. Przedstawiona interpretacja razi jednak tym, iż Rada Ministrów otrzyma uzasadnienie, które – choć powinno pomóc przy podjęciu decyzji co do zatwierdzenia umowy offsetowej – najprawdopodobniej odbiega od treści umowy będącej przedmiotem decyzji zatwierdzającej i podejmowanej przez Radę Ministrów. Przyjęcie takiej interpretacji wymagałoby zatem stwierdzenia, iż uzasadnienie z art. 7 ust. 5 powinno ograniczać się w zasadzie do elementów opisanych w rozporządzeniu wykonawczym do art. 7 ust 7 (co stoi w sprzeczności z treścią § 1 ust. 6 tego rozporządzenia).

²⁶⁶ Słownik języka polskiego. PWN, <https://sjp.pwn.pl/sjp/przedlozyc;2509863.html> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

Inną możliwą interpretacją jest przyjęcie, iż uzasadnienie przedkładane Radzie Ministrów na podstawie art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej powinno być zaktualizowane w okresie po jego pierwotnym sporządzeniu (art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej), a przed zawarciem umowy offsetowej. Za tą interpretacją przemawia wykładnia funkcjonalna, bowiem zaktualizowane uzasadnienie da Radzie Ministrów rzeczywistą i przydatną wiedzę na temat zawieranej umowy. Ponadto za tą interpretacją przemawia fakt, iż zgodnie z § 1 ust. 6 rozporządzenia wykonawczego do art. 7 ust. 7 ustawy offsetowej, ocena konieczności zastosowania offsetu stanowi wyłącznie element uzasadnienia zawarcia umowy offsetowej, a tym samym należy uznać, iż treść uzasadnienia dotyczącego zawieranej umowy powinna mieć praktyczne znaczenie. Ostatecznie za taką wykładnią przemawia fakt, iż przedłożenie uzasadnienia z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej powinno nastąpić dopiero przed zawarciem umowy offsetowej. Gdyby wolą ustawodawcy było zapoznanie Rady Ministrów z treścią tego uzasadnienia na wcześniejszym etapie niż na etapie końcowym zawierania umowy offsetowej, zastrzegłby on, iż takie przedłożenie powinno nastąpić na wcześniejszym etapie (przykładowo na etapie przygotowania założeń do oferty offsetowej). Stwierdzić zatem należy, iż uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej powinno być przekazane Radzie Ministrów dopiero na końcowym etapie zawierania umowy offsetowej, tj. gdy jej treść jest już wynegocjowana, lecz umowa nie jest jeszcze zawarta. Taka interpretacja ma pewien słaby punkt, gdyż wymaga ona przyjęcia, iż istnieją w praktyce uzasadnienia z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej o co najmniej dwóch treściach. Jedno, sporządzone na etapie wskazanym w art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej, które ogranicza się prawie wyłącznie do oceny konieczności zastosowania offsetu oraz ewentualnie do oceny projektu umowy offsetowej. Kolejne uzasadnienie, które ma być przedkładane Radzie Ministrów, miałoby już w pewnym zakresie odmienną treść. Otóż musiałyby ono zostać zaktualizowane o elementy dotyczące już wynegocjowanej umowy offsetowej. Niewątpliwie jednak uznanie, iż uzasadnienie z art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej powinno zostać zaktualizowane z uwzględnieniem wyników przeprowadzonych negocjacji jest bardziej celowe niż przedkładanie nieaktualnego już uzasadnienia. Jednocześnie podkreślić należy, iż stosowanie klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE musi być oparte na szczegółowych i aktualnych informacjach.

Na koniec tej części rozważań warto wskazać, że wątpliwości budzi także regulacja, zgodnie z którą to minister kierujący działem administracji rządowej, któremu jednostka organizacyjna będąca zamawiającym podlega lub jest przez niego nadzorowana, przedkłada Radzie Ministrów uzasadnienie zawarcia umowy offsetowej. W obecnie panujących realiach, ze względu na ograniczone możliwości stosowania wyłączenia z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE do umów dostawy, niewątpliwie organem wykonującym zadania określone w art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej będzie *de facto* i tak Minister Obrony Narodowej. Sposób sformułowania tego przepisu każe zadać pytanie, jaki jest cel nałożenia obowiązku w zakresie przekazywania uzasadnienia zawarcia umowy offsetowej na struktury zamawiającego zamiast na jednostki odpowiedzialne za procedurę offsetową, tj. jednostki opracowujące wspomniane uzasadnienie oraz negocjujące i wreszcie zawierające umowę offsetową. Powyższe wydaje się być pomyłką ustawodawcy.

1.2 Proces poprzedzający negocjacje

Po rozważeniu kwestii związanych z podejmowaniem decyzji o potrzebie zastosowania offsetu, należy przejść do omówienia następnego etapu procedury offsetowej, który bezpośrednio poprzedza negocjacje umowy offsetowej. Przedmiotem dalszych rozważań jest zatem przebieg całego procesu polegającego na przygotowaniu i przedstawieniu założeń do oferty offsetowej, która stanowi wytyczne dla zagranicznego dostawcy przy składaniu oferty offsetowej, jak również przebieg procesu wyboru oferty poprzedzającej etap prowadzenia negocjacji. Rozważania te należy rozpocząć od analizy treści art. 8 ust. 2 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej, na podstawie informacji uzyskanych od zamawiającego na podstawie art. 8 ust. 1 ustawy offsetowej oraz uzasadnienia zawarcia umowy offsetowej (art. 7 ust. 5 ustawy offsetowej), jak również po uzyskaniu opinii Komitetu Offsetowego, przekazuje niezwłocznie zamawiającemu założenia do oferty offsetowej wraz z projektem umowy offsetowej. Przepis ten wskazuje zatem, że opracowanie założeń powinno nastąpić na podstawie wspomnianych dwóch dokumentów (tj. informacji o wyłączeniu umowy dostawy spod reżimu prawa zamówień publicznych oraz uzasadnienia potrzeby zawarcia umowy offsetowej). Ponadto przygotowane w ten sposób założenia powinny uzyskać opinię Komitetu Offsetowego przed ich przekazaniem zamawiającemu, przy czym ustawa

nie wymaga, aby ta opinia była pozytywna. Minimalna treść założeń do oferty offsetowej została określona w art. 8 ust. 3 ustawy offsetowej. Ustawodawca wskazuje, że zamawiający ma wziąć pod uwagę przyjęte przez Ministra Obrony Narodowej wymagania dotyczące offsetu. Wynika to z treści art. 8 ust. 4 ustawy offsetowej, zgodnie z którym założenia do oferty offsetowej i projekt umowy offsetowej stanowią element warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Co istotne, zachowany jest dualizm jednostek odpowiedzialnych za udzielenie zamówienia. Ustawa offsetowa wyraźnie rozróżnia rolę Ministra Obrony Narodowej jako właściwego do spraw dotyczących offsetu od roli zamawiającego, który dokonuje wyboru oferty na dostawę. Jak wynika bowiem z dalszych przepisów ustawy, zagraniczny dostawca składa ofertę offsetową Ministrowi Obrony Narodowej nie później niż w terminie złożenia zamawiającemu oferty na dostawę (art. 8 ust. 5 ustawy offsetowej). Następnie Minister Obrony Narodowej dokonuje oceny ofert offsetowych, a jej wyniki przekazuje zamawiającemu (art. 8 ust. 6 ustawy offsetowej). Ocena ofert offsetowych stanowi podstawę wyboru oferty na dostawę, o którym to wyborze informowany jest Minister Obrony Narodowej (art. 8 ust. 7 ustawy offsetowej). Proces poprzedzający etap negocjacji kończy się w sposób opisany w art. 8 ust. 8 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej prowadzi negocjacje w celu zawarcia umowy offsetowej z zagranicznym dostawcą wybranym przez zamawiającego. Z powyższego wynika, że negocjacje prowadzone są przez Skarb Państwa wyłącznie z zagranicznym dostawcą, którego oferta na dostawę została wybrana przez zamawiającego. Z opisanym wyżej procesem wiążą się liczne kontrowersje, które zostaną omówione w dalszej części niniejszego rozdziału.

Z zestawienia przedstawionych przepisów wynika, że Minister Obrony Narodowej, jako organ odpowiedzialny za sprawy dotyczące offsetu w Polsce, dokonuje oceny ofert offsetowych, którą to ocenę przekazuje zamawiającemu. Zamawiający z kolei dokonuje wyboru oferty na dostawę, przy czym ma prawny obowiązek uwzględnić ocenę ofert offsetowych, która została przekazana zamawiającemu przez Ministra Obrony Narodowej. W tym miejscu pojawia się pytanie, jaki charakter powinna mieć ocena oferty offsetowej, tj. w szczególności, czy ogranicza się ona wyłącznie do stwierdzenia, że oferta offsetowa spełnia wymagania przewidziane prawem. Innym możliwym wariantem jest przyjęcie, że w wyniku przeprowadzonej

oceny należy przyznać określoną liczbę punktów ofertom offsetowym, co w konsekwencji oznacza, że ocena ta przekłada się na wybór oferty na dostawę przez zamawiającego. Innymi słowy, ocena oferty offsetowej powinna być jednym z kryteriów wyboru oferty, podobnie jak cena i jakość. Ustawa offsetowa nie dostarcza w tym zakresie jasnej odpowiedzi. Z zestawienia poszczególnych przepisów ustawy offsetowej, w szczególności art. 8, 11 i 12, płynie jednak wniosek, że ocena oferty offsetowej powinna wpływać na punktację przyznaną poszczególnym ofertom offsetowym. Zgodnie z art. 8 ust. 3 ustawy offsetowej, sposób i kryteria oceny oferty offsetowej (art. 8 ust. 3 pkt 2 ustawy offsetowej) są osobnym elementem od określenia wymagań opisanych w art. 8 ust. 3 pkt 1 ustawy offsetowej. Zatem czym innym jest opis oczekiwanego przedmiotu oferty offsetowej, a czym innym wskazanie, w jaki sposób będzie dokonywana ocena tej oferty. Należy dalej wskazać, że ustawa w sposób konsekwentny posługuje się sformułowaniem „ocena”, odróżniając je od innych sformułowań o charakterze formalnym, takich jak: „wykluczenie [zagranicznego dostawcy] z postępowania” (art. 8 ust. 12 ustawy offsetowej), czy też „pozostawienie [oferty] bez rozpoznania” (art. 12 ust. 4 ustawy offsetowej). Zamawiający ma przy tym, zgodnie z art. 8 ust. 7 ustawy offsetowej, dokonać wyboru oferty offsetowej na dostawę uwzględniając ocenę oferty offsetowej. Gdyby chodziło wyłącznie o wymaganie formalne, wówczas powyższy przepis zostałby sformułowany inaczej. Oczywistym jest bowiem, że zamawiający nie mógłby wybrać oferty niespełniającej ustawowych wymagań. Dochodziłoby wówczas do eliminacji oferty z przyczyn formalnych, a nie do wyboru oferty spośród wszystkich złożonych. Za ww. sposobem rozumienia przepisów szczególnie silnie przemawia art. 11 ust. 1 zd. 1 ustawy offsetowej, zgodnie z którym w przypadku gdy co najmniej jedna oferta na dostawę nie podlega obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, zamawiający dokonuje oceny wszystkich ofert bez uwzględniania kryterium offsetowego. Dopiero w przypadku gdy okaże się, że najlepiej oceniana jest oferta podlegająca obowiązkowi zawarcia umowy offsetowej, wówczas dalsze postępowanie jest prowadzone zgodnie z procedurą, o której mowa w całym art. 8 ustawy offsetowej. Przepis ten jasno wskazuje, że wymagania stawiane ofertom offsetowym są dodatkowym kryterium oceny wpływającym na punktację przyznaną ofertom na dostawę. Cel tego przepisu wydaje się oczywisty. Chodzi w nim o to, aby nie stawiać w gorszej sytuacji podmiotu składającego ofertę bez wymagania offsetowego. Ustawodawca daje zatem jasno do zrozumienia,

że w zakresie objętym regulacją ustawy offsetowej offset powinien powodować przyznanie dodatkowej punktacji. Jeżeli bowiem ocena oferty offsetowej nie wpływałaby na punktację przyznawaną ofertom na dostawę, wówczas ocena ofert na dostawę byłaby taka sama niezależnie od tego, czy uwzględniono kryterium offsetowe, czy też nie. Na koniec tej części rozważań należy wskazać, że za wspomnianą interpretacją przemawia także wykładnia celowościowa. Niewątpliwie słuszne jest przyznawanie dodatkowej punktacji zagranicznym dostawcom w związku z dokonywaną oceną ofert offsetowych. Konkurencja zagranicznych dostawców nie tylko na poziomie oferty na dostawę, lecz także na poziomie oferty offsetowej, powinna działać na nich w sposób mobilizujący. Pożądane z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa jest to, aby zagraniczni dostawcy przykładali należytą staranność do składania ofert offsetowych, tj. w szczególności, aby oferowali oni najlepsze dostępne na rynku rozwiązania przekładające się na bezpieczeństwo Polski. Jeżeli nie przyznano by dodatkowej punktacji w związku z oceną ofert offsetowych, zagraniczni dostawcy oferowaliby tylko niezbędne minimum pozwalające ich ofertom offsetowym na spełnienie wymagań stawianych przez założenia do oferty offsetowej. Stanowisko, zgodnie z którym ocena oferty offsetowej powinna przekładać się na przyznaną punktację ofertom na dostawę, nie pozwala jednak odpowiedzieć na pytanie, jak istotnym elementem oceny oferty na dostawę powinna być ocena ofert offsetowych. W tym zakresie wydaje się, że zamawiający powinien ustalać kryteria oceny na podstawie warunków danego zamówienia, w tym także znaczenia realizacji offsetu w związku z danym zamówieniem dla ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Zamawiający powinien każdorazowo decydować, jak istotne dla ostatecznej oceny oferty na dostawę powinno być kryterium oceny ofert offsetowych.

Należy też udzielić odpowiedzi na pytanie, czym w istocie jest oferta offsetowa i jakie jest jej znaczenie prawne. Zgodnie z art. 2 pkt 15 ustawy offsetowej, przez ofertę offsetową należy rozumieć dokument sporządzony przez zagranicznego dostawcę na potrzeby postępowania o zawarcie umowy offsetowej, w którym zagraniczny dostawca wyraża wolę zawarcia umowy offsetowej i potwierdza spełnianie wymagań dla utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych,

a także innych, niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, określonych przez Ministra Obrony Narodowej. Ustawa offsetowa zawiera dodatkowo kilka przepisów decydujących o prawnym znaczeniu oferty offsetowej. Oferta offsetowa stanowi podstawę dokonania oceny, która jest brana pod uwagę przy dokonywaniu wyboru oferty na dostawę. Ofercie offsetowej poświęcony jest w szczególności art. 12 ustawy offsetowej, zgodnie z którym jest ona sporządzana w języku polskim, z zachowaniem formy pisemnej pod rygorem nieważności. Oferta powinna zawierać w szczególności:

- 1) informacje na temat formy prawnej oraz sposobu reprezentacji zagranicznego dostawcy;
- 2) informacje o wynikach finansowych za ostatnie 3 lata działalności zagranicznego dostawcy, a w przypadku gdy zagraniczny dostawca istnieje przez okres krótszy niż 3 lata, informację o wynikach finansowych za cały okres działalności;
- 3) informacje dotyczące wykonanych lub wykonywanych przez zagranicznego dostawcę umów offsetowych;
- 4) określenie przedmiotu zobowiązań offsetowych;
- 5) wskazanie terminów wykonywania zobowiązań offsetowych;
- 6) listy intencyjne lub inne dokumenty potwierdzające uzgodnienia zawarte między offsetodawcą a offsetobiorcami w sprawie wykonania zobowiązań offsetowych.

Z powyższego wynika, że oferta offsetowa składa się w pierwszej kolejności z elementów o charakterze informacyjnym dotyczących zagranicznego dostawcy (punkty 1-3). Następnie oferta offsetowa ma odnosić się do proponowanych zobowiązań offsetowych, tj. do ich przedmiotu oraz terminów realizacji (punkty 4 i 5). Na koniec oferta powinna zawierać listy intencyjne lub inne dokumenty potwierdzające fakt porozumienia się offsetodawcy z offsetobiorcą w zakresie oferowanych zobowiązań offsetowych. Ostatni z elementów ma charakter kluczowy, gdyż pozwala on Ministrowi Obrony Narodowej na uzyskanie wiedzy już na wstępnym etapie dokonywania oceny oferty, czy beneficjent świadczeń (offsetobiorca) oraz podmiot, który ma te świadczenia wykonywać (offsetodawca) są zainteresowani uczestnictwem w offsecie.

Mając powyższe na względzie, przyjąć należy, że oferta offsetowa nie może być kwalifikowana jako oferta w rozumieniu przepisów k.c. Artykuł 66 § 1 k.c. określa konstytutywne cechy oferty. Zgodnie z tym przepisem, oferta ma charakter stanowczy i złożona jest z zamiarem wywołania określonych skutków prawnych. Oferta musi przy tym określać istotne postanowienia proponowanej umowy, a ponadto ma ona charakter wiążący, tj. w wyznaczonym czasie złożenie przez adresata oferty oświadczenia o jej przyjęciu oznacza zawarcie umowy²⁶⁷. Do zawarcia umowy dochodzi przez złożenie przez drugą stronę oświadczenia woli akceptującego skutki czynności prawnej określone ofertą. Dokonując wykładni pojęcia oferty należy odnieść się także do sposobu jego rozumienia w prawie zamówień publicznych. Niewątpliwie bowiem sposób dokonywania oceny oferty offsetowej oraz zasady uwzględniania tej oceny przy wyborze oferty na dostawę zbliżają ustawę offsetową do prawa zamówień publicznych. Pomimo wielu podobieństw w tym zakresie, przedstawiciele doktryny wskazują na pewne odmienności oferty na gruncie prawa zamówień publicznych²⁶⁸. Po pierwsze, jest ona wyłącznie odpowiedzią na wszczęcie przez zamawiającego procedury w drodze ogłoszenia lub zaproszenia. W prawie zamówień publicznych pojęcie oferty traktowane jest również znacznie szerzej niż w k.c., inaczej też ustalona jest faktyczna sytuacja składającego ofertę, czyli wykonawcy (acz sytuacja prawna jest taka sama). Wynika to z faktu, iż na ofertę *sensu largo* składa się wiele oświadczeń i dokumentów. Jednocześnie składający ofertę wyraża wolę zawarcia umowy, ale rzadko zdarza się, aby swym oświadczeniem mógł kształtować istotne postanowienia tej umowy. Jego rola sprowadza się najczęściej do zaakceptowania wszystkich istotnych postanowień umowy narzuconych przez zamawiającego w specyfikacji istotnych warunków zamówienia. Wykonawca, proponując konkretny przedmiot zamówienia i składając ofertę, musi dostosować się do szczegółowych wymagań w tym zakresie określonych przez zamawiającego. Jego uprawnienie do kształtowania treści przyszłej umowy jest więc niewielkie i najczęściej ogranicza się do podania ceny oferty. Analizując przepisy ustawy offsetowej należy stwierdzić, że oferta offsetowa wykazuje

²⁶⁷ A. Olejniczak, J. Grykiel, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, t. I, Legalis 2018, art. 66, nb 3; A. Brzozowski, *Kodeks...*, art. 66; Ł. Bernard, *Kodeks cywilny. Część ogólna. Komentarz do wybranych przepisów*, red. J. Gudowski, LEX 2018, art. 66.

²⁶⁸ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, red. J. Pieróg, Legalis 2019, art. 82.

wiele podobieństw w stosunku do oferty, o której mowa w prawie zamówień publicznych. Niewątpliwie bowiem oferta offsetowa nie inicjuje całego procesu zawierania umowy, ponadto zagraniczny dostawca, składając ofertę offsetową, nie jest w stanie kształtować istotnych postanowień umowy. Proces składania oferty offsetowej stanowi bowiem odpowiedź na przygotowywane przez Ministra Obrony Narodowej założenia do oferty offsetowej oraz projekt ustawy offsetowej. Oferta offsetowa odbiega od sposobu rozumienia tego pojęcia na gruncie k.c. także ze względu na fakt, że umowa offsetowa zawierana jest w trybie negocjacji. Ponadto oferta offsetowa nie zawiera w sobie stanowczego oświadczenia woli zagranicznego dostawcy. Oferty offsetowe są bowiem składane przez zagranicznych dostawców nawet w przypadku, gdy nie godzą się oni na przekazany im projekt umowy offsetowej. W ofercie offsetowej zagraniczny dostawca wyraża co prawda wolę zawarcia umowy offsetowej, lecz jest to wola wyrażona w sposób generalny, a nie odnosząca się do konkretnych postanowień umownych, które są następnie przedmiotem długotrwałych negocjacji. Z tego punktu widzenia oferta offsetowa jest bliższa instytucji zaproszenia do zawarcia umowy z art. 71 k.c. Zaproszenie do zawarcia umowy nie wiąże bowiem zapraszającego, a adresat zaproszenia nie uzyskuje kompetencji do decydowania o zawarciu umowy. Zaproszenie nie jest bowiem oświadczeniem woli stanowiącym konieczny element zawarcia umowy. Do momentu, w którym obie strony dojdą do konsensu, przysługuje im swoboda decyzji przejawiająca się m.in. tym, że każda ze stron może zmienić swoje stanowisko co do treści negocjowanej umowy²⁶⁹. Oferta offsetowa nie odpowiada również pojęciu zaproszenia do zawarcia umowy. Wynika to z faktu, że oferta offsetowa sama w sobie jest odpowiedzią na procedurę zainicjowaną przez inny podmiot (Skarb Państwa), a po drugie, zawiera w sobie pewne elementy o charakterze wiążącym. Zgodnie bowiem z art. 7 ust. 3 zd. 2 ustawy offsetowej, zawarcie umowy nie może nastąpić na warunkach mniej korzystnych niż określone w ofercie offsetowej (szerzej na ten temat w dalszej części niniejszego rozdziału). Przepis ten wyznacza pewne ramy negocjacyjne dla stron umowy offsetowej. Powyższa regulacja wyklucza zatem kompetencję Skarbu Państwa do zawarcia umowy offsetowej na warunkach

²⁶⁹ P. Machnikowski, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 454-455, nb 74-78.

mniej korzystnych niż te, które zostały określone w ofercie offsetowej. Reasumując powyższe, oferta offsetowa jest szczególną instytucją prawną, która stanowi połączenie oferty w rozumieniu prawa zamówień publicznych z zaproszeniem do zawarcia umowy w rozumieniu k.c.

W tym miejscu należy jeszcze poruszyć kwestię, jakie są konsekwencje braków w ofercie offsetowej. Artykuł 12 ust. 3 ustawy offsetowej odnosi się do sytuacji niezłożenia listów intencyjnych lub innych dokumentów, o których mowa w art. 12 ust. 2 pkt 6 ustawy offsetowej, przewidując sankcję w postaci pominięcia danego zobowiązania offsetowego przy ocenie oferty offsetowej. Z kolei w razie niespełnienia wymagań określonych w założeniach do oferty offsetowej Minister Obrony Narodowej wzywa do jej uzupełnienia w ustalonym terminie zgodnie z art. 12 ust. 4 ustawy offsetowej. Dopiero nieuzupełniona w wyznaczonym terminie oferta pozostaje bez rozpoznania. Na gruncie powyższych dwóch przepisów może pojawić się pytanie, jaki jest stosunek ust. 3 do ust. 4, tj. czy skutek pominięcia zobowiązania offsetowego opisany w ust. 3 następuje od razu, bez potrzeby wzywania do uzupełnienia braków, o czym jest mowa w ust. 4, czy też ust. 3 przewiduje wyłącznie odrębny skutek następujący dopiero w przypadku nieuzupełnienia tego braku w terminie wyznaczonym zgodnie z ust. 4 (pominięcie zobowiązania zamiast pozostawienia całej oferty bez rozpoznania). Dokonując wykładni funkcjonalnej tych dwóch przepisów należy opowiedzieć się za drugim z opisanych wariantów. Trudno byłoby uznać, że istnieje możliwość wezwania do uzupełnienia wszystkich braków oferty z wyjątkiem określonych w punkcie 6. Taka wykładnia mogłaby prowadzić do absurdalnego wniosku, iż brak określenia przedmiotu zobowiązania offsetowego powoduje konieczność wezwania do uzupełnienia tego braku. Natomiast omyłkowe niedołączanie podpisanych pomiędzy offsetobiorcą i offsetodawcą listów intencyjnych pociągałoby za sobą od razu skutek w postaci pominięcia danych zobowiązań offsetowych.

Na koniec tej części rozważań należy jeszcze powołać art. 9 ustawy offsetowej, zgodnie z którym jeżeli postępowanie o udzielenie zamówienia na dostawę jest prowadzone w trybie negocjacji z jednym zagranicznym dostawcą, procedurę zawarcia umowy offsetowej określa Minister Obrony Narodowej po zasięgnięciu opinii Komitetu Offsetowego. Ze względu na specyfikę zamówień z dziedziny obronności, charakteryzujących się często ograniczoną liczbą potencjalnych dostawców określonego

sprzętu, przepis ten często znajduje zastosowanie w praktyce. W takiej sytuacji większość przepisów ustawowych, które zostały skonstruowane na podstawie modelu tzw. konkurencyjnego, zastąpiona zostaje procedurą określoną przez Ministra Obrony Narodowej. Zasadnicza wątpliwość, która może pojawić się w związku z tą regulacją, to pytanie o zakres regulacji ustawowej, która może zostać wyłączona w razie zastosowania ww. procedury. Ustawa offsetowa nie ułatwia odpowiedzi na to pytanie, gdyż art. 9 ustawy offsetowej jest jedynym w ustawie, który reguluje przedmiotową kwestię. Ustawa posługuje się zatem ogólnym sformułowaniem „procedura zawarcia umowy offsetowej”. Pojawia się też pytanie, które przepisy mogą być wyłączone w razie zastosowania ministerialnej procedury oraz gdzie jest granica swobody ustalania zasad procedury z jednym potencjalnym zagranicznym dostawcą. W tym zakresie należy posłużyć się wykładnią funkcjonalną. Otóż trudno byłoby przyjąć pogląd, że Minister Obrony Narodowej może w analizowanej sytuacji odstąpić, przykładowo, od zawierania umowy offsetowej w drodze negocjacji albo ograniczać ustawowe uprawnienia Komitetu Offsetowego. Minister Obrony Narodowej, określając procedurę znajdującą zastosowanie w opisywanej sytuacji, może odstąpić od stosowania wyłącznie tych przepisów ustawowych, które odnoszą się bezpośrednio do konkurencyjnego charakteru postępowania w przedmiocie offsetu.

1.3 Negocjacje

Negocjacje umowy offsetowej są kluczowym etapem całej procedury offsetowej. Zgodnie z art. 7 ust. 1 ustawy offsetowej, umowę offsetową zawiera się po przeprowadzeniu negocjacji na podstawie oferty offsetowej zagranicznego dostawcy. Przepis ten wyraźnie wskazuje, że oferta stanowi w istocie wyłącznie etap wstępny do prowadzenia rozmów pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w procedurę offsetową. To w toku negocjacji kształtuje się ostateczna treść postanowień umownych i sam przedmiot zobowiązań offsetowych. Dopiero na etapie negocjacji ściera się koncepcja Ministra Obrony Narodowej stworzona na etapie przygotowywania założeń do oferty offsetowej ze stanowiskiem zagranicznego dostawcy, który odniósł się do tych założeń tworząc ofertę offsetową.

Ustawa offsetowa wskazuje w dwóch przepisach na gospodarza negocjacji oraz na podmioty, które powinny w nich uczestniczyć. Zgodnie z art. 7 ust. 2 ustawy offsetowej, negocjacje prowadzone są przez Ministra Obrony Narodowej, a uczestniczy

w nich także zamawiający. Z kolei w myśl art. 8 ust. 8 ustawy offsetowej Minister Obrony Narodowej prowadzi negocjacje w celu zawarcia umowy offsetowej z zagranicznym dostawcą wybranym przez zamawiającego. Tym samym Minister Obrony Narodowej – a nie zamawiający – jest odpowiedzialny za negocjacje. Ustawa wskazuje jednak, że obok Ministra Obrony Narodowej w negocjacjach powinien uczestniczyć zamawiający. Kolejnym podmiotem biorącym udział w negocjacjach jest zagraniczny dostawca wybierany przez zamawiającego. Selekcja zagranicznego dostawcy polega oczywiście na opisanym wyżej wyborze oferty na dostawę. Ustawa offsetowa nie przesądza natomiast o tym, czy w negocjacjach może uczestniczyć offsetobiorca lub offsetodawca (niebędący zagranicznym dostawcą). Wykładnia celowościowa przemawia za dopuszczeniem do rozmów na temat umowy offsetowej podmiotów, które mają być zaangażowane w wykonanie tych umów. Wątpliwość w tym zakresie pojawia się jednak z uwagi na brzmienie art. 4 ustawy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem, umowa offsetowa jest jawna w zakresie oznaczenia offsetobiorcy i offsetodawcy, wartości umowy offsetowej, terminu wykonania umowy offsetowej oraz przedmiotu dostawy, z wyjątkiem informacji, których ujawnienie jest sprzeczne z podstawowymi interesami bezpieczeństwa państwa. *A contrario* zatem elementy umowy offsetowej niewskazane w powyższym przepisie nie są jawne. Wspomniany przepis został ujęty zbyt wąsko. Przede wszystkim bowiem jawność nie obejmuje nawet przedmiotu zobowiązań offsetowych. Natomiast oczywistym jest, że podmioty zaangażowane w wykonanie umowy offsetowej muszą znać ich przedmiot. Tym samym nie można twierdzić, że art. 4 ustawy offsetowej ogranicza jawność umowy offsetowej wobec offsetodawcy lub offsetobiorcy. Uznać należy, że podmioty te mogą być dopuszczane do negocjacji umów offsetowych, przynajmniej w zakresie bezpośrednio ich dotyczącym. Wydaje się, że zakres zaangażowania tych podmiotów w negocjacje powinien być określany przez gospodarza negocjacji, tj. przez Ministra Obrony Narodowej. Wybór form zabezpieczenia i szczegółowych zasad odpowiedzialności odszkodowawczej nie musi być przedmiotem negocjacji z offsetobiorcą i offsetodawcą (a nawet nie musi być im ujawniony), jednakże nie sposób sobie wyobrazić, żeby offsetobiorca i offsetodawca nie mieli pełnej wiedzy na temat zobowiązań, które będą przez nich realizowane.

Artykuł 8 ust. 9 ustawy offsetowej określa zakres prowadzonych negocjacji. Zgodnie z tym przepisem negocjacje dotyczą w szczególności przedmiotu zobowiązań offsetowych oraz terminu ich wykonywania. Wskazanie to ma charakter jedynie przykładowy i nie wymienia innych oczywistych elementów, takich jak treść postanowień umowy offsetowej wykraczających poza zobowiązania offsetowe. Celem negocjacji nie jest zatem wyłącznie doprecyzowanie oferty offsetowej. Dotychczasowa praktyka również przemawia za tym, że negocjacje mają kluczowe znaczenie dla ostatecznego kształtu całej umowy. Zgodnie z art. 8 ust. 10 ustawy offsetowej, Minister Obrony Narodowej niezwłocznie przekazuje zamawiającemu informację o zakończeniu negocjacji i zawarciu umowy. Tym samym, zakładanym celem procesu negocjacji jest zawarcie umowy offsetowej. Niemniej jednak negocjacje mogą zakończyć się również fiaskiem, a sytuację taką reguluje art. 8 ust. 12 i 13 ustawy offsetowej. Zgodnie z powołanym przepisem, w przypadku braku porozumienia co do postanowień umowy offsetowej w terminie określonym przez zamawiającego w warunkach postępowania, z przyczyn leżących po stronie zagranicznego dostawcy, Minister Obrony Narodowej informuje zagranicznego dostawcę o wykluczeniu go z postępowania. Za przyczynę leżącą po stronie zagranicznego dostawcy uznaje się w szczególności niezgodność proponowanych przez zagranicznego dostawcę postanowień umowy offsetowej z wymaganiami, o których mowa w art. 8 ust. 3 pkt 1, tj. wymaganiami dotyczącymi utrzymania lub ustanowienia na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej potencjału w zakresie zdolności produkcyjnych, serwisowych i obsługowo-naprawczych, a także innych niezbędnych z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W braku porozumienia co do postanowień umowy offsetowej Minister Obrony Narodowej może zatem zakończyć negocjacje bez zawierania umowy offsetowej. Dalej zgodnie z art. 8 ust. 13 ustawy offsetowej, konsekwencją powyższego jest dalsze prowadzenie postępowania przy zastosowaniu procedury określonej w ust. 8-12 tego artykułu, przy czym negocjacje są prowadzone z zagranicznym dostawcą, który przedstawił kolejną najkorzystniejszą ofertę zgodnie z oceną zamawiającego. W takiej sytuacji proces negocjacji rozpoczyna się od nowa z zagranicznym dostawcą, którego oferta na dostawę (przy uwzględnieniu oceny oferty offsetowej) została uznana za najlepszą, zaraz po ofercie zagranicznego dostawcy, z którym negocjacje zostały zerwane.

Kończąc rozważania w powyższym zakresie należy jeszcze powołać art. 7 ust. 3 zd. 2 ustawy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem, zawarcie umowy nie może nastąpić na warunkach mniej korzystnych niż określone w ofercie offsetowej. Przepis ten jednoznacznie odnosi się do treści umowy offsetowej i ogranicza swobodę stron w zakresie prowadzonych negocjacji. Opisana wcześniej oferta offsetowa stanowi zatem niezbędne minimum tego, co może być owocem prowadzonych przez strony negocjacji. Intencja ustawodawcy wydaje się oczywista. Chodzi o uniknięcie sytuacji, gdy podmiot, którego oferta na dostawę została uznana za najlepszą (m.in. w wyniku oceny jego oferty offsetowej), następnie wycofuje się ze swojego stanowiska dotyczącego offsetu. Możliwość wycofania się ze złożonej oferty offsetowej, której ocena stanowiła podstawę dla wyboru zagranicznego dostawcy, prowadziłaby do pokrzywdzenia podmiotów konkurencyjnych, które również ubiegały się o udzielenie zamówienia. Dodatkowo taki przepis chroni Skarb Państwa przed niełojalnym zachowaniem zagranicznego dostawcy, który chciałby się wycofywać z wcześniej danych obietnic. Praktycznym problemem jest jednak wyznaczenie zakresu związania art. 7 ust. 3 zd. 2 ustawy offsetowej. Regulację tę trudno jednoznacznie zinterpretować. Po pierwsze, problemem w tym zakresie może być sama konstrukcja offsetu w Polsce oparta o treść art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, który nakazuje stosować offset wyłącznie w wyjątkowych okolicznościach, gdy jest to niezbędne z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Nakaz oceny wystąpienia okoliczności uzasadniających stosowanie klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE w zasadzie na każdym etapie stosowania offsetu w Polsce oznacza, że może dojść do sytuacji, gdy zobowiązanie offsetowe zaoferowane przez zagranicznego dostawcę okaże się zbędne. W tym przypadku, zgodnie z prawem unijnym, Skarb Państwa jest wręcz zobowiązany do rezygnacji ze stosowania offsetu we wskazanym zakresie. Powstaje zatem pytanie, jak pogodzić tę zasadę z omawianym przepisem ustawy. Wydaje się, że należy wyklądać ten przepis w sposób zapewniający realizację jego celu. Powinien on znaleźć zastosowanie przede wszystkim w trybie konkurencyjnym. W tym bowiem przypadku chodzi nie tylko o ochronę słuszych interesów Skarbu Państwa – w tym ochrony przed niełojalnym zachowaniem drugiej strony – lecz również o ochronę słuszych interesów podmiotów ubiegających się o udzielenie zamówienia. Powyższe oznacza, że art. 7 ust. 3 zd. 2 ustawy offsetowej powinien znaleźć głównie zastosowanie w odniesieniu do tych elementów oferty

offsetowej, za które zagraniczny dostawca uzyskał dodatkowe punkty przy wyborze jego oferty na dostawę. W pozostałym zakresie, tj. w szczególności w odniesieniu do innych elementów oferty lub w przypadku negocjacji z jednym zagranicznym dostawcą, to od Skarbu Państwa będzie zależeć, czy wyrazi on zgodę na odejście od poziomu gwarancji wyznaczonych ofertą offsetową.

1.4 Forma i treść umowy offsetowej

Celem negocjacji jest wypracowanie treści umowy offsetowej, która czyni jednocześnie zadość wymaganiom wyznaczonym przepisami prawa. Poza wymaganiami dotyczącymi okresu trwania oraz niezbędnej treści umowy offsetowej, ustawa offsetowa wprowadza wymaganie dotyczące formy tej umowy; zgodnie z art. 14 ust. 2 umowa offsetowa powinna być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności. Rozwiązanie to wydaje się oczywiste ze względu na znaczenie umowy offsetowej dla obrotu prawnego w Polsce. Umowy takie sporządzane są w formie pisemnej w liczbie egzemplarzy odpowiadającej liczbie podmiotów zawierających tę umowę (zazwyczaj chodzi o dwa podmioty – Skarb Państwa i zagranicznego dostawcę). Praktyką jest także, że każdy z egzemplarzy jest podpisywany przez wszystkie podmioty. Nie oznacza to jednak, że inne rozwiązania na gruncie polskiego prawa nie są możliwe. W szczególności, przy zastosowaniu art. 78 § 1 *in fine* k.c., dla zachowania formy pisemnej wystarczająca byłaby wymiana dokumentów obejmujących treść oświadczeń woli, z których każdy jest podpisany przez jedną ze stron lub dokumentów, z których każdy obejmuje treść oświadczenia woli jednej ze stron i jest przez nią podpisany. Rozpatrując kwestię formy umowy offsetowej należy mieć również na uwadze ogólne normy prawa cywilnego, w tym potrzebę zastosowania innych form szczególnych ze względu na przedmiot zobowiązania offsetowego.

Odnosząc się do treści umowy offsetowej, art. 15 ustawy offsetowej wymienia sześć niezbędnych elementów tej umowy:

- 1) określenie stron oraz daty i miejsca jej zawarcia;
- 2) oznaczenie czasu jej obowiązywania;
- 3) oznaczenie jej wartości i wartości poszczególnych zobowiązań offsetowych;
- 4) oznaczenie przedmiotu zobowiązań offsetowych;
- 5) harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych;

- 6) określenie zasad odpowiedzialności za niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązań offsetowych, w tym kar umownych.

Z powyższego wyliczenia wynika, że umowa offsetowa – co oczywiste – powinna zawierać w szczególności postanowienia odnoszące się szczegółowo do treści zobowiązań offsetowych (wartość, przedmiot, harmonogram wykonania zobowiązań offsetowych). Szczegółowy opis zobowiązań offsetowych jest w praktyce umieszczany w specjalnym załączniku zwanym Specyfikacją Zobowiązań Offsetowych. Załącznik ten stanowi kluczową część całej umowy, gdyż określa jej przedmiot. Ponadto umowa offsetowa powinna również określać czas obowiązywania umowy oraz jej łączną wartość. Umowa offsetowa zawiera także typowe elementy dla umów, takie jak oznaczenie stron umowy oraz wskazanie daty i miejsca jej zawarcia; umowa ta określa również zasady odpowiedzialności kontraktowej. Powyższe wyliczenie ma charakter otwarty.

Artykuł 14 ust. 1 ustawy offsetowej normuje kwestie dotyczące czasu trwania umowy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem, Minister Obrony Narodowej określa okres wykonania umowy offsetowej, przy czym nie może on przekraczać 10 lat. Sformułowanie ustawowe jest nieprecyzyjne. W istocie okres trwania umowy jest jednym z postanowień umownych, które podlega negocjacom. Nie sposób zaakceptować wniosku, zgodnie z którym Minister, działając w imieniu Skarbu Państwa, określa w drodze jednostronnego oświadczenia woli czas wykonywania umowy offsetowej, bez akceptacji ze strony zagranicznego dostawcy. Jak należy sądzić, intencją ustawodawcy było wyłącznie wskazanie, że to Minister Obrony Narodowej powinien mieć głos decydujący w powyższym zakresie. Na tle art. 14 ust. 1 ustawy offsetowej wątpliwości wywołuje również kwestia, kiedy rozpoczyna się okres wykonywania umowy offsetowej. Można bowiem przyjąć dwie interpretacje tego przepisu. Jedną jest liczenie 10-letniego okresu od dnia wejścia w życie umowy offsetowej. Natomiast drugą z możliwych interpretacji jest liczenie ww. okresu od momentu, gdy następuje rozpoczęcie wykonywania zobowiązań offsetowych. Powyższy problem ma doniosłe znaczenie praktyczne, gdyż moment wejścia w życie umowy offsetowej oraz chwilę rozpoczęcia wykonywania zobowiązań offsetowych dzieli często długi okres (nawet więcej niż rok). Powyższe wynika z faktu, że przedmiotem zobowiązań offsetowych są często wrażliwe technologie, w odniesieniu do których obrót zagraniczny jest obostrzony licznymi ograniczeniami eksportowymi

kraju offsetodawcy. Często też brak jest możliwości wystąpienia o zgody eksportowe przed datą wejścia w życie umowy offsetowej, która stanowi podstawę przekazania tej technologii. Wykładnia celowościowa wspomnianego przepisu przemawia za drugą z możliwych interpretacji. Intencją ustawodawcy było bowiem ustanowienie ram czasowych dla wykonania obowiązków wynikających z zobowiązań offsetowych, tak aby efekt tych zobowiązań został osiągnięty w odpowiednim czasie. Jeżeli nie jest możliwe rozpoczęcie wykonywania zobowiązań offsetowych – przykładowo ze względu na zakazy eksportowe obowiązujące w kraju offsetodawcy – niecelowe jest skracanie założonego przez strony terminu potrzebnego na wykonanie zobowiązania offsetowego. Zazwyczaj w chwili zawierania umowy offsetowej nie można określić precyzyjnie, kiedy wszystkie niezbędne przeszkody prawne zostaną przezwyciężone, tak aby możliwe było rozpoczęcie wykonywania zobowiązań offsetowych. Niecelowa byłaby zatem wykładnia przepisów ustawy, która prowadziłaby do potencjalnego skrócenia uzgodnionego okresu wykonywania zobowiązań offsetowych (np. obejmujących długotrwałą asystę techniczną). Sformułowanie ustawowe „okres wykonywania umowy offsetowej” zdaje się przy tym kłaść nacisk na okres, w którym faktycznie możliwe jest spełnianie uzgodnionych świadczeń²⁷⁰.

Przechodząc do dalszych kwestii należy wskazać, że zgodnie z art. 22 ustawy offsetowej prawem właściwym dla umowy offsetowej jest prawo polskie. Powyższy przepis rozwiewa zatem wątpliwości wynikające z tego, że zawierana umowa jest ściśle związana z obrotem międzynarodowym. Ustawa offsetowa nie odnosi się natomiast do języka umowy offsetowej oraz do sposobu rozstrzygania sporów. W pierwszej kwestii odpowiednie rozwiązanie dostarcza ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim²⁷¹. Zgodnie z art. 5 ust. 1 i 2 tej ustawy, podmioty wykonujące zadania publiczne na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej dokonują wszelkich czynności urzędowych oraz składają oświadczenia woli w języku polskim, chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej. Powyższy przepis stosuje się odpowiednio także do oświadczeń woli składanych ww. organom. Co się tyczy natomiast sposobu rozstrzygania sporów, należy uznać, że strony,

²⁷⁰ Dawna ustawa offsetowa posługiwała się sformułowaniem „okres realizacji umowy offsetowej” (art. 12 ust. 1 dawnej ustawy offsetowej).

²⁷¹ T.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1480.

negocjując umowę offsetową, mają swobodę kształtowania swoich stosunków prawnych w tym zakresie, tym samym możliwe jest poddanie rozstrzygnięcia sporów polskiemu sądownictwu powszechnemu, jak również sądom arbitrażowym (drugie z powyższych rozwiązań było dotychczas częściej stosowane).

1.5 Wejście w życie umowy offsetowej

W razie dojścia do porozumienia pomiędzy Skarbem Państwa i zagranicznym dostawcą, negocjacje kończą się zawarciem umowy offsetowej. Skarb Państwa, zgodnie z art. 7 ust. 3 ustawy offsetowej, reprezentowany jest przy zawieraniu umowy offsetowej przez Ministra Obrony Narodowej. Zgodnie z powołanym przepisem, zawarcie umowy offsetowej poprzedzone jest zasięgnięciem opinii Komitetu Offsetowego, przy czym ustawa nie wymaga, aby ta opinia była pozytywna. Do zawarcia umowy dochodzi poprzez złożenie podpisów pod egzemplarzami umowy przez umocowanych reprezentantów Skarbu Państwa oraz zagranicznego dostawcy. Sposób zawarcia umowy offsetowej nie różni się zatem od techniki zawierania umów powszechnie występujących w obrocie prawnym. Specyficznym rozwiązaniem przyjętym przez ustawodawcę w przypadku umów offsetowych jest oddzielenie chwili zawarcia umowy offsetowej od momentu jej wejścia w życie. Zgodnie bowiem z art. 29 ustawy offsetowej, wejście w życie umowy offsetowej wymaga zatwierdzenia przez Radę Ministrów. W praktyce oznacza to, że dokument umowy offsetowej przedkładany jest po jego podpisaniu Radzie Ministrów, która następnie umowę tę akceptuje. Wydaje się, że zatwierdzenie umowy przez Radę Ministrów ma charakter warunku prawnego, od ziszczenia którego uzależnione jest wejście w życie umowy offsetowej. Za warunek prawny (*conditio iuris*) uważa się formułowane przez prawo przesłanki skuteczności czynności prawnej²⁷². Są to zatem wszelkie wymagania prawne, bez ziszczenia których czynność prawna nie dochodzi do skutku. Podobnie jak w przypadku warunku opisanego w art. 89 k.c., warunki prawne zazwyczaj charakteryzuje niepewność co do wystąpienia zdarzenia przyszłego. Różnica między obiema postaciami warunków tkwi jednak w źródłach, które nadają im moc wiążącą. Podczas gdy warunki prawne czerpią swą moc z obowiązującego porządku prawnego,

²⁷² A. Janas, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. M. Frasz, M. Habdas, t. I, LEX 2018, art. 89, nt 2; B. Giesen, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. P. Księżak, M. Pyziak-Szafniacka LEX 2014, art. 89, nt 68-75.

warunki, o których mowa w art. 89 k.c., obowiązują z mocy woli stron dokonujących czynności prawnej. Warunki prawne mają zróżnicowany charakter, a ustawa offsetowa nie wyjaśnia w szczegółowy sposób znaczenia zatwierdzenia umowy offsetowej dokonywanego przez Radę Ministrów.

Treść art. 29 ustawy offsetowej nie wyklucza wprowadzenia dodatkowych przesłanek wejścia w życie umowy offsetowej; wykluczona jest jednak sytuacja, w której umowa offsetowa miałaby wejść w życie przed jej zatwierdzeniem przez Radę Ministrów. Pojawić się może w tym miejscu pytanie, jaka jest sytuacja prawna przed wejściem w życie umowy. Opowiedzieć należy się za poglądem, zgodnie z którym umowa offsetowa, która została zawarta, lecz nie uzyskała jeszcze akceptacji ze strony Rady Ministrów, znajduje się w zawieszeniu, tj. istnieje ona w obrocie prawnym, lecz nie wywołuje skutków prawnych. W analizowanym obszarze zasadnym wydaje się odpowiednie stosowanie art. 63 k.c. Powołany przepis reguluje sytuację, gdy do dokonania czynności prawnej potrzebna jest zgoda osoby trzeciej. W takim przypadku osoba ta może wyrazić zgodę także przed złożeniem oświadczenia przez osoby dokonujące czynności albo po jego złożeniu. Zgoda wyrażona po złożeniu oświadczenia ma moc wsteczną. W przepisie tym ustawodawca posługuje się sankcją bezskuteczności zawieszony²⁷³. Kompetencja przysługująca osobie trzeciej w stosunku do tzw. czynności kulejącej polega na możliwości ostatecznego określenia jej losów. Osoba trzecia może więc:

- 1) potwierdzić czynność, w wyniku czego czynność ta staje się w pełni ważna i skuteczna;
- 2) odmówić potwierdzenia czynności, w wyniku czego czynność staje się bezwzględnie nieważna z mocą wsteczną;
- 3) powstrzymać się od decyzji, w wyniku czego czynność pozostaje w dalszym ciągu *negotium claudicans*, przynajmniej do czasu podjęcia aktywności przez stronę czynności w przedmiocie wyznaczenia odpowiedniego terminu lub do czasu upływu terminu wyznaczonego ustawą (bezczynność).

Stan bezskuteczności zawieszonyj polega zatem na tym, że osoby, które złożyły oświadczenia woli, są związane czynnością niepełną w ten sposób, że żadna z nich

²⁷³ M. Gutowski, *Kodeks Cywilny. Komentarz*, red. M. Gutowski, t. I, Legalis 2018, art. 63.

nie może cofnąć swego oświadczenia woli. Czynność nie wywołuje jeszcze skutków prawnych, lecz w przypadku jej potwierdzenia będzie wywoływać te skutki od chwili złożenia oświadczeń woli przez strony. Brak szczegółowych regulacji ustawowych, które pozwoliłyby zrekonstruować w sposób autonomiczny charakter zatwierdzenia dokonywanego przez Radę Ministrów na gruncie ustawy offsetowej, pozwala posiłkować się w drodze analogii art. 63 k.c. Gdy chodzi o odmienności, należy w pierwszej kolejności wskazać, że Rada Ministrów nie jest osobą trzecią względem Skarbu Państwa będącego stroną umowy offsetowej. Rada Ministrów jest odrębnym od Ministra Obrony Narodowej organem władzy publicznej, a tym samym jest organem reprezentującym ten sam podmiot, jakim jest Skarb Państwa. Pozycja Rady Ministrów zatwierdzającej umowę offsetową zbliżona jest zatem bardziej do pozycji odrębnego organu osoby prawnej. Ta odmienność nie wyklucza jednak odpowiedniego stosowania art. 63 k.c.; w braku przepisów dotyczących formy, czasu i skutków wyrażenia woli przez organ osoby prawnej na czynność, której stroną jest ta osoba prawna, art. 63 k.c. może być stosowany w drodze analogii²⁷⁴. Wydaje się zatem, że zachowanie Rady Ministrów może wywierać tożsame skutki prawne dla umowy offsetowej z występującymi na gruncie art. 63 k.c. Należy w tym miejscu wskazać, że zatwierdzenie przez Radę Ministrów umowy offsetowej powinno nastąpić po jej zawarciu. Tym samym trudno zaakceptować na gruncie obecnej regulacji „zatwierdzenie” umowy, która nie została jeszcze zawarta. Ponadto należy pamiętać, iż zgodnie z art. 29 ustawy offsetowej umowa offsetowa nie może wejść w życie przed jej zatwierdzeniem przez Radę Ministrów.

Przepisem ustawy, który wprowadza szczególne unormowanie statusu umowy offsetowej przed jej wejściem w życie, jest art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem umowa dostawy nie może być zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej. Powyższe oznacza, że umowa offsetowa musi zgodnie z prawem nie tylko istnieć w obrocie prawnym (być zawarta), lecz również wywoływać skutki prawne jeszcze przed zawarciem umowy dostawy. Inne rozwiązanie zostało przyjęte na gruncie dawnej ustawy offsetowej, gdzie przepis regulujący tę problematykę brzmiał w następujący sposób: umowa dostawy nie może być zawarta przed datą

²⁷⁴ P. Sobolewski, *Kodeks...*, art. 63, nb 1.

zawarcia umowy offsetowej (art. 8 ust. 12 dawnej ustawy offsetowej). Wydaje się, że przyjęte na gruncie obecnej ustawy rozwiązanie jest bardziej uzasadnione. Wynika to z faktu, że zawarcie umowy dostawy przed zatwierdzeniem przez Radę Ministrów umowy offsetowej powodowałoby, że zatwierdzenie miałoby wymiar czysto iluzoryczny. Fakt niejednokrotnego zawierania umów dostawy na prawie obcym oraz niekiedy brak kontroli nad treścią umów dostawy (przykładowo umów zawieranych w trybie procedury FMS), mógłby powodować znaczne trudności przy odstąpieniu od umowy dostawy, na wypadek braku akceptacji umowy offsetowej przez Radę Ministrów. Tym samym obecnie przyjęte rozwiązanie w większym stopniu zabezpiecza interesy Skarbu Państwa. Na koniec tej części rozważań należy omówić zasygnalizowany już wcześniej problem związany z tym, że umowa offsetowa wchodzi w życie przed zawarciem umowy dostawy, od której to istnienia zależy byt prawny umowy offsetowej. Celem rozwiązania problemów mogących się pojawić na tym gruncie (przykładowo ze względu na niechęć zagranicznego dostawcy do realizowania umowy offsetowej przed zawarciem umowy dostawy), należy posłużyć się rozwiązaniem, gdzie termin rozpoczęcia wykonywania zobowiązań offsetowych jest określony w taki sposób, że nie jest on związany wyłącznie z terminem wejścia w życie umowy offsetowej, lecz np. z chwilą zawarcia umowy dostawy. Umowa offsetowa wywołuje tym samym skutki prawne od chwili jej zatwierdzenia przez Radę Ministrów, lecz termin wykonania zobowiązań nie rozpoczyna swojego biegu do czasu, aż ziszczą się wszystkie uzgodnione przez strony przesłanki; chodzi w szczególności o zawarcie umowy dostawy oraz uzyskanie niezbędnych zgód eksportowych przez offsetodawcę. W takim wypadku (maksymalnie) 10-letni termin, o którym mowa w art. 14 ust. 1 ustawy offsetowej, rozpocznie swój bieg z upływem pierwszego z uzgodnionych przez stronę terminów wykonania zobowiązań offsetowych.

2. Zmiana umowy offsetowej

Opisując proceduralne aspekty ustawy offsetowej należy odnieść się do przypadku zmiany umowy offsetowej oraz określić specyfikę regulacji ustawowych w tym zakresie. Jak wynika z ogólnych zasad prawa cywilnego, stronom przysługuje kompetencja do modyfikowania stosunku umownego. Zgodnie bowiem z wyrażoną w art. 353¹ k.c. zasadą swobody umów, uprawnienie stron co do określenia treści zawieranej umowy nie ogranicza się wyłącznie do umowy nowo zawieranej,

lecz obejmuje również kształtowanie treści już istniejącego stosunku prawnego, przez jego zmianę (tj. zawarcie umowy zmieniającej), czy nawet rozwiązanie tego stosunku²⁷⁵. Stosunkowo kontrowersyjnym zagadnieniem jest to, czy strony umowy offsetowej przysługuje swoboda w zakresie dokonywania zmian umowy offsetowej. Gdy chodzi o przepisy ustawy offsetowej stanowiące o zmianie umowy offsetowej, należy w pierwszej kolejności powołać art. 3 ust. 3. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku zmiany zakresu umowy dostawy należy odpowiednio stosować ust. 1 i 2 tego artykułu, tj. zagraniczny dostawca także w takim przypadku ma obowiązek zawarcia umowy offsetowej na zasadach określonych w ustawie oraz strony nie mogą od tej umowy odstąpić. Przepis ten wyraża w istocie zasadę, zgodnie z którą reguły obowiązujące przy zawieraniu umowy offsetowej znajdują odpowiednie zastosowanie w przypadku zmiany umowy offsetowej ze względu na zmianę umowy dostawy. Niewątpliwie w takim przypadku Skarb Państwa i zagraniczny dostawca muszą przeprowadzić negocjacje i zaakceptować modyfikacje uzgodnionego wcześniej stosunku umownego. Rozwinięcie powyższej reguły zawiera art. 10 ustawy offsetowej. Zgodnie z ust. 1 tego przepisu, zamawiający zawiadamia Ministra Obrony Narodowej o każdej istotnej zmianie umowy dostawy. W takim przypadku odpowiednie zastosowanie znajduje art. 8 ust. 1 ustawy offsetowej (przepis stanowiący o obowiązku informacyjnym) oraz art. 8 ust. 11 ustawy offsetowej, zgodnie z którym umowa dostawy nie może być zawarta przed datą wejścia w życie umowy offsetowej. Zgodnie z art. 10 ust. 2 ustawy offsetowej w przypadku zmiany, o której mowa powyżej, Minister Obrony Narodowej, po zasięgnięciu opinii Komitetu Offsetowego, podejmuje decyzję w sprawie zmiany umowy offsetowej. Z zestawienia powyższych przepisów wynika, że dokonanie istotnej zmiany umowy dostawy wymaga uprzedniego wejścia w życie zmiany umowy offsetowej. Oczywiście może pojawić się w tym przypadku wątpliwość, co należy rozumieć pod pojęciem istotnej zmiany umowy dostawy. Ze względu na powiązanie przedmiotu umowy offsetowej z przedmiotem umowy dostawy (o czym szerzej w rozdziale piątym) należy przyjąć, że istotną z punktu widzenia ustawy offsetowej zmianą jest przede wszystkim zmiana przedmiotu lub harmonogramu realizacji umowy dostawy. Zbędne z perspektywy procedury

²⁷⁵ K. Osajda, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, art. 353¹, nb 30.

offsetowej byłoby natomiast informowanie Ministra Obrony Narodowej o kwestiach niemających znaczenia dla kształtowania się zobowiązań offsetowych. Niemniej jednak ustawodawca pozostawia tu pewną swobodę zamawiającemu, gdyż to on będzie decydować o tym, czy planowaną zmianę umowy dostawy uzna za istotną.

Gdy chodzi o zmianę umowy offsetowej należy jeszcze wskazać na art. 21 ustawy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem, w przypadku istotnej zmiany okoliczności w czasie wykonywania umowy offsetowej może nastąpić zmiana offsetobiorcy, offsetodawcy, przedmiotu, wartości oraz terminu wykonania poszczególnych zobowiązań offsetowych lub może dojść do zastąpienia danego zobowiązania offsetowego nowym zobowiązaniem offsetowym lub nowymi zobowiązaniami offsetowymi. Tym samym ustawodawca wprowadza drugi, obok zmiany umowy dostawy, przypadek umożliwiający zmianę umowy offsetowej. Przesłanką dokonania zmian w tym przypadku jest „istotna zmiana okoliczności”. Jednocześnie ustawodawca wprowadził katalog zmian, które mogą nastąpić w jej wyniku. Zmianie ulec mogą zatem wszystkie elementy pierwotnie uzgodnionego zobowiązania offsetowego, jak również może dojść do zastąpienia tego zobowiązania nowym albo nowymi zobowiązaniami. Artykuł 21 ustawy offsetowej nakazuje jednocześnie odpowiednie stosowanie następujących przepisów: art. 3 ust. 2, art. 5, art. 7–11, art. 13 i art. 14 ust. 2 ustawy offsetowej. Powyższe przepisy odnoszą się do następujących kwestii:

- 1) zakazu odstąpienia od umowy offsetowej (art. 3 ust. 2 ustawy offsetowej);
- 2) zasad ustalania wartości zmienionej umowy offsetowej (art. 5 ustawy offsetowej);
- 3) zasad zawierania umowy offsetowej (art. 7-11 ustawy offsetowej);
- 4) reguł zaliczania zobowiązań offsetowych na poczet umowy (art. 13 ustawy offsetowej) oraz;
- 5) formy, w jakiej powinna nastąpić zmiana umowy offsetowej (art. 14 ust. 2 ustawy offsetowej).

Powyższe odesłanie nie wydaje się prawidłowe, gdyż pominięto w nim wiele przepisów, które powinny znajdować zastosowanie, podczas gdy przykładowo odesłanie do art. 7-11 wydaje się zbyt szerokie. Niemniej jednak intencją ustawodawcy jest szerokie odesłanie do przepisów ustawy offsetowej stanowiących o zawieraniu tej umowy. Istotną okolicznością, na którą należy zwrócić uwagę, jest to, że art. 21

ustawy offsetowej nie odsyła do art. 29 ustawy offsetowej, zgodnie z którym wejście w życie umowy offsetowej uzależnione jest od zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Taka też była praktyka obowiązująca na gruncie dawnej ustawy offsetowej, zgodnie z którą zmiana treści zobowiązań w opisanym przypadku nie angażowała Rady Ministrów.

W konsekwencji ustawa offsetowa dopuszcza w istocie dwojakiego rodzaju zmiany umowy offsetowej. Pierwsza wynika z ogólnej zasady dopuszczalności dokonywania zmian umowy przez jej strony, z tym jednak zastrzeżeniem, że w wyniku zmiany umowy offsetowej nie może dojść do jej unicestwienia – na co wydaje się wskazywać przepis mówiący o braku możliwości odstąpienia od umowy offsetowej. Przyczyną modyfikacji umowy offsetowej może być zmiana umowy dostawy. Wydaje się jednak, że strony nie powinny być ograniczane w powyższym zakresie. Umowa offsetowa dotyczy długotrwałej kooperacji, w trakcie której może zaistnieć potrzeba zmiany postanowień umownych niewynikających ze zmiany umowy dostawy. W takim przypadku należy opowiedzieć się za możliwością zmiany umowy offsetowej przy zachowaniu tych samych reguł, które obowiązują w przypadku zawarcia samej umowy offsetowej. Drugim z trybów dokonywania zmiany umowy offsetowej jest uproszczony tryb przewidziany w art. 21 ustawy offsetowej. Tryb ten dopuszcza wyłącznie zmianę offsetobiorcy, offsetodawcy, przedmiotu, wartości oraz terminu wykonania poszczególnych zobowiązań offsetowych, jak również zastąpienie danego zobowiązania offsetowego nowym zobowiązaniem offsetowym lub nowymi zobowiązaniami offsetowymi (czyli zmianę lub zastąpienie zobowiązań offsetowych). Na mocy powyższego przepisu brak jest uzasadnienia dla dokonywania modyfikacji innych postanowień umownych. Uproszczenie tego trybu polega m.in. na tym, że nie jest potrzebne zatwierdzenie przez Radę Ministrów. W tym miejscu należałoby zastanowić się, czy opisana w art. 3 i 10 zmiana umowy offsetowej spowodowana zmianą umowy dostawy wymaga zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Na zadane pytanie trudno odpowiedzieć w sposób jednoznaczny. Niemniej jednak, porównując sposób sformułowania art. 10 oraz art. 21 ustawy offsetowej, można dojść do przekonania, że w art. 10 ustawy offsetowej ustawodawca odesłał wyłącznie do najistotniejszych przepisów ustawy, podczas gdy w art. 21 chodziło o odesłanie do wybranych i precyzyjnie wskazanych przepisów, w celu wprowadzenia uproszczonego trybu dokonywania zmian w obrębie zobowiązań offsetowych.

Tym samym należałoby stwierdzić, że zmiana umowy offsetowej, o której mowa w art. 10 ustawy offsetowej, musi być zatwierdzona przez Radę Ministrów.

3. Wygaśnięcie umowy offsetowej

Stosunek prawny wynikający z umowy offsetowej może zostać zakończony w drodze różnych zdarzeń prawnych. Podstawowym i preferowanym przez ustawodawcę sposobem zakończenia tego stosunku prawnego jest należyte wykonanie wszystkich zobowiązań objętych umową offsetową. Spełnienie świadczeń w sposób nierodzący odpowiedzialności kontraktowej powinien być zawsze celem wszystkich podmiotów zaangażowanych w procedurę offsetową. Ustawa offsetowa w sposób zasadniczy reguluje właśnie przypadek należytego wykonania zobowiązań offsetowych oraz zawiera szereg regulacji zmierzających do stwierdzenia tego stanu rzeczy. Minister Obrony Narodowej, zgodnie z art. 28 ustawy offsetowej, sprawuje nadzór nad wykonywaniem umów offsetowych. Artykuł 16 ustawy offsetowej, będący pierwszym przepisem odnoszącym się bezpośrednio do procesu wykonywania zobowiązań offsetowych, reguluje kwestie dotyczące składania sprawozdań oraz informacji ustawowych Ministrowi Obrony Narodowej. Artykuł 16 ust. 1 ustawy offsetowej wskazuje, że zagraniczny dostawca, który zawarł umowę offsetową, przekazuje Ministrowi Obrony Narodowej sprawozdanie z wykonania zobowiązań offsetowych za rok poprzedni w terminie do dnia 31 marca każdego roku. Następnie art. 16 ust. 2 ustawy offsetowej stanowi, że Minister Obrony Narodowej ma prawo żądać w każdym czasie od zagranicznego dostawcy informacji o stopniu wykonania zobowiązań offsetowych. Ponadto, zgodnie z art. 16 ust. 3 ustawy offsetowej, offsetobiorca ma obowiązek udzielać Ministrowi Obrony Narodowej, na jego żądanie, informacji o wykonaniu zobowiązań offsetowych. W przypadku wykonania zobowiązania offsetowego, zagraniczny dostawca, zgodnie z art. 13 ust. 1 ustawy offsetowej, składa Ministrowi Obrony Narodowej wniosek o zaliczenie zobowiązania offsetowego na poczet umowy offsetowej. Wniosek ten powinien zostać złożony nie później niż w terminie 90 dni od daty wykonania zobowiązania offsetowego, którego wniosek ma dotyczyć. Powinien on zawierać elementy identyfikujące dane zobowiązanie offsetowe (oznaczenie i przedmiot), opisywać okoliczności wykonania tego zobowiązania (termin, zakres i sposób wykonania), jak również zawierać oświadczenie offsetodawcy o wykonaniu zobowiązania offsetowego zgodnie z umową offsetową (art. 13 ust. 2).

Dodatkowo, zgodnie z art. 13 ust. 3 ustawy offsetowej, zagraniczny dostawca dołącza do wniosku oświadczenie offsetobiorcy o wykonaniu zobowiązania offsetowego. W dalszej części art. 13 ustawy offsetowej wskazano konsekwencje nieprzedstawienia wniosku w sposób wymagany prawem. Jeżeli wniosek nie spełnia wymagań dotyczących treści lub nie dołączono doń wymaganych oświadczeń (art. 13 ust. 2 i 3 ustawy offsetowej), wówczas Minister Obrony Narodowej, w terminie 14 dni od daty wpłynięcia wniosku, wzywa zagranicznego dostawcę do uzupełnienia wniosku wyznaczając w tym celu termin nie dłuższy niż 30 dni. Jeżeli natomiast wniosek został złożony po terminie, o którym mowa w art. 13 ust. 1 ustawy offsetowej albo wniosek nie został uzupełniony w wyznaczonym terminie, Minister Obrony Narodowej pozostawia wniosek bez rozpoznania. Charakter sankcji przewidzianej w ustawie offsetowej za niezłożenie wniosku w terminie lub jego nieuzupełnienie w należyty sposób jest bardzo problematyczny, gdyż pojawia się pytanie, co należy rozumieć przez pozostawienie wniosku bez rozpoznania w przypadku gdy zobowiązanie zostało należycie wykonane, a jedynie czynności następcze, tj. czynności związane ze skwitowaniem zobowiązania, zostały nienależycie wykonane. Ustawodawca niewątpliwie chciał zmobilizować zagranicznego dostawcę, aby wszelkie czynności dotyczące procesu zaliczania następowały bez zbędnej zwłoki. Niemniej jednak, zastanawiając się nad konsekwencjami niedochowania terminów wyznaczonych w art. 13 ustawy offsetowej, należy się opowiedzieć za poglądem, że zaliczenie wykonania zobowiązania offsetowego stanowi wyłącznie czynność pokwitowania wykonania tego zobowiązania, a proces zaliczenia wykonania – w tym należyte złożenie wniosku o jego zaliczenie – nie stanowi elementu samego zobowiązania. Wskazuje na to jednoznacznie treść ustawy, zgodnie z którą wniosek o zaliczenie następuje po wykonaniu zobowiązania offsetowego. Tym samym ustawodawca odwołał się tutaj do szczególnego rodzaju instytucji pokwitowania, która w sposób ogólny została uregulowana w art. 462 k.c. Pokwitowanie rozumiane jest jako oświadczenie wiedzy, mające charakter potwierdzenia faktów. Pokwitowanie nie wpływa na ukształtowanie stosunku zobowiązaniowego. Jego funkcją jest ułatwienie dłużnikowi udowodnienia, że spełnił świadczenie²⁷⁶. Należy uznać, że przewidziane w ustawie

²⁷⁶ R. Morek, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, art. 462, nb 5.

offsetowej rozwiązanie jest co do zasady słuszne, nieadekwatna jest natomiast ustalona przez ustawodawcę sankcja. Ustawodawca mógł osiągnąć efekt mobilizujący wskazanego przepisu, pozwalając stronom na wynegocjowanie stosownych kar umownych, bez wprowadzania wątpliwego rygoru pozostawienia wniosku bez rozpoznania. Zgodnie z literalnym brzmieniem art. 13 ust. 5 ustawy offsetowej, w przypadku gdy zobowiązanie jest w pełni wykonane, lecz wniosek został złożony po upływie 90 dniowego terminu, należałoby uznać, że umowa offsetowa znalazła się w prawnej próżni. Z jednej strony nie byłoby możliwe zaliczenie wykonania zobowiązania offsetowego, a tym samym całej umowy offsetowej, ze względu na brak stosownego wniosku w tym zakresie. Z drugiej jednak strony nie byłoby również możliwe naliczanie kar umownych z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania offsetowego, gdyż te zobowiązania zostały należycie wykonane w terminie, a wyłącznie czynności następcze, o charakterze porządkowym, nie zostały w odpowiedni sposób dopełnione przez dłużnika. Z powyższego impasu można wyjść jedynie, jeżeli przyjmiemy, iż Skarb Państwa powinien wówczas dokonać kontroli wykonania zobowiązania offsetowego z urzędu, tj. pomimo braku wniosku zagranicznego dostawcy. Ustawa offsetowa nie wskazuje jednoznacznie na możliwość dokonywania kontroli wykonania zobowiązania offsetowego pomimo braku wniosku o zaliczenie ze strony zagranicznego dostawcy. Odmienna interpretacja regulacji ustawowej byłaby jednak nieracjonalna, gdyż zagraniczny dostawca mógłby tamować proces kontroli przez swoją bierność. Warty odnotowania w tym zakresie jest, że ustawa reguluje kwestie związane z wnioskami o zaliczenie zobowiązania offsetowego w rozdziale ustawy zatytułowanym zawarcie umowy offsetowej. Pozostałe czynności dotyczące procesu kontroli i zaliczania wykonania zobowiązania są natomiast uregulowane w kolejnym rozdziale zatytułowanym treść i wykonanie umowy offsetowej. Zatem obok wykładni celowościowej, również wykładnia systemowa zdaje się przemawiać za przyjęciem możliwości zaliczenia wykonania zobowiązania, pomimo braku wniosku zagranicznego dostawcy. Na koniec tej części rozważań należy jeszcze powołać art. 13 ust. 6 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej, dokonując oceny wniosku, o którym mowa w ust. 1, może żądać przedstawienia przez zagranicznego dostawcę dodatkowych dokumentów oraz informacji niezbędnych do dokonania oceny zasadności wniosku. Ponadto Minister może zasięgać opinii biegłego rewidenta lub innej osoby niebędącej pracownikiem

urzędu obsługującego Ministra Obrony Narodowej, dysponującej odpowiednią wiedzą specjalistyczną w sprawie wykonania zobowiązania offsetowego. Z mocy art. 17 ust. 1 ustawy offsetowej Minister Obrony Narodowej przeprowadza u offsetobiorcy kontrolę w zakresie prawidłowości wykonania zobowiązań offsetowych, o czym informuje zagranicznego dostawcę. Kolejny ustęp art. 17 oraz cały art. 18 ustawy offsetowej dotyczą aspektów proceduralnych związanych z przeprowadzaniem kontroli, tj. określają w szczególności podmiot przeprowadzający kontrolę, podmiot poddawany kontroli oraz sposób sporządzenia protokołu z kontroli.

Kluczowe znaczenie dla procesu zaliczania zobowiązań offsetowych ma art. 19 ust. 1 ustawy offsetowej, zgodnie z którym Minister Obrony Narodowej, po przeprowadzeniu kontroli oraz po uzyskaniu pozytywnej opinii Komitetu Offsetowego, zalicza wykonanie przez zagranicznego dostawcę zobowiązania offsetowego na poczet wartości umowy offsetowej. W przypadku negatywnych wyników kontroli lub negatywnej opinii Komitetu Offsetowego, zobowiązania offsetowego nie zalicza się. Stwierdzenie wykonania zobowiązania offsetowego następuje w formie protokołu podpisanego przez Ministra Obrony Narodowej oraz zagranicznego dostawcę (art. 19 ust. 2 ustawy offsetowej). Tym samym ustawa uzależnia zaliczenie wykonania zobowiązania offsetowego od dwóch warunków, tj. od przeprowadzenia kontroli oraz od uzyskania opinii Komitetu Offsetowego, która musi mieć charakter pozytywny. Warty odnotowania jest, że powyższy przepis jest jedynym w ustawie offsetowej, który wymaga, aby opinia miała charakter pozytywny. W pozostałych miejscach ustawa wymaga wyłącznie, aby taka opinia została wydana. Praktyka w tym zakresie jest z oczywistych względów odmienna i wyjątkowo rzadko dochodzi do podejmowania decyzji wbrew opinii Komitetu, nawet gdy ustawa nie stawia wymagania uzyskania pozytywnej opinii. Negatywne wyniki kontroli lub negatywna opinia Komitetu Offsetowego nakazują niezaliczenie zobowiązania. Konsekwencje zaliczenia wykonania zobowiązań offsetowych przez zagranicznego dostawcę określa art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej. Zgodnie z tym przepisem umowa offsetowa wygasa, z zastrzeżeniem art. 29 ustawy offsetowej, z dniem stwierdzenia przez Ministra Obrony Narodowej wykonania zobowiązań offsetowych przez zagranicznego dostawcę albo w dniu zapłaty na rzecz Skarbu Państwa kary umownej lub odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. Tym samym ogólną zasadą jest wygaśnięcie umowy offsetowej z dniem

stwierdzenia przez Ministra Obrony Narodowej wykonania zobowiązań offsetowych, przy czym ustawodawca wprowadza jednocześnie analogiczny warunek jak w przypadku wejścia w życie umowy offsetowej, tj., zgodnie z art. 29 ustawy offsetowej, stwierdzenie wykonania umowy offsetowej wymaga również zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Pojawia się zatem pytanie, z jaką datą umowa offsetowa kończy swój byt. Z dniem stwierdzenia wykonania umowy offsetowej przez Ministra Obrony Narodowej, czy też z dniem wydania zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Trudno jest odpowiedzieć na to pytanie w sposób jednoznaczny. Wydaje się, że dniem tym jest, zgodnie z literalnym brzmieniem ustawy, dzień stwierdzenia wykonania zobowiązań offsetowych pod warunkiem prawnym uzyskania zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Jeśli zatem zatwierdzenie Rady Ministrów zostanie uzyskane, umowa offsetowa wygaśnie z datą wsteczną od dnia stwierdzenia wykonania zobowiązań przez Ministra Obrony Narodowej. W przypadku natomiast odmowy zatwierdzenia przez Radę Ministrów należy uznać stwierdzenie wykonania za niebyłe. Dodatkową wątpliwość w tym zakresie budzić może posłużenie się sformułowaniem „stwierdzenie wykonania zobowiązań offsetowych” jako przedmiotu zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Nie jest bowiem jasne, czy chodzi tutaj o stwierdzenie wykonania ostatniego z zobowiązań, o których mowa w art. 19 ustawy offsetowej, czy też o dodatkową czynność podsumowującą wszystkie zaliczenia zobowiązań, które miały miejsce wcześniej. Opierając się na praktyce stosowania offsetu w Polsce należy opowiedzieć się za drugą z koncepcji. Przemawia za tym brzmienie art. 29 ustawy offsetowej, zgodnie z którym zatwierdzane przez Radę Ministrów jest stwierdzenie wykonania umowy offsetowej, przez co należy rozumieć akt podsumowujący etap wykonywania umowy offsetowej. Musi zatem pojawić się oświadczenie Skarbu Państwa podsumowujące realizację umowy offsetowej i stwierdzające wykonanie wszystkich zobowiązań offsetowych. Skoro bowiem Rada Ministrów nie uczestniczy w procesie zaliczania wykonania poszczególnych zobowiązań offsetowych, to trudno uznać, że miałyby ona na końcu zatwierdzić zbiorczo dokonane już na podstawie art. 19 ustawy offsetowej zaliczenie wykonania poszczególnych zobowiązań. W tym miejscu należy odwołać się do praktyki stosowanej w Polsce, zgodnie z którą w pierwszej kolejności zaliczane są zobowiązania offsetowe, a następnie po uzyskaniu wszystkich zaliczeń, zagraniczny dostawca występuje z wnioskiem o zaliczenie całej umowy offsetowej; w wyniku takiego zaliczenia

dochodzi do podpisania protokołu stwierdzającego wykonanie umowy. Taki protokół jest następnie przedmiotem zatwierdzenia przez Radę Ministrów.

Kolejnym rozwiązaniem przewidzianym w art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej, które może prowadzić do wygaśnięcia umowy offsetowej (obok należytego wykonania wszystkich zobowiązań), jest zapłata na rzecz Skarbu Państwa kary umownej lub odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych. Tym samym ustawodawca przewidział, że zapłata kar umownych stanowi substytut wykonania zobowiązań offsetowych, prowadząc do zakończenia umowy offsetowej. W pierwszej kolejności należy wskazać na posłużenie się spójnikiem „albo” rozdzielającym przypadek wykonania zobowiązań od zapłaty kar umownych. Wydaje się, że intencją ustawodawcy było wyłącznie wskazanie, że wygaśnięcie umowy offsetowej następuje konkretnego dnia. Nie może dojść do sytuacji, w której umowa wygasa w różnych terminach, co miałoby miejsce w przypadku gdy część zobowiązań zostanie zaliczona, zaś w odniesieniu do pozostałej części zostanie zapłacona kara umowna. Umowa oczywiście wygaśnie w późniejszej z powyższych dat. Nie wyklucza to sytuacji, gdzie w ramach jednej umowy offsetowej część zobowiązań zostanie wykonana należycie, a w odniesieniu do pozostałych nastąpi zapłata kar umownych. Wyjaśniając z kolei brzmienie art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej w części dotyczącej odszkodowania z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań offsetowych obok kar umownych, przyjąć należy, że ustawodawcy chodzi o przypadek wskazany w art. 23 ust. 4 ustawy offsetowej; zapłata kar umownych nie wyłącza zatem odpowiedzialności odszkodowawczej zagranicznego dostawcy w zakresie przewyższającym wysokość tej kary. Innymi słowy, umowa offsetowa nie powinna wygasnąć przed zaspokojeniem wszystkich roszczeń odszkodowawczych związanych z zobowiązaniami offsetowymi. Należy zasygnalizować, że ustawodawca nie uzależnia wygaśnięcia umowy offsetowej od zapłaty kar umownych, które nie dotyczą wykonania zobowiązań offsetowych (np. uzgodnionych kar o charakterze porządkowym).

Pojawia się wobec powyższego pytanie, co dzieje się z karami umownymi zastrzeżonymi w związku z innymi obowiązkami zagranicznego dostawcy (niezwiązanymi z realizacją zobowiązań offsetowych). Ten problem sprowadza się także do pytania, co w istocie oznacza „wygaśnięcie” umowy, o którym mowa w art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej. Terminem takim ustawodawca posługuje się w k.c.

wielokrotnie, zarówno w odniesieniu do uprawnień lub skorelowanych z nimi obowiązków, jak również w odniesieniu do samego pojęcia umowy. Ustawodawca posługuje się terminem wygaśnięcia m.in. w odniesieniu do umowy kontraktacji (art. 626 § 2 k.c.), umowy leasingu (art. 709⁵ § 1, art. 709⁸ § 5 k.c.), czy też umowy ubezpieczenia (art. 823 § 3 k.c.), stosunku najmu (art. 691 § 3 i 4 k.c.) i zlecenia (art. 747 i art. 748 k.c.). Wygaśnięcie umowy rozumiane jest dość powszechnie jako ustanie jej bytu, przy czym ma ono skutek *ex nunc*²⁷⁷. Analizując treść i kontekst posługiwania się przez ustawodawcę terminem wygaśnięcia umowy na gruncie całego k.c., niewątpliwie chodzi o zakończenie danego stosunku prawnego, w tym zakończenie umowy. Przy czym posłużenie się terminem wygaśnięcia zakłada wcześniejsze istnienie tego stosunku. Podobnie posłużył się tym terminem ustawodawca w art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej. Przepis ten ma na celu uporządkowanie sytuacji prawnej poprzez wskazanie, w którym momencie umowa kończy swój byt prawny. Należy wskazać, że, analogicznie jak ma to miejsce w przypadku innych typów umów, wygaśnięcie umowy offsetowej nie niweczy powstałych wcześniej praw i obowiązków stron. Tym samym nie powstaje tu obowiązek zwrotu przekazanych świadczeń – nie chodzi tutaj bowiem o nieważność ze skutkiem *ex tunc*. Wygaśnięcie umowy nie prowadzi także samo z siebie do wygaśnięcia powstałych na jej gruncie roszczeń, które nie są wymienione w treści art. 23 ust. 1, przykładowo kar umownych, które zostały zastrzeżone przez strony w związku z obowiązkami porządkowymi, jak również roszczeń offsetobiorcy z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązań umownych.

Na koniec tej części rozważań należy wskazać, że art. 23 ust. 1 ustawy offsetowej reguluje wyłącznie dwa przypadki, które zgodnie z poglądami doktryny prowadzą do wygaśnięcia stosunków zobowiązaniowych. Przepis ten odnosi się zatem do przypadku należytego wykonania zobowiązań lub zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych wierzyciela powstałych w wyniku niewykonania lub nienależytego wykonania tych zobowiązań. Powstaje zatem pytanie, czy umowa offsetowa może wygasnąć także w następstwie innych zdarzeń prawnych, które nie mieszczą się w zakresie powyższych dwóch kategorii. Odnosząc się do zdarzeń powodujących wygaśnięcie zobowiązania, wykraczających poza ww. zdarzenia, można powołać dwie

²⁷⁷ A. Nowacki, *Kodeks cywilny. Komentarz*, red. K. Osajda, Legalis 2019, art. 709⁵, nb 1; R. Morek, *Kodeks...*, art. 747, nb 5.

zasadnicze grupy zdarzeń²⁷⁸. Są to zatem z jednej strony sytuacje, w których mimo braku zachowania zgodnego z treścią zobowiązania dochodzi jednak do zaspokojenia interesu wierzyciela (świadczenie w miejsce wykonania, potrącenie, odnowienie, złożenie do depozytu sądowego). Z drugiej strony mogą to być sytuacje, w których ustanie więzi prawnej następuje bez zaspokojenia interesu wierzyciela (zwolnienie z długu; rozwiązanie umowy przez strony; rozwiązanie umowy przez sąd z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków; niemożliwość świadczenia ze względu na okoliczności, za które dłużnik nie odpowiada; śmierć jednej ze stron, w przypadku gdy zobowiązanie ma charakter ściśle osobisty; spełnienie warunku rozwiązującego, dodanego przez strony do treści zobowiązania lub nadejście przewidzianego w umowie terminu zakończenia stosunku prawnego). Odnosząc się do ww. przypadków należy wskazać na kluczową dla tego zagadnienia zasadę rządzącą stosunkami offsetowymi. Pomimo że trudno jest wypowiadać się w sposób generalny o tak szerokim katalogu zdarzeń, to jednak zauważyć trzeba, że ustawa offsetowa ma charakter sformalizowany; jej celem jest zapewnienie trwałości stosunków umownych. Zasadę tę wyraża przede wszystkim art. 3 ust. 2 ustawy offsetowej, zgodnie z którym żadna ze stron nie może odstąpić od umowy offsetowej. Całość regulacji ustawy offsetowej wydaje się nakazywać taką interpretację, która ogranicza możliwość wygaśnięcia zobowiązań wynikających z umowy offsetowej. Odnosząc się do pierwszej kategorii z opisanych wyżej zdarzeń prowadzących do zaspokojenia interesu wierzyciela należy stwierdzić, że trudno jest sobie wyobrazić na gruncie ustawy offsetowej, aby dochodziło do modyfikacji treści zobowiązań offsetowych w inny sposób, aniżeli przez zmianę tych zobowiązań zgodnie z opisanymi we wcześniejszych częściach tego rozdziału zasadami, które regulowane są przede wszystkim w art. 21 ustawy offsetowej. W odniesieniu do drugiej kategorii zdarzeń, wydaje się, że szczególne wątpliwości mogą budzić przypadki wygaśnięcia stosunków zobowiązaniowych w następstwie wyrażenia takiej woli przez strony umowy offsetowej. Przeciwno przyjęciu takiej możliwości przemawia powołany już art. 3 ust. 2 ustawy offsetowej. Jeżeli natomiast chodzi o zdarzenia niezależne od woli stron, nie można z góry wykluczyć możliwości zajścia takich zdarzeń, uwzględniając jednak specyfikę stosunków offsetowych,

²⁷⁸ M. Pyziak-Szafnicka, M. Wilejczyk, [w:] red. A. Olejniczak, *SPP*, t. VI, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018, s. 1562-1563, nb 1.

czyli ich przedmiot oraz podmioty zaangażowane w te stosunki. Gdy chodzi o następczą niemożliwość świadczenia z art. 475 k.c., czy też rozwiązanie umowy przez sąd z powodu nadzwyczajnej zmiany stosunków z art. 357¹ k.c., pojawia się trudna do rozstrzygnięcia wątpliwość, czy w tym przypadku nie należy przyznać pierwszeństwa przepisowi szczególnemu, jakim jest art. 21 ustawy offsetowej. Niewątpliwie art. 21 ustawy offsetowej nakazuje stronom poszukiwanie rozwiązań zmierzających do zachowania w mocy umowy offsetowej.

4. Podsumowanie

W ósmym rozdziale dokonano analizy procesu zawierania umowy offsetowej. Ustawa offsetowa zakłada, że podjęcie decyzji o zastosowaniu offsetu wymaga w pierwszej kolejności objęcia umowy dostawy klauzulą derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, której skutkiem będzie wyłączenie jej z reżimu prawa zamówień publicznych. Następnie decyzja o potrzebie stosowania offsetu podejmowana jest z wykorzystaniem powyższej informacji (o odejściu od wymagań stawianych przez prawo zamówień publicznych) oraz na podstawie uzasadnienia zawarcia umowy offsetowej. Po podjęciu powyższej decyzji następuje proces prowadzący do wyboru zagranicznego dostawcy zwięźzony rozpoczęciem z nim negocjacji. Wyboru zagranicznego dostawcy dokonuje zamawiający przez wyłonienie oferty na dostawę przy uwzględnieniu oceny oferty offsetowej. Do zawarcia umowy offsetowej dochodzi w trybie negocjacji prowadzonych przez Ministra Obrony Narodowej reprezentującego Skarb Państwa przy udziale zagranicznego dostawcy, przy ograniczonym uczestnictwie offsetobiorców oraz offsetodawców. Umowa offsetowa musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, podlega prawu polskiemu, a okres wykonywania zobowiązań offsetowych nie może przekraczać 10 lat. Negocjacje kończą się zawarciem umowy offsetowej, przy czym dla jej wejścia w życie zastrzeżony został warunek prawny w postaci zatwierdzenia umowy przez Radę Ministrów. W trakcie trwania umowy offsetowej może nastąpić jej zmiana w przypadku istotnej zmiany umowy dostawy. Ponadto ustawa przewiduje uproszczony tryb dokonywania modyfikacji zobowiązań offsetowych z powodu istotnej zmiany okoliczności. Umowa offsetowa wygasa przede wszystkim w dwóch sytuacjach, tj. w przypadku należytego jej wykonania lub zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem

zobowiązań offsetowych. Wygaśnięcie umowy offsetowej jest zatwierdzane przez Radę Ministrów.

Rozdział IX Charakter prawny umowy offsetowej

W dziewiątym rozdziale przedstawiono charakterystykę umowy offsetowej z uwzględnieniem dorobku doktryny w zakresie klasyfikacji umów²⁷⁹. W pierwszej kolejności rozprawiono się z powszechną w doktrynie tezą o nazwanym charakterze umowy offsetowej. Następnie podjęto próbę udzielenia odpowiedzi na pytanie, czy wielopodmiotowa struktura stosunków offsetowych umożliwia ukształtowanie umowy offsetowej jako umowy wielostronnej. W dalszej kolejności podjęto analizę kwestii, czy umowa offsetowa może być uznana za umowę zobowiązującą i przysparzającą. Następnie dokonano klasyfikacji umowy offsetowej z punktu widzenia czynności prawnych konsensualnych oraz realnych. Kolejnym podjętym zagadnieniem, które budzi największe wątpliwości w doktrynie, jest kwestia, czy umowa offsetowa może być uznana za umowę kausalną i odpłatną. W końcowej części rozważań umowa offsetowa została przedstawiona jako umowa o zobowiązanie rezultatu oraz umowa swobodnie negocjowana.

1. Umowa nazwana

Pierwszym z podziałów, który należy uwzględnić dokonując charakterystyki umowy offsetowej, jest podział na umowy nazwane i nienazwane. Umowy nazwane charakteryzują się ich unormowaniem przepisami obowiązującego prawa, przy czym unormowanie to może być zamieszczone w dwojakiego rodzaju przepisach. Do pierwszej grupy zaliczyć można umowy, które reguluje k.c. w Księdze trzeciej, tj. części szczegółowej zobowiązań. Drugą grupę tworzą przepisy o umowach zawarte w licznych ustawach pozakodeksowych. Dla uznania umowy za nazwaną niezbędne jest określenie pewnego minimum jej składników, tzn. podmiotów (stron) umowy, jej przedmiotu i treści (czyli praw i obowiązków stron)²⁸⁰. *Essentialia negotii* umowy nazwanej powinny zatem być uregulowane przepisami ustawy, nawet jeśli ich charakter jest dyspozytywny. Przepisy prawa nadają umowom nazwanym specjalne nazwy,

²⁷⁹ Przykładowo: A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 447 i n., nb 39 i n.

²⁸⁰ W. Katner, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018, s. 6-7, nb 10.

a regulacja ich dotycząca jest zawarta w zespole przepisów znajdujących zastosowanie do danej umowy, który został wyodrębniony w ramach danego aktu normatywnego. Ewentualnie przepisy te są przedmiotem regulacji odrębnego aktu prawnego. Pozwala to na odwołanie się do tych regulacji przy ocenie konkretnych stosunków zobowiązaniowych. Wyróżnienie umów nazwanych ma na celu przede wszystkim wskazanie na właściwą dla nich regulację prawną. Zakwalifikowanie danej umowy do określonego typu umowy nazwanej powoduje, że stosuje się do niej zespół przepisów właściwych dla tego rodzaju umowy. Przyjęcie określonego typu umowy nazwanej ułatwia zatem kontrahentom zarówno zawarcie, jak i kształtowanie jej treści²⁸¹. Dopuszczalność zawierania i kształtowania treści umów nienazwanych wynika z kolei z zasady swobody umów. Ich treść nie jest bowiem regulowana przepisami prawa odnoszącymi się do danej postaci umów nazwanych. Przy założeniu, że zachowanie stron umowy mieści się w granicach określonych zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.), treść umowy, nieznannej k.c. albo innej ustawie, może być przez przyszłe strony formułowana wedle ich uznania. W takim przypadku źródłem tworzenia nowych, nieznanych wcześniej stosunków prawnych, jest praktyka gospodarcza i społeczna. Kształtowane przez uczestników obrotu prawnego stosunki umowne mogą być całkowicie odmiennie, mogą odbiegać w większym lub mniejszym stopniu od modelu ustawowego²⁸². Część przedstawicieli doktryny wskazuje przy tym, że umowy nienazwane nie mają ze swej istoty *essentialia negotii*. Wyróżnienie w stosunku prawnym składników przedmiotowo istotnych czyniłoby z umowy określoną normatywnie relację prawną, a tym samym musiałaby ona być traktowana jako umowa nazwana. Dla niektórych umów nienazwanych kształtują się pewne standardy prawne wynikające z lat praktyki zawierania takich umów. Sprawiają one, że umowa dotąd nienazwana zaczyna być traktowana jak umowa nazwana wskutek ujednoczenia się praktyki jej stosowania oraz ukształtowanych w tym zakresie poglądów doktryny oraz judykatury. W następstwie tego procesu, umowa nienazwana zaczyna być traktowana jako odrębny typ umowy (tzw. empiryczny typ umowy)²⁸³. Ponadto należy wskazać, że niekiedy wyróżniane są również tzw. umowy mieszane, które ma charakteryzować

²⁸¹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 420-421 i 450, nb 1-4 i 46.

²⁸² Ibidem, s. 420-421 i 451, nb 1-4 i 47; W. Katner, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 11, nb 17.

²⁸³ W. Katner, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 12, nb 19-20.

powiązanie elementów różnych umów nazwanych w jeden stosunek prawny, którego poszczególne elementy należą do różnych typów umów z przewagą jednego z nich lub o równorzędnym znaczeniu, zaczerpnięte zarówno z umów nazwanych, jak i nienazwanych. Wyróżnienie trzeciego rodzaju umów, tj. umów mieszanych, nie jest jednak powszechnie akceptowane w doktrynie²⁸⁴.

W piśmiennictwie dominuje pogląd, zgodnie z którym umowa offsetowa jest typem umowy nazwanej; pogląd ten reprezentowany jest zarówno na gruncie nowej, jak i dawnej ustawy offsetowej²⁸⁵. Umowa offsetowa niewątpliwie jest przedmiotem zainteresowania ustawodawcy w pozakodeksowym akcie normatywnym, jakim jest ustawa offsetowa. Umowa offsetowa została nazwana i ma swoją legalną definicję w art. 2 pkt 1 ustawy offsetowej. Szczegółowość ustawy offsetowej pozwala wyodrębnić elementy przedmiotowo istotne umowy offsetowej. Ustawa ta zawiera szereg regulacji opisujących podmioty zaangażowane w procedurę offsetową, charakter zobowiązań offsetowych oraz wzajemne uprawnienia i obowiązki stron. Stroną umowy offsetowej mogą być szczególne podmioty (Skarb Państwa i zagraniczny dostawca); szczególny charakter ma także przedmiot umowy offsetowej; jest nim zobowiązanie offsetowe, którego beneficjentem ma być offsetobiorca. Ustawa offsetowa określa, w art. 15, minimalną treść umowy offsetowej, a także szczegółową procedurę zawierania i wykonywania umowy offsetowej. Mając na względzie opisaną wyżej charakterystykę umów nazwanych, a także fakt, iż umowa offsetowa została uregulowana w kompleksowy sposób w ustawie offsetowej, nie może ulegać wątpliwości, że umowa offsetowa powinna być kwalifikowana jako umowa nazwana.

2. Umowa dwustronna

Wobec wielości podmiotów zaangażowanych w procedurę offsetową, o czym mowa była w rozdziale trzecim, należy odpowiedzieć na pytanie, czy umowa offsetowa może mieć charakter umowy wielostronnej, czy też umowa offsetowa jest zawsze umową dwustronną. Z powyższym problemem wiąże się bezpośrednio kwestia,

²⁸⁴ W. Katner, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 13, nb 22-23.

²⁸⁵ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 20; A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajska, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 307, nb 15; W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018, s. 131-132, nb 125; W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 2.

czy w ramach jednej umowy offsetowej może występować więcej aniżeli jeden zagraniczny dostawca. Zgodnie z powszechnie aprobowanym poglądem, do zawarcia umowy dochodzi poprzez złożenie zgodnych oświadczeń woli przez przynajmniej dwie strony²⁸⁶. Stron nie należy jednak utożsamiać wyłącznie z podmiotami uczestniczącymi w umowie, gdyż kilka podmiotów może w konkretnej czynności prawnej stanowić jedną stronę ze względu na wspólny interes, reprezentowany przez nie w danym stosunku prawnym. Pojęcie strony jest ściśle powiązane z istotą stosunku cywilnoprawnego. Skoro bowiem z każdego stosunku cywilnoprawnego wynikają uprawnienia i skorelowane z nimi obowiązki, to konsekwentnie można wyodrębnić stronę uprawnioną i stronę zobowiązaną. W tym sensie stroną może być jeden lub większa liczba podmiotów²⁸⁷. Od umów dwustronnych, gdzie kilka podmiotów może zajmować pozycję jednej strony umowy, należy odróżnić umowy wielostronne. W doktrynie wskazuje się, że cechą wyróżniającą umowy dwustronne jest rola, jaka została wyznaczona stronom w ich wzajemnych relacjach, a nie jedynie fakt pojawienia się dwóch stron. Istota tych umów polega na tworzeniu podstaw do wymiany dóbr i usług. W tym sensie uznawane są one za główny instrument obrotu towarowo-pieniężnego i podstawę gospodarki rynkowej. Odmienną rolę pełnią natomiast umowy wielostronne. Ich podstawowa funkcja polega na organizowaniu współdziałania stron w celu realizacji wspólnego celu. Kluczowym elementem ich treści jest więc usytuowanie stron w strukturach organizacyjnych i określenie przysługujących im uprawnień²⁸⁸. W przypadku umów wielostronnych w praktyce każda ze stron zajmuje analogiczną pozycję prawną, niezależną od pozostałych stron stosunku. Jako przykład umów wielostronnych podaje się m.in. umowy spółek. Każdy ze wspólników ma względem pozostałych niezależną pozycję, która jest podobna do pozycji innych wspólników.

Zgodnie z ustawą offsetową, stroną umowy offsetowej występującą jako zagraniczny dostawca może być więcej aniżeli jeden podmiot. Zgodnie z definicją przewidzianą w art. 2 pkt 3 ustawy offsetowej, przez zagranicznego dostawcę należy rozumieć stronę umowy dostawy lub inny podmiot, który wykonuje umowę offsetową

²⁸⁶ A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo...*, s. 262.

²⁸⁷ Ibidem, s. 110-111.

²⁸⁸ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 452-453, nb 49-51.

za stronę umowy dostawy, w tym konsorcjum, rząd innego państwa lub agendę rządową, które ubiegają się o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa, i złożyła ofertę offsetową. Tym samym ustawa nie tylko nie wymaga istnienia tożsamości podmiotowej pomiędzy stronami umowy dostawy a stronami umowy offsetowej. Co istotniejsze dla przedmiotowych rozważań, z definicji tej wynika także, że zagranicznym dostawcą może być więcej aniżeli jeden podmiot, tj. konsorcjum. Pod pojęciem konsorcjum rozumie się doraźne powiązanie spółek lub innych organizacji gospodarczych w celu realizacji konkretnego przedsięwzięcia²⁸⁹. Przeważnie celem konsorcjum jest wspólne działanie zmierzające do urzeczywistnienia określonego przedsięwzięcia gospodarczego, przy wspólnym odnoszeniu korzyści i wspólnym ponoszeniu ryzyka, bez utraty gospodarczej i prawnej samodzielności²⁹⁰. Istota konsorcjum polega na przyjęciu przez jego członków zobowiązania do współdziałania dla osiągnięcia wspólnego celu gospodarczego poprzez podejmowanie oznaczonych w umowie działań²⁹¹.

Z zestawienia definicji zagranicznego dostawcy (strony umowy offsetowej) z definicją pojęcia konsorcjum jednoznacznie wynika, że ustawa offsetowa dopuszcza, aby po stronie zagranicznego dostawcy występowało wiele podmiotów. Pojawia się jednak pytanie, czy te podmioty występujące po stronie zagranicznego dostawcy mogą działać w ramach jednej umowy dostawy w sposób niezależny od siebie, tworząc tym samym z umowy offsetowej umowę wielostronną. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Po pierwsze, umowa offsetowa została ukształtowana jako umowa zawarta pomiędzy Skarbem Państwa a zagranicznym dostawcą. Pozycja zagranicznego dostawcy jest w tym przypadku wyraźnie inna niż pozycja Skarbu Państwa. Zagraniczny dostawca jest stroną zobowiązaną do należytego wykonania zobowiązań offsetowych. Pozycja Skarbu Państwa jest z kolei skorelowana z obowiązkami zagranicznego dostawcy, tj. Skarb Państwa jest stroną uprawnioną z umowy offsetowej. Niewątpliwie zatem pozycja Skarbu Państwa jest przeciwstawiona pozycji

²⁸⁹ A. Szumański, [w:] red. S. Sołtysiński, *SPP*, t. XVII A, *Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2015, s. 809, nb 38.

²⁹⁰ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 866, nb 63.

²⁹¹ I. Skubiszak-Kalinowska, *Prawo...*, art. 23, nt 5.

zagranicznego dostawcy. Powyższe nie jest jedynym argumentem przemawiającym za dwustronnym charakterem umowy offsetowej. Warto wskazać, że definicja zagranicznego dostawcy została skonstruowana zupełnie odmiennie od definicji offsetodawcy. Podczas gdy ustawa offsetowa posługuje się pojęciem zagranicznego dostawcy zawsze w liczbie pojedynczej, to w przypadku offsetodawcy termin ten używany jest również w odniesieniu do wielu podmiotów. Zgodnie z art. 2 pkt 10 ustawy offsetowej, przez offsetodawcę należy rozumieć zagranicznego dostawcę lub podmioty przez niego wskazane. Tym samym w charakterze offsetodawcy występuje podmiot będący stroną umowy offsetowej (liczba pojedyncza) lub inne podmioty (liczba mnoga). Kolejnym argumentem przemawiającym za dwustronnym charakterem umowy offsetowej jest konstrukcja zasad odpowiedzialności. Należy zaznaczyć, iż konsorcjum jest jedynym przewidzianym przez ustawę offsetową przypadkiem wielopodmiotowości strony umowy offsetowej. Odpowiedzialność członków konsorcjum, zgodnie z art. 24 ust. 1 ustawy offsetowej, jest odpowiedzialnością solidarną za należytą realizację zobowiązań offsetowych. Powyższy przepis, wraz z przepisami dotyczącymi odpowiedzialności zagranicznego dostawcy za innych offsetodawców (art. 25 ust. 1 ustawy offsetowej), pozwala przyjąć, że umowa offsetowa została skonstruowana w ten sposób, iż musi istnieć co najmniej jeden podmiot odpowiedzialny za należytą realizację całej umowy offsetowej. W przypadku gdy w charakterze zagranicznego dostawcy występuje samodzielnie jeden podmiot, ponosić on będzie odpowiedzialność za należyte wykonanie zobowiązań offsetowych, w których sam jest offsetodawcą, jak również za offsetodawców niebędących stronami umowy offsetowej. Natomiast w przypadku występowania konsorcjum, każdy z jego uczestników ponosi odpowiedzialność za całą umowę offsetową, solidarnie z innymi konsorcjantami. Powyższa regulacja ma na celu zabezpieczenie interesów Skarbu Państwa. Można oczywiście postawić tezę, iż – ze względu na otwarty katalog podmiotów, którym przysługuje status zagranicznego dostawcy – możliwa jest sytuacja, w której zagraniczni dostawcy nie wchodzi w skład konsorcjum i pozostają wobec siebie w pełni niezależni. Powyższe kłóciłoby się jednak z opisanym wyżej modelem odpowiedzialności ukształtowanym na gruncie umowy offsetowej. Ponadto, warto podkreślić, iż w istocie każde współuczestnictwo podmiotów realizujących zobowiązania offsetowe w charakterze strony umowy offsetowej wymusza istnienie – chociażby niesformalizowanego – konsorcjum. Wynika to z ustawowego sposobu

realizacji zobowiązań offsetowych i sposobu zaliczania wykonania umowy offsetowej. Ustawa offsetowa wyraźnie rozróżnia procedurę zaliczania wykonania zobowiązania offsetowego (np. art. 13, art. 16-19 ustawy offsetowej) od procedury prowadzącej do wygaśnięcia całej umowy offsetowej (np. art. 23, art. 29 ustawy offsetowej). Nieracjonalna byłaby sytuacja, w której wygaśnięcie byłoby umowy uzależnione od wykonania zobowiązań offsetowych przez niepowiązane ze sobą podmioty. Co więcej, zależność ta występowałaby również w stosunku do zobowiązań, co do których zainteresowane podmioty nie miałyby dostatecznej wiedzy wobec ustawowo ograniczonej jawności umowy offsetowej (art. 4 ustawy offsetowej). Mając na względzie powyższe uwagi należy uznać, iż umowa offsetowa jest zawsze umową dwustronną.

3. Umowa jednostronnie zobowiązująca

W dalszej kolejności należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy umowa offsetowa jest umową zobowiązującą, rozporządzającą, czy też umową o podwójnym skutku. Jak wskazuje się w doktrynie, podział na czynności prawne zobowiązujące i rozporządzające jest oparty na skutkach, które wywołują umowy²⁹². Przyjmuje się, że umowa zobowiązująca polega na tym, że jedna strona (wierzyciel) może żądać od drugiej (dłużnika) określonego zachowania się (świadczenia). Świadczenie może polegać na działaniu lub zaniechaniu (art. 353 k.c.). Prawo wierzyciela z takiej umowy ma charakter względny, skuteczny wobec dłużnika zobowiązanego do świadczenia. Z teoretycznego punktu widzenia czynności prawne, m.in. umowy skierowane na wywołanie przeniesienia praw majątkowych, powodują jedynie powstanie zobowiązania do przeniesienia tych praw. Przez zawarcie umowy zobowiązującej dochodzi do powiększenia pasywów w majątku dłużnika oraz aktywów po stronie wierzyciela. Umowy zobowiązujące, zgodnie ze swą istotą, zobowiązują jedynie dłużnika (zbywcę) do świadczenia polegającego na rozporządzeniu swoim prawem na rzecz drugiej strony. Umowa rozporządzająca natomiast polega na wywołaniu zmian w prawach majątkowych osoby dokonującej takiej czynności. Zmiany te obejmują

²⁹² A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 448-449, nb 40-43; J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019, s. 260-266, nb 47-66.

rozporządzenie prawem. Następują one bezpośrednio, tj. bez konieczności dokonywania jakichkolwiek dodatkowych czynności prawnych. Mogą to być zmiany natychmiastowe lub odłożone w czasie w następstwie zastrzeżenia warunku lub terminu. Skutkiem zmian, o których mowa, jest negatywne oddziaływanie na sferę praw podmiotowych dokonującego rozporządzenia (tj. przeniesienie, obciążenie, ograniczenie lub zniesienie prawa podmiotowego, zmiana pierwszeństwa). Umowa rozporządzająca prowadzi do zmniejszenia aktywów rozporządzającego oraz do powiększenia aktywów jego kontrahenta. Rozpatrując zagadnienie umów zobowiązujących i rozporządzających, należy mieć na względzie także treść art. 155 k.c., zgodnie z którym jeżeli przepis szczególny nie stanowi inaczej albo strony inaczej nie postanowiły, umowa sprzedaży, darowizny lub inna umowa zobowiązująca do przeniesienia własności rzeczy oznaczonej co do tożsamości powoduje równocześnie przeniesienie tego prawa. Umowy takie wywołują zatem jednocześnie skutek rozporządzający. W odniesieniu do wskazanych umów zobowiązujących przyjmuje się koncepcję podwójnych skutków (zobowiązująco-rozporządzających). Oznacza to, że we wszystkich wyżej wymienionych przypadkach umowa zobowiązująca do rozporządzenia na ogół wywołuje także skutki rozporządzające, bez potrzeby dokonywania odrębnej czynności rozporządzającej. Tego typu czynności prawne są szczególną postacią czynności (umów) zobowiązujących. Charakteryzują się one tym, że w porównaniu z innymi czynnościami zobowiązującymi, wywierają dalej idące konsekwencje prawne, wyrażające się w bezpośrednim przeniesieniu, obciążeniu, ograniczeniu lub zniesieniu prawa podmiotowego, którego dotyczą.

Odnosząc powyższe do umowy offsetowej należy stwierdzić, że umowa offsetowa ma co do zasady charakter umowy wyłącznie zobowiązującej. Teza ta nie wyklucza, na gruncie konkretnego stanu faktycznego, ukształtowania umowy offsetowej w ten sposób, aby przynajmniej w pewnym zakresie wywoływała ona bezpośrednio także skutki rozporządzające. Niemniej jednak umowa offsetowa wywiera co do zasady wyłącznie skutki zobowiązujące. Przemawiają za tym twierdzeniem w szczególności dwie cechy umowy offsetowej. Po pierwsze chodzi o charakter przedmiotu zobowiązania offsetowego. Zobowiązania offsetowe, które mają na celu przeniesienie konkretnych zdolności przez offsetodawcę na rzecz offsetobiorycy, nie dotyczą przeważnie rzeczy oznaczonych co do tożsamości. Zazwyczaj zobowiązanie offsetowe w zakresie dokumentacji, czy też oprzyrządowania, które ma zostać

przekazane w celu przeniesienia wymaganej zdolności, jest sformułowane w ten sposób, że wskazuje ono wyłącznie na ogólne cechy takiego sprzętu lub dokumentacji. Nawet jeżeli sprzęt ten jest zindywidualizowany, to nie jest on oznaczony co do tożsamości w ten sposób, aby możliwe było stwierdzenie, jaki to konkretnie przedmiot ma zostać przekazany (np. poprzez wskazanie numerów seryjnych maszyny). Oczywiście ostateczna ocena w powyższym zakresie uzależniona jest od sposobu sformułowania treści zobowiązań offsetowych. W przypadku niektórych świadczeń możliwe jest zastrzeżenie w umowie skutku rozporządzającego. Jednakże w większości przypadków przedmiot zobowiązania uniemożliwia kwalifikowanie umowy offsetowej jako czynności o charakterze rozporządzającym. Większość świadczeń przekazywanych na podstawie zobowiązania offsetowego polega na wykonywaniu usług (np. przeprowadzeniu szkolenia lub zapewnieniu asysty technicznej). W tym zakresie nie sposób mówić o czynnościach rozporządzających²⁹³. Drugi argument przemawiający za wykluczeniem, co do zasady, rozporządzającego skutku umowy offsetowej wynika z powiązania i wielości podmiotów zaangażowanych w procedurę zawierania i realizacji umowy offsetowej. Dotyczy to zarówno przypadku, gdy offsetodawcą nie jest zagraniczny dostawca, jak również sytuacji gdy offsetobiorcą nie jest Skarb Państwa. W przypadku bowiem gdy offsetodawca nie jest stroną umowy offsetowej, umowa offsetowa zawierana przez zagranicznego dostawcę nie może wywoływać skutku rozporządzającego. Do rozporządzeń odnosi się ogólna zasada, iż nikt nie może przenieść więcej praw, niż sam posiada. Jeżeli więc czynność ma na celu rozporządzenie prawem, którym rozporządzający nie dysponuje (lub posiada je w mniejszym zakresie), nie wywołuje ona skutku rozporządzającego. Natomiast dla czynności zobowiązujących przesłanka ta nie jest wymagana. Zatem w każdym przypadku, gdy zagraniczny dostawca zmuszony jest powierzyć realizację przynajmniej części zobowiązań offsetowych innemu podmiotowi (w szczególności offsetodawcy), umowa nie może wywołać skutku rozporządzającego. Podobnie wygląda sytuacja, gdy offsetobiorca jest osobą trzecią. Wówczas umowa offsetowa, jak wskazano w rozdziale szóstym, przybiera postać umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. W tym zakresie, zgodnie z poglądem doktryny, niedopuszczalne jest zawieranie umów

²⁹³ J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 266, nb 66.

rozporządzających na rzecz osoby trzeciej²⁹⁴. Niedopuszczalne jest zatem zawarcie umowy, której skutkiem byłoby przeniesienie na offsetobiorcę praw, bez potrzeby uzyskania jego akceptacji (najczęściej wyrażanej w umowie zawieranej pomiędzy offsetodawcą a offsetobiorcą).

Omawiając zagadnienie dotyczące charakteru prawnego umowy offsetowej należy także odpowiedzieć na pytanie, czy umowa offsetowa jest umową przysparzającą. Jak przyjmuje się w doktrynie, umowy przysparzające mieszczą się w grupie czynności prawnych przysparzających, które z kolei uznawane są za podgrupę czynności o skutkach zobowiązujących lub rozporządzających²⁹⁵. Umowy przysparzające prowadzą do dokonania przysporzenia w majątku innego podmiotu, czyli do powiększenia jego aktywów lub zmniejszenia pasywów. W pierwszym wypadku przysporzenie polega na nabyciu prawa podmiotowego lub uprawnienia o charakterze bezwzględny (prawo rzeczowe, prawo na dobrach niematerialnych) bądź względny (wierzytelności), a także na korzystnej zmianie w usytuowaniu tych praw (zmiana pierwszeństwa na korzystniejsze). O zmniejszeniu pasywów możemy natomiast mówić w wypadku wygaśnięcia lub ograniczenia zobowiązań czy też obciążeń praw podmiotowych. Przysporzenie może nastąpić do majątku obu kontrahentów lub tylko jednego z nich. Przyjmuje się, że istotą umowy przysparzającej jest dokonanie przysporzenia w rozumieniu prawnym w majątku kontrahenta, co nie zawsze pokrywa się z korzyścią w sensie gospodarczym.

Należy przyjąć, że umowa offsetowa prowadzi w wyniku wykonania zobowiązań offsetowych do przysporzenia w majątku beneficjenta tych zobowiązań, tj. offsetobiorcy. Wykonanie zobowiązań offsetowych prowadzi do zwiększenia aktywów offsetobiorcy poprzez uzyskanie określonych zdolności, na które składa się m.in. uzyskanie określonego sprzętu, dokumentacji, wyszkolonych pracowników oraz praw własności intelektualnej do korzystania z danej zdolności. Na możliwość zwiększenia aktywów offsetobiorcy w wykonaniu zobowiązań offsetowych wskazuje także treść rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie zaniechania poboru podatku

²⁹⁴ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1051, nb 195.

²⁹⁵ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 455-456, nb 54; J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 266-268, nb 67-72.

dochodowego²⁹⁶. Zgodnie z tym rozporządzeniem zarządza się zaniechanie poboru podatku dochodowego od osób fizycznych i podatku dochodowego od osób prawnych od dochodów uzyskanych przez podatników mających miejsce zamieszkania, siedzibę lub zarząd na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej z tytułu nabycia wymienionych środków i praw będących przedmiotem zobowiązań offsetowych. Tym samym prawodawca uznaje korzyści offsetobiorcy osiągnane z tytułu realizacji zobowiązań offsetowych jako dochód, który podlegałby opodatkowaniu, gdyby nie ww. rozporządzenie. Należy też zaznaczyć, że ze względu na charakter zobowiązania offsetowego i jego przedmiot, wykluczone jest przysporzenie offsetobiorcy, które polegałoby na zmniejszeniu jego pasywów (szerzej na ten temat w rozdziale piątym).

W dalszej kolejności należy udzielić odpowiedzi na pytanie, czy umowa offsetowa ma charakter umowy jednostronnie zobowiązującej czy też dwustronnie zobowiązującej. Powyższy podział oparty jest na tym, czy obowiązek świadczenia ciąży tylko na jednej, czy też na obu stronach. Podział ten pozwala na dokonanie oceny charakteru umowy z punktu widzenia interesów, którym ona przede wszystkim służy, tj. czy jej celem jest zaspokojenie interesów obu kontrahentów, czy tylko jednego z nich²⁹⁷.

Ze względu na specyfikę umowy offsetowej, w doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym umowa ta ma charakter umowy jednostronnie zobowiązującej²⁹⁸. Pogląd ten zasługuje na aprobatę. Umowa offsetowa została ukształtowana, zgodnie z jej definicją w art. 2 pkt 1 ustawy offsetowej, jako umowa, której przedmiotem są zobowiązania offsetowe. Te z kolei, zgodnie z art. 2 pkt 2 ustawy offsetowej, są zobowiązaniami wyłącznie zagranicznego dostawcy. Jednocześnie, analizując treść całej ustawy, nie znajdziemy w niej żadnych świadczeń, które miałyby

²⁹⁶ Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 12 września 2018 r. w sprawie zaniechania poboru podatku dochodowego od niektórych dochodów uzyskanych w następstwie wykonania umów offsetowych (Dz.U. poz. 1778) wydane na podstawie art. 22 § 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. – Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2018 r. poz. 800, ze zm.).

²⁹⁷ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 452, nb 49.

²⁹⁸ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 23; A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajska, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 307, nb 16; W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 4.

obciążać Skarb Państwa. Jedyne obowiązki Skarbu Państwa, jakie można wywieść z ustawy offsetowej, mają charakter współdziałania wierzyciela stosownie do treści art. 354 § 2 k.c. Obowiązki o tym charakterze nie mają jednak cech zobowiązania i wiążą się ściśle z pozycją wierzyciela w stosunkach z dłużnikiem. Niewątpliwie umowa offsetowa ma na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa oraz interesów offsetobiorców będących beneficjentami świadczeń. Umowa offsetowa nie służy natomiast interesom zagranicznego dostawcy, które są zaspokajane w drodze odrębnych czynności (m.in. umowy dostawy).

4. Umowa konsensualna

Zgodnie z kolejnym wyróżnionym w doktrynie podziałem umów, umowy dzieli się na konsensualne i realne²⁹⁹. Aby doszło do zawarcia umowy, niezbędne jest w każdym przypadku złożenie zgodnych oświadczeń woli przez co najmniej dwa podmioty. Jeżeli umowa dochodzi do skutku wyłącznie w wyniku złożenia zgodnych oświadczeń woli stron, umowy określane są jako konsensualne. Zdecydowana większość umów występujących w obrocie prawnym ma charakter konsensualny. Przeniesienie władztwa nad przedmiotem materialnym jest w tym przypadku elementem wykonania obowiązku umownego, a nie warunkiem dojścia umowy do skutku. Niekiedy jednak obok złożenia oświadczeń woli ustawodawca uzależnia dojście umowy do skutku także od faktycznego przeniesienia władztwa nad określonymi przedmiotami materialnymi. Wówczas umowa ma charakter realny.

W doktrynie powszechną aprobatą cieszy się pogląd, zgodnie z którym umowa offsetowa ma charakter konsensualny³⁰⁰. Stanowisko to należy podzielić. Ustawa offsetowa nie uzależnia skuteczności umowy offsetowej od przekazania władztwa nad jakimkolwiek przedmiotem materialnym. Jest to oczywiste ze względu na przedmiot umowy offsetowej, jakim jest zobowiązanie offsetowe polegające na przeniesieniu określonych zdolności przez offsetodawcę na rzecz offsetobiorcy. Zdolności te nie mają charakteru materialnego, wobec czego nie jest możliwości

²⁹⁹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 454, nb 52; J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 259-260, nb 42-46.

³⁰⁰ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 23; A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 313, nb 31; W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 4.

przekazanie nad nimi władztwa. Jedyne pewne elementy składające się na proces przekazywania zdolności (przykładowo oprzyrządowanie lub dokumentacja) mają charakter materialny. Ustawodawca formułuje też wymagania dotyczące umowy offsetowej i warunkujące jej dojście do skutku, przy czym chodzi tu wyłącznie o wymagania dotyczące sposobu złożenia oświadczeń woli przez strony, tj. złożenie tych oświadczeń w formie pisemnej pod rygorem nieważności (art. 7 ust. 1 i art. 14 ust. 2 ustawy offsetowej) i zatwierdzenie tak zawartej umowy przez Radę Ministrów (art. 29 ustawy offsetowej). Są to w istocie wymagania odnoszące się do osiągnięcia konsensusu oraz sposobu jego wyrażenia przez strony umowy offsetowej, której skuteczność została uzależniona od ziszczenia się warunku prawnego w postaci zatwierdzenia przez Radę Ministrów. Tym samym nie ma podstaw aby twierdzić, że umowa offsetowa ma charakter umowy realnej.

5. Umowa kauzalna

Następnym wyróżnionym podziałem jest podział na umowy kauzalne (przyczynowe) oraz abstrakcyjne (oderwane)³⁰¹. Podział ten odnosi się wyłącznie do czynności przysparzających³⁰² i odwołuje się do powodów (celów), dla których zawierane są umowy. Motywy, którymi kierują się kontrahenci, pojmowane normatywnie, określa się jako przyczynę lub podstawę prawną umowy. Mając na względzie doniosłość prawną tej przyczyny, wyróżnia się umowy kauzalne i abstrakcyjne. Ważność oraz skutki prawne umów kauzalnych są uzależnione od istnienia odpowiedniej podstawy prawnej (*causa*), która wyjaśnia, dlaczego przysparzający dokonał przysporzenia. W polskiej doktrynie, zgodnie z dominującym poglądem, brak kauzy lub brak porozumienia co do kauzy stanowi podstawę do uznania czynności przysparzającej za nieważną, o ile przepis szczególny nie stanowi inaczej³⁰³. Natomiast dla umów abstrakcyjnych przyczyna jest prawnie obojętna, jako że ich skutki prawne są niezależne od istnienia

³⁰¹ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 456-457, nb 55; J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 268-282, nb 73-98.

³⁰² Wyrok SN z dnia 8 maja 2001 r., IV CKN 354/00, Legalis nr 81769.

³⁰³ J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 272, nb 85.

odpowiedniej podstawy prawnej. Czynności te charakteryzuje brak wpływu kauzy na ważność przysporzenia. Czynności prawne abstrakcyjne są instrumentem obrotu gospodarczego, odgrywającym szczególnie doniosłą rolę w sferze obrotu pieniężnego. Pojęcie kauzy, leżące u podstaw ww. wyróżnienia, jest różnie pojmowane w doktrynie. Niektórzy jej przedstawiciele opowiadają się za przyjęciem tzw. subiektywnej koncepcji kauzy³⁰⁴. Kauza jest w tym przypadku definiowana przy użyciu pojęć psychologicznych, jako wyobrażony cel (przyszły i pożądaný stan rzeczy), który stanowi motyw sprawczy osoby dokonującej przysporzenia. Zakłada się bowiem, że nikt bez takiego celu nie dokonuje przysporzenia. Chodzi tu zarazem o cele, które ze względu na swą powtarzalność dadzą się stypizować (tzw. cele prawne). Motywacje towarzyszące dokonywaniu danego przysporzenia można podzielić na bliższe i dalsze. Przedstawiciele koncepcji subiektywnej opowiadają się jednak za stanowiskiem, że znaczenie mają tylko motywy (cele) związane bezpośrednio z treścią czynności prawnej; tym samym są to typowe, obiektywne motywy towarzyszące dokonywaniu przysporzeń w obrocie prawnym. Nie uwzględnia się natomiast dalszych, indywidualnie zamierzonych przez rozporządzającego celów. Druga koncepcja, tzw. obiektywna, zakłada, że rozważania nad kauzą można prowadzić jedynie przy założeniu, że chodzi tu o element treści czynności prawnej (art. 58, 353¹ k.c.)³⁰⁵. Treść tę powinno się z kolei ustalać nie tylko na podstawie oświadczenia woli stron. Koncepcja ta opiera się na założeniu, że motywy towarzyszące dokonywaniu przysporzeń nie są, w świetle polskiego systemu prawnego, źródłem stosunków prawnych. Podstawy prawnej dla czynności przysparzających można zatem szukać tylko wśród zdarzeń prawnych. Może to być ta sama czynność prawna – w szczególności umowa – która realizuje przysporzenie. Przypadek taki dotyczy czynności zobowiązująco-rozporządzających (przysporzenie następuje z chwilą powstania kauzy). Mogą to być także czynności prawne odrębne, oddzielone w czasie, gdzie kauza przysporzenia wyznaczona jest przez inną czynność prawną. Klasycznym tego przykładem są czynności prawne rozporządzające, dokonane w wykonaniu wcześniej zaciągniętego zobowiązania. Zdarzeniem uzasadniającym dokonanie przysporzenia nie musi być jednak czynność prawna (np. powstały z mocy

³⁰⁴ Ibidem, s. 269, nb 76.

³⁰⁵ Ibidem, s. 270-271, nb 80.

prawa obowiązek przeniesienia własności). Koncepcja obiektywna zakłada, że kauzy nie można uznać za odrębną – równorzędną konsensowi lub zdolności do czynności prawnych – przesłankę ważności czynności prawnej lub zobowiązania. Koncepcja ta poszukuje jakiegoś ekwiwalentu ze strony tego, kto przysporzenie uzyskał. Założenie to otwiera drogę do wykorzystania klauzul generalnych (art. 58 i art. 353¹ k.c.) dla oceny ważności czynności przysparzającej. Ochrona przysparzającego wymaga zatem wyjaśnienia, dlaczego dokonał on przysporzenia, czyli wskazania, jaką funkcję społeczną przysporzenie ma pełnić. Związki między kauzą a przysporzeniem przejawiają się najwyraźniej, gdy w tej samej czynności prawnej określono nie tylko treść przysporzenia, ale i treść jej podstawy prawnej (kauzy). Niezależnie od przyjętej koncepcji kauzalności (subiektywnej czy obiektywnej), doktryna wyróżnia następujące przyczyny prawne umów przysparzających³⁰⁶: *causa acquirendi vel obligandi*, gdzie celem przysporzenia jest nabycie prawa lub uzyskanie innej korzyści majątkowej przez przysparzającego; *causa solvendi*, gdzie celem przysporzenia dokonanego jest zwolnienie się przez przysparzającego od ciążącego na nim obowiązku oraz *causa donandi*, gdzie celem przysporzenia na rzecz kontrahenta jest jego wzbogacenie kosztem dokonującego przysporzenia. Część doktryny wyróżnia także kauzę zabezpieczającą (*causa cavendi*) oraz kauzę ustalającą. Większość doktryny przyjmuje obecnie, że kauzalność przysporzenia może wynikać z uregulowania ustawowego lub z woli stron, które także mogą ukształtować czynność prawną jako kauzalną lub abstrakcyjną. Pogląd ten został wyrażony także w orzecznictwie³⁰⁷. Istnieje generalne domniemanie kauzalnego charakteru umowy, tj. abstrakcyjny charakter umowy powinien być objęty wolą stron i wyraźnie wynikać z treści umowy. Stanowisko to opiera się na postulacie ochrony przysparzającego (art. 58 § 2 i art. 353¹ k.c.). Należy zaznaczyć, że powyżej opisana możliwość ukształtowania czynności prawnej jako abstrakcyjnej odnosi się w praktyce do czynności zobowiązujących, albowiem, zgodnie z dominującym poglądem,

³⁰⁶ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 456-457, nb 55; J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 271, nb 81.

³⁰⁷ Uchwała SN (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis nr 28058; Uchwała SN (pełn.) z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis nr 29265.

czynności rozporządzające mają w polskim systemie prawnym charakter kauzalny (m.in. zgodnie z art. 156 k.c.)³⁰⁸.

Mając na względzie powyższe, należy stwierdzić, że umowa offsetowa jest umową kauzalną. Stanowisko takie jest również reprezentowane w doktrynie³⁰⁹. Ustawa offsetowa nie zawiera bowiem żadnych regulacji, które wskazywałyby na to, iż wolą ustawodawcy było uregulowanie tej umowy jako umowy abstrakcyjnej. Wręcz przeciwnie, ścisły związek umowy offsetowej z umową dostawy, zarówno o charakterze ekonomicznym jak i prawnym, wymaga stwierdzenia, że umowa offsetowa i umowa dostawy stanowią zespół powiązanych umów. Przysporzenie związane z zobowiązaniem offsetowym dokonywane jest przez zagranicznego dostawcę w celu uzyskania korzyści majątkowych płynących dla niego z tytułu realizacji umowy dostawy. Jest to cel znany stronom i przez nie akceptowany. W podobny sposób umowa offsetowa funkcjonuje w praktyce; w jej treści strony wyraźnie odwołują się do umowy dostawy. W konsekwencji, nie może istnieć umowa offsetowa, w przypadku niedojścia umowy dostawy do skutku lub w przypadku jej nieważności. Pomiędzy umową offsetową i umową dostawy istnieje więc silny związek. Umowę dostawy oraz umowę offsetową należy przy tym uznać za zespół umów nierównorzędnych, gdzie umowa dostawy zajmuje pozycję dominującą, a umowa offsetowa ma znaczenie akcesoryjne³¹⁰. Skutkiem tej kwalifikacji prawnej jest uzależnienie skuteczności umowy akcesoryjnej od umowy dominującej.

Przesądzenie, że umowa offsetowa ma kauzalny charakter wymaga zastanowienia się nad konsekwencjami, jakie dla umowy offsetowej miałyby nieważność lub niedojście do skutku umowy dostawy. Zagadnienie to jest istotne w szczególności wobec faktu, że umowa dostawy jest umową zawieraną dopiero po wejściu w życie umowy offsetowej. Tym samym, zgodnie z ustawą offsetową,

³⁰⁸ J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 282, nb 98.

³⁰⁹ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 23; W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 4. Odmiennie wobec przyjęcia przeważnie ramowego charakteru umowy offsetowej: A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 313, 315, nb 31, 36.

³¹⁰ W odniesieniu do zbliżonych transakcji kompensacyjnych: A. Kappes, W. Kocot, M. Romanowski, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018, s. 205-230, nb 113-145.

może dojść do sytuacji, że umowa offsetowa weszła już w życie, zaś umowa dostawy nie zostanie następnie zawarta. Jak już zaznaczono, przy czynnościach rozporządzających musi istnieć ważne zobowiązanie do rozporządzenia, chyba że czynność prawna została przez ustawodawcę ukształtowana jako oderwana. Przy czynnościach zobowiązujących – do których należy zaliczyć umowy offsetowe – istnienie prawidłowej kauzy jest również istotne, choć związek pomiędzy istnieniem kauzy a ważnością zobowiązania ma mniej bezpośredni charakter. Jak wskazano już, kauzalność to element celowościowy treści czynności prawnej, zatem podlega on ocenie nie jako samodzielna podstawa nieważności czynności prawnej, lecz w ramach art. 58 i 353¹ k.c. Kauzalność zobowiązań zasadniczo może wpływać na ważność czynności, choć jedynie za pośrednictwem tych reguł, które limitują ważność czynności prawnej według jej treści i celu, a zatem ma ona charakter niesamodzielny. Stwierdzić należy, że niedojście umowy dostawy do skutku lub jej nieważność powinny prowadzić do nieważności samej umowy offsetowej. Konsekwentnie należy przyjąć, że świadczenia, które zostałyby przekazane na podstawie umowy offsetowej, podlegałyby zwrotowi na podstawie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu. W tym przypadku chodziłoby o odpadnięcie tzw. kauzy świadczenia. O tej kauzie stanowi również art. 410 § 2 k.c., w myśl którego odpadnięcie podstawy prawnej świadczenia, a także nieważność czynności zobowiązującej do świadczenia jest podstawą obowiązku jego zwrotu jako świadczenia nienależnego. Należałoby przyjąć, że sytuacja prezentuje się analogicznie w odniesieniu do umów wykonawczych, które są zawierane przez offsetodawcę i offsetobiorcę w wykonaniu umowy offsetowej. W tym zakresie związek między umową offsetową a umową wykonawczą jest jeszcze wyraźniejszy niż w przypadku umowy offsetowej i umowy dostawy. Zależność umowy offsetowej i umowy wykonawczej należy oceniać w sposób bardzo zbliżony do zależności czynności zobowiązującej i rozporządzającej. Umowa wykonawcza ma bowiem służyć stworzeniu ram organizacyjnych dla wykonania zobowiązań określonych w umowie offsetowej. Wątpliwości może budzić kwestia, czy na gruncie ustawy offsetowej naruszenie zasady kauzalności oznacza naruszenie przepisów bezwzględnie obowiązujących, czy też zasad współżycia społecznego (art. 58 k.c.). Niewątpliwie nie można by było zgodzić się na takie rozwiązanie, gdzie istnieje ważne zobowiązanie offsetowe, pomimo że umowa dostawy nie doszła do skutku lub okazała się nieważna. Związek umowy offsetowej z umową dostawy oraz świadczeń

przekazywanych na podstawie tych umów jest tak silny, że jakkolwiek próba modyfikacji tej zasady musiałaby zostać uznana za sprzeczną z naturą stosunku prawnego. Wobec powyższego, niezależnie od generalnej możliwości kreowania umów abstrakcyjnych w myśl zasady swobody umów, należy przyjąć, że w przypadku umowy offsetowej taka modyfikacja byłaby niedopuszczalna. W doktrynie potwierdzono zresztą, że w odniesieniu do określonego typu umów nie jest możliwe umowne wyłączenie zasady kauzalności czynności przysparzających, a tym samym ukształtowanie czynności prawnej jako abstrakcyjnej. Wskazuje się bowiem, że jakkolwiek ogólnie rzecz ujmując, granice zasady swobody umów nie stanowią podstawy dla odmówienia stronie kompetencji do kreowania czynności abstrakcyjnej, to twierdzenie to nie ma waloru bezwzględnego³¹¹.

Na koniec tej części rozważań należałoby jeszcze zastanowić się, czy zależność umowy offsetowej od umowy dostawy rozciąga się także na umowę podwykonawczą zawieraną pomiędzy wykonawcą a zagranicznym dostawcą, w przypadku gdy zagraniczny dostawca nie jest jednocześnie stroną umowy dostawy. Na to pytanie należy odpowiedzieć przecząco. Ustawa offsetowa odnosi się wyłącznie do relacji umowy offsetowej z umową dostawy. Ustawa offsetowa nie reguluje natomiast w żaden sposób relacji zagraniczny dostawca – wykonawca umowy dostawy w przypadku gdy są to różne podmioty. Skarb Państwa jako strona umowy offsetowej nie jest w żaden sposób związany ww. umową podwykonawczą, wobec czego jej ważność nie wywiera bezpośredniego wpływu na umowę offsetową. Wydaje się zatem, że sama nieważność lub niedojście do skutku umowy podwykonawczej nie wywrze bezpośredniego wpływu na ważność umowy offsetowej. W praktyce jednak zależność taka przeważnie będzie miała miejsce, a wynika to z faktu, że niedojście ww. umowy do skutku najczęściej spowoduje niedojście do skutku umowy dostawy. Jednakże dopiero niedojście tej ostatniej umowy do skutku powinno wywierać wpływ na samą umowę offsetową. Nie sposób bowiem zaakceptować takiego rozwiązania, gdzie Skarb Państwa pozostawałby związany umową dostawy, w ramach której uwzględniono m.in. koszty związane z umową offsetową, przy jednoczesnym wygaśnięciu samej umowy offsetowej na skutek wadliwości stosunku prawnego, którego Skarb Państwa nie jest

³¹¹ M. Gutowski, *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017, s. 378-384.

stroną, tj. stosunku istniejącego pomiędzy zagranicznym dostawcą a wykonawcą umowy dostawy.

6. Umowa odpłatna

W dalszej kolejności należy dokonać analizy umowy offsetowej pod kątem jej odpłatności. Zagadnienie to jest interesujące ze względu na fakt, iż umowa offsetowa jest umową jednostronnie zobowiązującą. Jak przyjmuje się w doktrynie, umowa jest odpłatna, gdy każda strona ma uzyskać określoną korzyść majątkową³¹². Inaczej mówiąc, są to umowy przysparzające, na podstawie których strona dokonująca przysporzenia majątkowego otrzymuje lub ma otrzymać w zamian pewną korzyść majątkową. Uzyskiwana przez strony korzyść majątkowa powinna mieć wartość realną. Przyjmuje się jednak, że wskazana korzyść nie musi stanowić ekwiwalentu przysporzenia uzyskanego od drugiej strony. Umowa odpłatana nie musi być zatem umową wzajemną. Odpłatność jest cechą charakterystyczną zdecydowanej większości umów. Jednocześnie przyjmuje się, że odpłatność umowy nie musi polegać na uzyskaniu korzyści majątkowej w ramach tej samej umowy, a nawet od tego samego podmiotu, z którym zawierana jest umowa. Możliwe jest zatem, aby rekompensata za przysporzenie przeniesiona została w sferę innego stosunku prawnego³¹³. Przyjmuje się, że umowy nieodpłatne służą z kolei do dokonywania nieodpłatnego (darmowego) przysporzenia na rzecz drugiej strony. Cechą charakterystyczną tych czynności jest to, że strona, która dokonała przysporzenia, nie otrzymuje lub nie ma otrzymać w zamian korzyści majątkowej. Czynności prawne nieodpłatne stanowią przy tym zjawisko wyjątkowe na tle czynności, które w zdecydowanej większości mają charakter odpłatny. Wobec powyższego, czynności nieodpłatne są przeważnie poddawane szczególnym regulacjom. Podział na umowy odpłatne i nieodpłatne wiąże się z zakresem obowiązków nakładanych na dłużnika. Umowy nieodpłatne zapewniają mniejszy zakres uprawnień oraz słabszą ochronę wierzycielowi.

³¹² J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 282-288, nb 99-111; A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 454-455, nb 53.

³¹³ J. Grykiel, A. Olejniczak, Z. Radwański, [w:] red. Z. Radwański, A. Olejniczak, *SPP*, t. II..., s. 286, nb 105; Uchwała SN (pełn.) z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis nr 29265; Uchwała SN z dnia 5 maja 1993 r., III CZP 52/93, Legalis nr 28078.

W doktrynie rzadko podejmowana jest problematyka odpłatności umowy offsetowej. Odnaleźć można pogląd zgodnie z którym brak jest podstaw do stwierdzenia odpłatnego charakteru takiej umowy, ze względu na jej jednostronnie zobowiązujący charakter³¹⁴. Należy jednak opowiedzieć się za stanowiskiem przeciwnym, a w konsekwencji – odpłatnym charakterem umowy offsetowej. Kluczowa dla stwierdzenia, jaki charakter ma umowa offsetowa, jest odpowiedź na pytanie, czy zagraniczny dostawca uzyskuje korzyść majątkową w związku z umową offsetową. Zagraniczny dostawca jest bowiem podmiotem odpowiedzialnym za wykonanie umowy offsetowej. Odpowiedź w tym względzie musi być zdecydowanie twierdząca; jedyną różnicą w porównaniu do innych umów o typowo odpłatnym charakterze jest to, że te korzyści uzyskiwane są przez zagranicznego dostawcę w ramach odrębnego stosunku umownego (niekoniecznie wiążącego bezpośrednio Skarb Państwa). Chodzi w tym przypadku o umowę dostawy, która uzasadnia wejście przez zagranicznego dostawcę w umowę o jednostronnie zobowiązującym charakterze. Taka sytuacja ma miejsce, gdy zagraniczny dostawca jest jednocześnie stroną umowy dostawy. Korzyść majątkowa zagranicznego dostawcy może jednak wynikać także z innej umowy, w przypadku gdy zagraniczny dostawca nie jest bezpośrednio stroną umowy dostawy. Wówczas strona umowy dostawy (wykonawca) zawiera jednak odpowiednią umowę podwykonawczą z zagranicznym dostawcą, aby zapewnić realizację umowy dostawy. Nie może budzić wątpliwości, że motywacją zagranicznego dostawcy przy zawieraniu umowy offsetowej jest osiągnięcie korzyści majątkowych płynących z realizacji umowy dostawy. Zagraniczny dostawca jest z reguły przedsiębiorcą, którego aktywność ukierunkowana jest na osiąganie zysku. Nie przekazuje on zatem przedmiotu zobowiązania offsetowego pod tytułem darmym. Jak pokazuje praktyka, ustalając cenę w umowie dostawy, zagraniczny dostawca bierze pod uwagę potencjalne obowiązki offsetowe, które będą na niego w związku z tą dostawą nakładane. Wyrazem tego, na gruncie umów dostawy zawieranych w trybie *Foreign Military Sales*, są regulacje, zgodnie z którymi koszty zagranicznego dostawcy związane z offsetem powinny być ujęte jako część kosztów wpływających

³¹⁴ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 312, nb 29.

na oferowaną cenę umowy dostawy³¹⁵. Zgodnie z *Security Assistance Management Manual* (SAMM) zawierającym informacje oraz instrukcje dotyczące działalności przedsiębiorców zbrojeniowych w stosunkach z amerykańskim Departamentem Obrony³¹⁶, koszty offsetu przekazane przez przemysł powinny być ujęte jako część kosztów oferowanego przedmiotu (SAMM C6.3.9.1). Koszt ten jest ujawniany Rządowi USA w związku z oferowaną ceną (SAMM C6.3.9.2.)³¹⁷. Aprobowana w doktrynie możliwość przyznania umowie charakteru odpłatnego, nawet jeśli korzyści danej strony mają być osiągnane na podstawie odrębnego stosunku prawnego (umowy), uprawnia do zajęcia stanowiska o odpłatnym charakterze umowy offsetowej. Intencją ustawodawcy nie było ukształtowanie umowy offsetowej jako umowy nieodpłatnej. Umowa offsetowa charakteryzuje się wręcz zastrzoną odpowiedzialnością w stosunku do typowych umów odpłatnych. Tym bardziej trudno byłoby uzasadnić nieodpłatny charakter tej umowy.

7. Umowa o zobowiązanie rezultatu

Kolejnym podziałem umów wyodrębnianym w doktrynie, wedle którego należy dokonać charakterystyki umowy offsetowej, jest podział umów na umowy o zobowiązanie rezultatu i umowy o zobowiązanie należytej staranności. Zobowiązanie starannego działania i rezultatu wyodrębnia się ze względu na treść i cel świadczenia³¹⁸. Przez pojęcie „zobowiązanie rezultatu” należy rozumieć zobowiązanie, którego należyte wykonanie określa się poprzez osiągnięcie ustalonego z góry rezultatu. Natomiast zobowiązania należytej staranności to takie zobowiązania, w których żaden rezultat nie jest z góry przewidziany, a dłużnik jest jedynie obowiązany do starannego działania w określonym kierunku. W pierwszym przypadku dłużnik odpowiada za nieosiągnięcie oznaczonego rezultatu, a w drugim jedynie za niedołożenie należytej staranności, do której był zobowiązany (założony rezultat pozostaje poza treścią

³¹⁵ Luke R., A. Butler, *Transatlantic...*, s. 418.

³¹⁶ Defense Technical Information Center, <https://apps.dtic.mil/docs/citations/ADA283876> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

³¹⁷ Security Assistance Management Manual (SAMM), Chapter 6, <https://www.samm.dscs.mil/chapter/chapter-6> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.).

³¹⁸ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 459, nb 58.

umowy)³¹⁹. Przyjmuje się, że w zobowiązaniach pierwszego rodzaju dłużnik odpowiada przede wszystkim na zasadzie ryzyka, a w zobowiązaniach drugiego rodzaju na zasadzie winy. Różnica pomiędzy zobowiązaniami starannego działania i zobowiązaniami rezultatu polega na innym ujęciu treści obowiązków dłużnika i odmiennym rozłożeniu ciężaru dowodu przy analizie odpowiedzialności kontraktowej. W zobowiązaniach rezultatu wierzyciel musi dowieść, że nie nastąpił rezultat gwarantowany przez dłużnika (niewykonanie zobowiązania). Natomiast dłużnika obciąża dowód, iż jest to spowodowane okolicznościami, za które nie ponosi on odpowiedzialności. W zobowiązaniach starannego działania wierzyciel musi udowodnić, że dłużnik nie dołożył należytej staranności w dążeniu do osiągnięcia rezultatu (wina), a dłużnik musi wykazać brak swojej winy³²⁰. Przyjmuje się niekiedy również, że kryterium podziału powinien stanowić nie cel zobowiązania, lecz jego rezultat³²¹. Rezultat jest pochodną celu zawarcia umowy, gdyż celem każdego stosunku umownego jest osiągnięcie określonego rezultatu. Nie oznacza to jednak, że dłużnik zobowiązuje się osiągnąć dany rezultat. Treść zobowiązania dłużnika będzie bowiem każdorazowo zależna od natury stosunku prawnego. Jeżeli osiągnięcie rezultatu sformułowanego na potrzeby zawarcia umowy jest niepewne, zależy od czynników zewnętrznych, które leżą poza możliwością oddziaływania dłużnika, wówczas podejmuje on zobowiązanie starannego działania. Jeżeli natomiast z natury stosunku oraz oceny stron wynika, że realizacja celu umowy w postaci wystąpienia założonego rezultatu zależy co do zasady od zachowania dłużnika (poza przykładowo następstwami siły wyższej lub wyłącznej winy wierzyciela), wówczas strony określają jego zobowiązanie jako zobowiązanie rezultatu. Chodzi zatem o wskazanie, czy dłużnik zobowiązał się do osiągnięcia określonego rezultatu, czy też jego powinnością objęte jest jedynie podejmowanie odpowiednich działań w celu osiągnięcia zamierzonego skutku.

Należy stwierdzić, że umowa offsetowa jest umową o zobowiązanie rezultatu. Celem umowy jest bowiem wykonanie zobowiązania offsetowego, które z kolei polega na przeniesieniu określonych zdolności. Przedmiotem zobowiązania offsetowego nie jest nauczanie offsetobiorecy, czy też pomoc w osiąganiu zdolności. Rezultat w tym

³¹⁹ Ibidem, s. 459, nb 59.

³²⁰ Ibidem, s. 459-460, nb 60.

³²¹ Ibidem, s. 461-462, nb 62.

zakresie wydaje się niewątpliwie możliwy do ustalenia i jego osiągnięcie obciąża zagranicznego dostawcę. Zespół działań offsetodawcy składających się na przekazywanie zdolności ma przy tym charakter drugorzędny i jest podporządkowany osiągnięciu ustalonego celu. Ponadto zasady odpowiedzialności zagranicznego dostawcy, tj. odpowiedzialność uniezależniona od winy zagranicznego dostawcy, uniemożliwia przyjmowanie starannego działania zagranicznego dostawcy jako miernika należytego wykonania zobowiązania. Odpowiedzialność niezależna od winy oznacza, że miernik staranności zagranicznego dostawcy jest irrelevantny dla powstania jego odpowiedzialności odszkodowawczej. Samo dążenie do osiągnięcia rezultatu nie zwolni bowiem zagranicznego dostawcy od odpowiedzialności. Z powyższego wynika, że umowę offsetową należy zaliczyć do umów o zobowiązanie rezultatu.

8. Umowa swobodnie negocjowana

W końcowej części niniejszych rozważań należy jeszcze odpowiedzieć na pytanie, czy umowa offsetowa jest umową swobodnie negocjowaną, czy też umową adhezyjną³²². Modelową umową jest umowa powstała w wyniku swobodnych negocjacji kontrahentów. Dopuszcza się jednak, aby treść umowy była jednostronnie i definitywnie ustalona przez jednego kontrahenta, który narzuca ją drugiej stronie w taki sposób, że nie ma miejsca na swobodne negocjowanie umowy. Swoboda kontraktowania drugiej strony jest wówczas zredukowana do niezbędnego minimum, tj. do podjęcia decyzji o zawarciu kontraktu przez przyjęcie wszystkich jego postanowień lub też decyzji o odstąpieniu od zawarcia umowy. Tego typu umowy, zawierane przez przystąpienie do umowy o treści ustalonej z góry i jednostronnie przez jednego z kontrahentów, określa się mianem umów adhezyjnych (umów przystąpienia). Charakteryzują się one zatem brakiem rokowań co do treści umowy i formalnie ujętym konsensem. Rozpowszechniły się one w praktyce przez stosowanie rozmaitego rodzaju wzorców kontraktowych (ogólnych warunków umów, wzorców umów czy tzw. regulaminów), dostosowanych do potrzeb jednolitego i szybkiego obrotu standardowych towarów i usług.

³²² Ibidem, s. 458-459, nb 57.

Brak jest podstaw uzasadniających dla przyjęcia poglądu, zgodnie z którym umowa offsetowa ma charakter umowy adhezyjnej. Jedynym przykładem regulacji ustawy offsetowej przemawiającym za wiodącą rolą Skarbu Państwa w przygotowywaniu treści umowy offsetowej jest art. 8 ust. 2 i 4 ustawy offsetowej. Zgodnie z tymi przepisami Minister Obrony Narodowej przekazuje zamawiającemu wraz z ofertą offsetową także projekt umowy offsetowej. Projekt ten wraz z ofertą stanowi element warunków postępowania o udzielenie zamówienia o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. W istocie jednak powyższe regulacje wskazują wyłącznie na to, który podmiot wychodzi z inicjatywą przedstawienia projektu umowy offsetowej; projekt ten jest następnie punktem wyjścia dla dalszych negocjacji. Ustawa wskazuje też w sposób jednoznaczny, że umowa offsetowa zawierana jest w drodze negocjacji (art. 7 ust. 1 ustawy offsetowej). Ustawa nie określa przy tym w żaden szczególny sposób znaczenia ww. projektu umowy offsetowej w procesie dalszych negocjacji. Oznacza to, że projekt umowy offsetowej powinien stanowić punkt wyjścia dla dalszych negocjacji, nie ma natomiast żadnych przeciwwskazań, aby odejść od przyjętych w tym projekcie rozwiązań i założeń. Tak również dzieje się w praktyce, gdzie pomiędzy projektem umowy offsetowej a ostatecznym jej kształtem mogą zachodzić daleko idące różnice. Powyższe wynika również z faktu, że w relacjach Skarb Państwa – zagraniczny dostawca nie można jednoznacznie wskazać podmiotu o pozycji wiodącej. Rynek zbrojeniowy charakteryzuje się niewielką liczbą uczestników zarówno po stronie popytu, jak i po stronie podaży. Wzajemne relacje tych podmiotów zależą w praktyce od okoliczności konkretnego zamówienia, w związku z którym zawierana jest umowa offsetowa (tj. od tego, któremu podmiotowi bardziej zależy na dojściu umowy dostawy do skutku).

9. Podsumowanie

W rozdziale dziewiątym pracy umowa offsetowa została ujęta jako umowa nazwana, dwustronna, jednostronnie zobowiązująca, do której zawarcia dochodzi w wyniku osiągnięcia konsensusu przez strony w toku swobodnie prowadzonych negocjacji. Umowa ta ma jednocześnie charakter kauzalny i odpłatny. Ponadto, ze względu na charakter zobowiązań offsetowych, umowa offsetowa jawi się jako umowa o zobowiązanie rezultatu.

Rozdział X Umowa offsetowa a umowy o podobnym charakterze

W ostatnim rozdziale pracy porównano umowę offsetową ze zbliżonymi do niej instytucjami prawnymi, tj. umową ramową i umową kompensacyjną. W wyniku przeprowadzonej analizy należałoby przesądzić, czy przyjęta w nauce kwalifikacja umowy offsetowej jako umowy ramowej i kompensacyjnej jest zasadna.

1. Umowa offsetowa a umowa ramowa

Jak trafnie wskazuje się w orzecznictwie, unormowania dotyczące umowy ramowej, przewidziane w poszczególnych aktach prawnych (np. art. 2 pkt 9a p.z.p.), znajdują zastosowanie wyłącznie w odniesieniu do stosunków prawnych w tych aktach uregulowanych³²³. Nie wykształcił się przy tym jednolity typ empiryczny umowy ramowej, który mocą ustalonego zwyczaju pomagałby w dookreśleniu charakteru tej umowy. Na aprobatę zasługuje pogląd, zgodnie z którym do wniosków mających wynikać z zakwalifikowania konkretnej umowy jako umowy ramowej należy podchodzić z dużą ostrożnością. Decydujące znaczenie dla określania treści stosunku prawnego wynikającego z danej umowy ma bowiem jej treść oceniana w świetle przepisów prawa zobowiązań. Brak jednolitego poglądu co do cech umowy ramowej nie oznacza jednak, że problematykę tę należy pominąć. Kwalifikowanie umowy offsetowej jako umowy ramowej może bowiem wpłynąć na interpretację przepisów ustawy offsetowej w części dotyczącej zawierania umowy offsetowej, jak również może mieć znaczenie w procesie wykładni przepisów ustawy offsetowej. W doktrynie reprezentowany jest pogląd, który w nawiązaniu do ramowego charakteru umowy offsetowej odrzuca m.in. możliwość jej kwalifikowania jako umowy o świadczenie na rzecz osoby trzeciej lub umowy kauzalnej³²⁴.

W doktrynie dominuje pogląd, zgodnie z którym umowy ramowe stanowią grupę czynności prawnych poprzedzających zawarcie umowy definitywnej,

³²³ Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., I CSK 395/16, Legalis nr 1640642.

³²⁴ Przykładowo: A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 312-313, 315-316, nb 30 i 36.

które są ukształtowane przez praktykę obrotu cywilnoprawnego. Umowa ramowa wraz z odpowiednim do niej aktem wykonawczym (realizacyjnym) jest jednym z przypadków powiązania umów typu umowa bazowa – umowa realizacyjna³²⁵. Zawarcie umowy ramowej, będącej w świetle prawa polskiego umową nienazwaną, jest dopuszczalne zgodnie z zasadą swobody umów (art. 353¹ k.c.). Umowy ramowe mogą występować bądź samoistnie, bądź w sposób sprzężony z innymi porozumieniami. Skomplikowany charakter transakcji w obrocie gospodarczym sprawia, iż umowa ramowa ma w tym obrocie szerokie zastosowanie, w szczególności tam, gdzie ostateczne sprecyzowanie wzajemnych zobowiązań stron jest w danym momencie jeszcze niemożliwe lub niecelowe, a strony mimo to pragną związać się już węzłem obligacyjnym. Konkretyzacja ramowych postanowień umownych następuje w odpowiednich aktach wykonawczych. Umowy ramowe występują zwłaszcza w obustronnie profesjonalnym obrocie gospodarczym. Charakter taki ma przykładowo długoterminowa umowa sprzedaży lub umowa kompensacyjna. Umowy ramowe stanowią zatem instrument organizujący proces zawierania umów w przyszłości³²⁶. Przeważnie nie chodzi jednak o przygotowanie do zawarcia pojedynczej umowy, lecz wielu umów, zwanych umowami realizacyjnymi, które zwykle są umowami tego samego typu³²⁷. Przewidziane w umowie ramowej postanowienia umów realizacyjnych będą wiązały przy ich zawieraniu, o ile strony w danym przypadku nie postanowią odmiennie. Zawarcie umowy ramowej nie ogranicza bowiem stron co do możliwości późniejszego odmiennego kształtowania treści umów realizacyjnych, jak również nie uniemożliwia im zawierania tych umów w innym trybie, niż przewidziany w umowie ramowej. Strony składając zgodne oświadczenia woli, mają bowiem kompetencję zarówno do zmiany samej umowy ramowej, jak i do niestosowania jej postanowień w odniesieniu do jakiegokolwiek umowy realizacyjnej. Postanowienia umów realizacyjnych są w niej ujęte w sposób na tyle ogólny, że nie jest możliwe

³²⁵ M. Spyra, S. Włodyka, [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017, s. 48-49, nb 92-94.

³²⁶ A. Brzozowski, P. Machnikowski, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 425-426, nb 10.

³²⁷ M. Krajewski, *Zobowiązania powstające podczas zawierania umów* [w:] *SPP*, red. Z. Radwański, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2013, nb 201-202, s. 944-945.

na ich podstawie określenie, jakie dokładnie mają być przyszłe świadczenia stron³²⁸. Nie można zatem przyjąć, iż na podstawie zawartej umowy ramowej zostały uzgodnione istotne postanowienia umów realizacyjnych. Umowa ramowa organizuje proces zawierania tych umów, przy czym jej cel nie sprowadza się do ustanowienia gwarancji, że zostanie zawarta umowa o określonej treści.

W doktrynie podawane są zwykle dwa znaczenia umowy ramowej, a mianowicie umowa ramowa w ścisłym tego słowa znaczeniu oraz w znaczeniu szerszym³²⁹. Umowa ramowa *sensu stricto* to umowa, w której strony zobowiązują się wzajemnie w sposób ostateczny, ale jedynie ramowy³³⁰. Ostateczność zobowiązań stron w umowie ramowej odróżnia ją od umowy przedwstępnej (389 k.c.), w której definitywne zobowiązania wyrażone zostaną dopiero w umowie przyrzeczonej. Wskazana ostateczność odróżnia umowę ramową także od porozumienia w sprawie warunków umów (niezobowiązującego jeszcze stron do właściwych świadczeń), jak również od tzw. punktacji, która stanowi jedynie formę utrwalenia wyników rokowań na pewnym ich etapie. Ostateczność zobowiązań stron w umowie ramowej oznacza, iż mają one dla stron charakter definitywny w ich ramowym zakresie. Ramowość umowy oznacza, iż wprawdzie obowiązki stron są już na tyle dostatecznie sprecyzowane, aby można je uznać za zobowiązania, jednak charakteryzują się one takim stopniem ogólności, iż nie nadają się jeszcze do wykonania bez tzw. aktów wykonawczych, nawet przy zastosowaniu reguł wykładni oświadczeń woli. Aby zatem umowa mogła być wykonana, musi nastąpić skonkretyzowanie zobowiązania w odpowiednim akcie wykonawczym. Od umowy przedwstępnej umowa ramowa różni się także tym, iż umowa wykonawcza jest w przypadku umowy przedwstępnej przedmiotem zobowiązania i dopiero z tej umowy (wykonawczej) wynikają właściwe zobowiązania stron, natomiast w przypadku umowy ramowej zawarcie umów definitywnych nie jest przedmiotem zobowiązania, lecz tylko środkiem konkretyzacji właściwych zobowiązań stron³³¹. Umowa ramowa różni się też w sposób istotny od umowy o negocjacje oraz listu intencyjnego. Ramowość zobowiązań umowy

³²⁸ M. Krajewski, *Zobowiązania...*, nb 203-202, s. 945-946.

³²⁹ M. Spyra, S. Włodyka, [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., nb 94-102, s. 49-52.

³³⁰ *Ibidem*, s. 49, nb 95.

³³¹ *Ibidem*, s. 49, nb 95.

ramowej i zastrzeżenie, iż ostateczna ich konkretyzacja nastąpi dopiero w odpowiednich aktach wykonawczych, powinny być rozumiane jako szczególny przypadek tzw. oznaczalności przedmiotu zobowiązań³³². Zobowiązanie, aby było prawnie skuteczne, nie musi być bowiem sprecyzowane, wystarczy, iż jest ono „oznaczalne”. Zgodnie z dominującym w doktrynie poglądem, zobowiązanie jest oznaczalne, gdy w umowie stanowiącej jego źródło podano kryteria, na podstawie których, ewentualnie przy pomocy reguł wykładni oświadczeń woli, może być ono ostatecznie oznaczone³³³. Przyjąć należy, iż w przypadku umowy ramowej oznaczalność przedmiotu zobowiązania następuje w odpowiednim akcie wykonawczym. Ramowe postanowienie umowne jest jednak prawnie skuteczne nawet wówczas, gdy w umowie ramowej nie ustalono obiektywnych kryteriów (podstaw) ostatecznej konkretyzacji zobowiązania. Za wskazane kryterium uznać należy odesłanie do aktu wykonawczego, którym jest przede wszystkim tzw. umowa definitywna (ostateczna, wykonawcza, realizacyjna). Przyjmuje się, że niezawarcie aktu wykonawczego do umowy ramowej sprawia, że umowa ramowa staje się bezskuteczna. Tym samym, zobowiązanie z umowy ramowej należy traktować jako niebyłe, o ile umowa ramowa nie przewiduje innych, alternatywnych konsekwencji³³⁴.

W literaturze umowę ramową ujmuje się także w znaczeniu szerokim, a mianowicie jako czynność prawną obejmującą postanowienia wszystkich postaci umów bazowych, tj.: porozumień w sprawie warunków umów (umów normatywnych), umów ramowych *sensu stricto* oraz umów przedwstępnych³³⁵. Każda z tych postaci jest odmienna, zarówno co do treści wynikających z nich zobowiązań, jak i co do wywoływanych przez nie skutków prawnych. Ze względu na różnorodność umowy ramowej w jej znaczeniu szerokim, w niniejszym rozdziale uwagę skupiono na porównaniu umowy offsetowej z umową ramową *sensu stricto*.

Pomimo sporów dotyczących istoty umowy ramowej, zwykle przyjmuje się, że cechą charakterystyczną umowy ramowej jest brak ścisłego oznaczenia świadczenia, tj. w stopniu pozwalającym na jego wykonanie bez aktu wykonawczego,

³³² Ibidem, s. 50, nb 96.

³³³ Ibidem, s. 50, nb 96.

³³⁴ Ibidem, s. 51, nb 100.

³³⁵ Ibidem, s. 51-52, nb 102.

nawet przy zastosowaniu ogólnych reguł wykładni oświadczeń woli. Umowa ramowa nie przesądza ani o ogólnej wielkości przyszłych świadczeń, ani w szczególności o terminach ich spełnienia³³⁶. W efekcie stopień pewności stron co do rzeczywistego uzyskania świadczenia jest wprawdzie niższy, lecz i zakres ryzyka gospodarczego każdej z nich zostaje odpowiednio ograniczony. W tym zakresie kluczowe jest również odróżnienie umowy ramowej od umowy definitywnej o ramowej postaci³³⁷. Strony umowy ramowej, dla osiągnięcia swych celów gospodarczych, zobowiązują się współdziałać przez zawieranie umów określonych rodzajowo, które dopiero zaspokoją gospodarcze interesy stron. Brak sprecyzowania niektórych elementów umów wykonawczych jest jedną z podstawowych cech umowy ramowej. Natomiast umowa definitywna o postaci ramowej, nawet długoterminowa, zobowiązująca do świadczenia sukcesywnego, ma na celu bezpośrednio i ostateczne zaspokojenie interesów gospodarczych stron. Musi ona wskazywać co najmniej obiektywne podstawy dla ustalenia przedmiotu świadczenia. Z ramową postacią umowy definitywnej mamy do czynienia w sytuacji, gdy zawarta umowa obejmuje wyłącznie postanowienia istotne, wyznaczające treść stosunku obligacyjnego w zakresie niezbędnym dla skuteczności osiągniętego konsensusu. Konkretyzacja świadczenia, zgodnie z treścią umowy, nastąpi w późniejszym terminie. Tymczasem umowa ramowa jest czynnością prawną przygotowującą dopiero do zawarcia umów definitywnych, zobowiązującą strony do współdziałania przy zawieraniu tych umów i określającą warunki kontaktowania w przyszłości. Wynikający z umowy ramowej obowiązek kontraktowania nie sprowadza się do obowiązku zawarcia umowy, którą można by było przymusowo wyegzekwować.

Biorąc pod uwagę powyższe, należy przejść do porównania umowy ramowej *sensu stricto* z umową offsetową. Umowa offsetowa, jak wskazano już we wcześniejszej części pracy, niewątpliwie ma charakter wiążący dla stron, umowa ta obostrzona jest ponadto szczegółowymi regulacjami dotyczącymi zasad odpowiedzialności. Jak zauważono już, umowa offsetowa jest zwykle opisywana w doktrynie jako rodzaj umowy ramowej. Gdy chodzi o poprzednio obowiązującą

³³⁶ A. Kappes, W. Kocot, M. Romanowski, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 167-169, nb 38-40.

³³⁷ A. Olejniczak, *Przegląd Piśmiennictwa*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 1989/4, s. 373-376.

ustawę, w doktrynie podnoszono, że zobowiązania offsetowe obejmują świadczenia, których oznaczenie w umowie offsetowej ma zazwyczaj charakter dość ogólny, ramowy, zobowiązujący zagranicznego dostawcę do zawarcia w przyszłości umów wykonawczych. Jak wskazywano, choć możliwość określenia zobowiązań offsetowych w sposób szczegółowy w samej umowie offsetowej nie była wykluczona, to jednak w praktyce rzadko do tego dochodziło. To dopiero umowy wykonawcze miały za zadanie skonkretyzowanie przedmiotu świadczenia, ponieważ ich skutkiem miało być, przykładowo, nabycie udziałów, wniesienie wkładów, czy też przeniesienie praw do rzeczy bądź świadczenie usług. Jak wskazywano, umowa offsetowa była powszechnie uznawana za kontrakt ramowy, a więc taki rodzaj porozumienia między partnerami przedsięwzięcia gospodarczego, które ma na celu zawarcie określonych umów w przyszłości, bez konkretyzowania ich treści w stopniu koniecznym dla uznania, że doszło do zawarcia umowy przedwstępnej³³⁸. Wskazywano zatem, że umowa offsetowa miała sama w sobie charakter ramowy³³⁹. Przedstawiony pogląd jest także powtarzany na gruncie obecnie obowiązującej ustawy offsetowej; wskazuje się zatem na ramowy i długoterminowy charakter umowy offsetowej³⁴⁰. Niekiedy zauważa się nawet, że konieczność doprecyzowania postanowień umowy offsetowej może stać w sprzeczności z jej naturą³⁴¹. Większość przedstawicieli doktryny nie wyjaśnia jednak w szczególności sposób powyższego stanowiska. Teza o ramowym charakterze umowy offsetowej jest zwykle powtarzana za jedną z najbardziej doniosłych i najczęściej cytowanych prac na temat offsetu w polskim porządku prawnym z 2000 r.³⁴². W pracy tej wskazano, że jedną z istotnych cech umowy offsetowej, pozwalających odgraniczyć ją od innych typów umów, jest m.in. jej ramowy charakter. Powyższe wynikać miało z faktu, że określone w niej obowiązki w postaci zobowiązań

³³⁸ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2011, s. 285, 289-293, nb 12, 20, 22, 25, 26; A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX, *Międzynarodowe prawo handlowe*, Warszawa 2013, s. 939, 942-946, nb 86, 101, 106, 111-115.

³³⁹ M. Bednarek, P. Drapała, E. Łętowska, K. Osajda, [w:] red. E. Łętowska, *SPP*, t. V..., s. 1000, nb 67.

³⁴⁰ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 308, 311-316, nb 18, 27, 30, 34, 35, 36; W. Pawłuszko, F. Seredyński, *Ustawa...*, art. 2, nb 3.

³⁴¹ A. Niewęglowski, *Umowa Offsetowa* [w:] *Pozakodeksowe umowy handlowe*, red. A. Kidyba, Warszawa 2018.

³⁴² A. Szumański, *Ustawa...*, s. 21, 28, 29, 46.

offsetowych nie mogą być zrealizowane bez zawarcia umów wykonawczych, czy też zawarcia umów założycielskich spółek kapitałowych albo przystąpienia do istniejących już spółek. Powyższa teza uzasadniana była przede wszystkim faktem, że umowa offsetowa ma zazwyczaj długoterminowy charakter, wobec czego przedmiot zobowiązań nie może być określony w sposób w pełni skonkretyzowany, a co najwyżej w sposób ramowy.

Odnosząc się do powyższych poglądów należy wskazać, że teza o ramowym charakterze umowy offsetowej została sformułowana na wstępnym etapie instytucjonalizacji offsetu w Polsce. Powołana powyżej praca wydana została w roku 2000, tj. rok po wejściu w życie dawnej ustawy offsetowej oraz rok przed zawarciem pierwszej umowy offsetowej w Polsce³⁴³. W tamtym okresie nie wykształciła się jeszcze praktyka stosowania ustawy offsetowej w Polsce, ani też nie była wówczas możliwa dogłębna analiza obrotu prawnego w powyższym zakresie. W doktrynie trudno jest odnaleźć argumentację przemawiającą za tezą o ramowym charakterze umowy offsetowej w obecnym stanie prawnym, który ukształtował się w wyniku wejścia w życie ustawy offsetowej. Trudno również odnaleźć próbę analizy powyższego zagadnienia z uwzględnieniem obecnie obowiązującej regulacji prawnej w zakresie sposobu formułowania zobowiązań offsetowych.

Z tezą o ramowym charakterze umowy offsetowej nie można jednak się zgodzić. Teza ta nie znajduje bowiem uzasadnienia na gruncie obecnie obowiązującej ustawy; w istocie rzeczy wydaje się ona błędna także na gruncie poprzedniej ustawy, w szczególności w ostatnich latach jej obowiązywania. W pierwszej kolejności należy podkreślić, że umowy offsetowe są od wielu lat niezwykle obszerne; ich postanowienia mają więc bardzo szczegółowy charakter. Przeważnie przedmiot zobowiązań offsetowych opisywany jest w sposób precyzyjny w załączniku do umowy offsetowej zwyczajowo zwanym Specyfikacją Zobowiązań Offsetowych. Taki sposób redakcji umowy offsetowej jest uzasadniony ze względu na fakt, że Specyfikacja Zobowiązań Offsetowych często wielokrotnie przekracza swoją objętością pozostałą treść umowy. Przyjęte rozwiązanie powoduje, że ukształtowany w praktyce wzór umowy offsetowej

³⁴³ Umowy Offsetowe zawarte przez Skarb Państwa RP reprezentowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki z Zagranicznymi Dostawcami według stanu na dzień 31 grudnia 2014 r., Ministerstwo Rozwoju.

może być z powodzeniem wykorzystywany w negocjacjach dotyczących różnych umów offsetowych. Częścią, która w największym stopniu ulega zmianom w trakcie negocjacji prowadzonych z nowymi zagranicznymi dostawcami, jest przede wszystkim przedmiot umowy, tj. sposób sformułowania zobowiązań offsetowych. Na etapie negocjacji umowy offsetowej możliwe jest zatem szczegółowe opisanie zobowiązań offsetowych. Stopień szczegółowości tego opisu jest oczywiście zróżnicowany w zależności od danej umowy. Zobowiązania offsetowe są niekiedy określane w sposób tak szczegółowy, że w umowie wymieniane są wręcz wszystkie dokumenty, które mają zostać przekazane w wykonaniu zobowiązania offsetowego wraz z określeniem ich elektronicznego formatu (np. .doc). Taki sposób postępowania nie towarzyszy wprawdzie każdej umowie offsetowej, niemniej jednak błędny wydaje się pogląd, zgodnie z którym zobowiązania offsetowe nie są dostatecznie szczegółowo opisane w umowie offsetowej, aby możliwe było ich wykonanie bez następczego dookreślenia. Jedynym elementem, który mógłby przemawiać za przyjęciem tezy o ramowym charakterze umowy offsetowej, jest fakt, że po jej zawarciu istotnie dochodzi do zawierania umów wykonawczych pomiędzy offsetodawcą i offsetobiorcą. Powyższe wynika z faktu, że beneficjentem umowy offsetowej (a często również jej wykonawcą) nie są strony umowy offsetowej. Wobec powyższego niezbędne jest zawarcie umowy, w której podmioty niebędące stroną umowy offsetowej wyrażą wolę jej wykonania, i która określi zasady rządzące wykonywaniem tej umowy w stosunku do tych podmiotów. Należy jednak podkreślić, że celem umowy wykonawczej nie jest dookreślenie – w sposób wiążący dla stron umowy offsetowej – jej przedmiotu. Wręcz przeciwnie, z punktu widzenia Ministra Obrony Narodowej, który weryfikuje wykonywanie umowy offsetowej, wyłącznie treść umowy offsetowej ma decydujące znaczenie przy dokonywaniu przedmiotowej oceny. Ocena, czy doszło do należytego wykonania zobowiązań offsetowych, a w konsekwencji czy zasadne jest formułowanie z powyższego tytułu roszczeń odszkodowawczych, dokonywana jest na podstawie umowy offsetowej i przyjętego w niej sposobu sformułowania zobowiązań offsetowych. Umowa wykonawcza ma za zadanie, poza potwierdzeniem woli osoby trzeciej przyjęcia i wykonania świadczenia, określić sposób jej wykonania, tj. implementować świadczenia określone już na etapie umowy offsetowej. Umowa wykonawcza nie modyfikuje jednak treści samego zobowiązania offsetowego. Jako przykład można podać ogólne określenie przedmiotu dokumentacji lub tematów

szkoleń objętych zobowiązaniem offsetowym, jak również ram czasowych wykonania tego zobowiązania. Zawarcie umowy wykonawczej, która wskaże dokładny termin przeprowadzenia szkolenia lub przekazania dokumentacji nie zmienia faktu, że wykonanie zobowiązania ma nastąpić w terminie określonym w umowie offsetowej. Podobnie bliższe określenie przez strony, jaka dokładnie dokumentacja będzie wymagana do osiągnięcia celu określonego umową offsetową, nie wpływa na fakt, że treść zobowiązania została już ujęta w umowie offsetowej, tj. wskazano w niej, jaki efekt ma zostać osiągnięty w wyniku przekazania tej dokumentacji. Tym samym umowa offsetowa mogłaby być kwalifikowana co najwyżej jako umowa definitywna o ramowym charakterze, natomiast nie ma podstaw do uznania jej za przykład umowy ramowej. Warto przy tym podkreślić, że powyższe stanowisko ma w chwili obecnej o wiele większe uzasadnienie normatywne. Można wręcz postawić tezę, że obecnie niedopuszczalne byłoby zawarcie umowy offsetowej będącej jedynie umową ramową. Wynika to przede wszystkim z konieczności szczegółowego uzasadniania potrzeby stosowania offsetu z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa ocenianych przez pryzmat klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Ocena ta została przy tym powierzona Ministrowi Obrony Narodowej. Zdolności, które mają być pozyskiwane przez offsetobiorców, są ściśle definiowane przez strony umowy offsetowej. Rezultat, który ma być osiągnięty w wyniku realizacji zobowiązania, nie jest zatem określony w umowie wykonawczej. Przy tak skonstruowanym modelu offsetu w Polsce nie można zaakceptować tezy, że umowa offsetowa miałaby wyznaczać wyłącznie kierunek zobowiązań offsetowych, natomiast samo dokładne określenie zdolności, jakie miałyby zostać przekazane, zostałyby powierzone offsetobiorecy i offsetodawcy. W związku z powyższym, należy przyjąć stanowisko, że umowa offsetowa ma charakter umowy definitywnej. W praktyce zawierane są oczywiście umowy wykonawcze, jednakże ich funkcja sprowadza się przede wszystkim do organizacji procesu wykonania zobowiązań offsetowych określonych w umowie offsetowej. Przyjęcie odmiennego stanowiska oznaczałoby, że każda bardziej skomplikowana umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej musi w istocie mieć charakter umowy ramowej, gdyż wymagane jest porozumienie się podmiotu wykonującego owe świadczenie z osobą trzecią. Na koniec tej części rozważań warto jeszcze przytoczyć podnoszony przez praktyków argument, zgodnie z którym z punktu widzenia interesów Skarbu Państwa oraz offsetobiorców

zalecany jest jak najwyższy stopień konkretyzacji zobowiązań offsetowych na etapie umowy offsetowej. Powyższe związane jest z faktem, że to właśnie na etapie negocjacji umowy offsetowej polska strona ma najsilniejszą pozycję negocjacyjną, co wynika z możliwości rezygnacji z zawarcia umowy dostawy. Po zawarciu umowy offsetowej negocjacje umowy wykonawczej są o wiele trudniejsze, bowiem offsetodawcy stoją wówczas na oczywistym stanowisku, że nie będą przekazywać na rzecz offsetobiorców dodatkowych świadczeń, tj. takich, do których nie zostali zobowiązani na podstawie umowy offsetowej.

2. Umowa offsetowa a umowa kompensacyjna

Na wstępie niniejszych rozważań należy zauważyć, że zrekonstruowanie istoty umowy kompensacyjnej nastrocza znacznych trudności. Wynika to z faktu, że umowa ta jest pojmowana w zróżnicowany sposób, co utrudnia formułowanie uogólnień w tym zakresie. Przed przystąpieniem jednak do właściwej analizy, należy przytoczyć wyrażony na gruncie dawnej ustawy offsetowej pogląd, zgodnie z którym ze względu na fakt, że umowa offsetowa jest umową nazwaną, porównywanie jej do umowy nienazwanej, jaką jest umowa kompensacyjna, choć nie ma znaczenia praktycznego, to jednak ma walor poznawczy³⁴⁴. Z powyższego wynika, że przesądzenie możliwości kwalifikowania umowy offsetowej jako umowy kompensacyjnej, nie ma wpływu na dobór przepisów wyznaczających reżim prawny umowy offsetowej. Niemniej jednak dokonując kompleksowej analizy charakteru prawnego umowy offsetowej niezbędne wydaje się również podjęcie zagadnienia, czy umowa ta ma kompensacyjny charakter.

Przedstawiciele doktryny zgodnie opisują umowę kompensacyjną jako postać tzw. transakcji kompensacyjnych³⁴⁵. Tym ostatnim pojęciem określa się przede wszystkim przedsięwzięcia w handlu międzynarodowym, w ramach których występują pozostające ze sobą w zależności świadczenia niepieniężne zarówno ze strony

³⁴⁴ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 30.

³⁴⁵ A. Olejniczak, *Charakter Prawny Umów Kompensacyjnych*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 1991/1, s. 55-77; A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 915-918, nb 1-10; W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 116-119, nb 89-95; M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 902, nb 132.

eksportera, jak i importera³⁴⁶. Transakcje kompensacyjne nie stanowią jednolitej grupy, niemniej jednak cechą charakterystyczną tych transakcji jest to, że dostawy i usługi jednej strony mają być pokrywane wzajemnymi dostawami lub usługami partnera. Zjawisko transakcji kompensacyjnych cechuje się zatem równoważnymi świadczeniami stron, które co najmniej w pewnym zakresie mają charakter niepieniężny. Elementem konstytuującym handel kompensacyjny jest zależność, jaka łączy strony wymiany gospodarczej; mianowicie dostawca towarów lub usług uzyskuje możliwość zawarcia stosownej umowy pod warunkiem, że stworzy także swojemu kontrahentowi gwarancję zbycia towarów lub świadczenia usług³⁴⁷. Tym samym handel kompensacyjny jest kwalifikowany jako jedna z postaci tzw. transakcji wiązanych lub uwarunkowanych³⁴⁸. Od strony ekonomicznej transakcja kompensacyjna postrzegana jest jako jedno przedsięwzięcie. Jej struktura prawna może być natomiast różna, w zależności od przyjętych przez strony rozwiązań. W tym zakresie można wskazać zarówno na drogę bezpośredniej wymiany towarów lub usług między stronami (np. barter), jak również na bardziej złożone formy kooperacji, np. kontrzakup³⁴⁹. Jak podkreśla się w doktrynie, nie ma transakcji kompensacyjnej bez zobowiązania się zbywcy (eksportera) wobec nabywcy jego towarów lub usług (importera) do dokonania zakupów kompensacyjnych, a więc nabycia towarów lub usług oznaczonych przez tę drugą stronę³⁵⁰. Odnośnie genezy tak rozumianych transakcji kompensacyjnych, w doktrynie wskazuje się, że przyczyną rozwoju transakcji kompensacyjnych w obrocie międzynarodowym jest występująca pomiędzy państwami nierównowaga gospodarcza³⁵¹. Następstwem tej nierównowagi jest niedobór środków pieniężnych u kontrahentów z państw o słabszym potencjale ekonomicznym. Transakcje kompensacyjne pozwalają zaradzić tym problemom. Wśród czynników sprzyjających sięganiu po instrumenty handlu kompensacyjnego dla kontrahentów z państw o słabszej pozycji gospodarczej wskazuje się możliwość finansowania zakupów, kreowanie

³⁴⁶ A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 915, nb 1.

³⁴⁷ *Ibidem*, s. 916, nb 5.

³⁴⁸ *Ibidem*, s. 915, nb 1.

³⁴⁹ *Ibidem*, s. 916, nb 5.

³⁵⁰ *Ibidem*, s. 917, nb 6.

³⁵¹ *Ibidem*, s. 915, nb 1.

popytu na własne towary, stabilizację warunków wymiany towarowej, obejście protekcyjnych praktyk, poprawę konkurencyjności towarów, wzbogacenie oferty eksportowej, czy zapewnienie dostępu do nowoczesnych technologii³⁵². Z kolei kontrahentów z państw o silniejszej gospodarce do akceptacji transakcji kompensacyjnych skłania przede wszystkim chęć uzyskania dostępu do zamkniętych rynków zbytu i alternatywnych źródeł zaopatrzenia w surowce i półprodukty.

Doktryna wyróżnia następujące rodzaje transakcji kompensacyjnych³⁵³:

- proste i złożone – podział ten uzależniony jest od tego, czy kontrahenci zobowiązują się w wyniku jednego zdarzenia cywilnoprawnego do bezpośredniej wymiany świadczeń niepieniężnych, w ramach której towar lub usługa będą świadczone w zamian za inny towar lub inną usługę (prosta transakcja kompensacyjna), czy też do tej transakcji dochodzi na skutek wielu czynności prawnych, często przy zaangażowaniu rozbudowanej struktury podmiotowej (złożona transakcja kompensacyjna);
- niepieniężne i rozliczane w pieniądzu – podział ten uzależniony jest od niepieniężnego lub pieniężnego charakteru obowiązku, który został nałożony na jednego z partnerów transakcji w celu zrównoważenia jego świadczenia niepieniężnego;
- transakcje kompensacji handlowej, przemysłowej i finansowej – podział ten oparty jest na kryterium dalszych celów, którym ma służyć wybrany instrument kompensacyjny. Jeżeli świadczenie niepieniężne eksportera związane jest z jego zakupem kompensacyjnym w ten sposób, że zobowiązanie do wymiany towarów staje się warunkiem dojścia transakcji do skutku, wówczas ma miejsce transakcja kompensacji handlowej. Natomiast do transakcji kompensacji przemysłowej zalicza się te transakcje, gdzie przedmiotem zakupu kompensacyjnego są towary wyprodukowane przy użyciu dostarczonych w ramach danej transakcji urządzeń lub technologii. Zobowiązania te mają charakter długoterminowy, ponieważ wymiana towarowa służy tu realizacji zamierzeń stron podjętych

³⁵² Ibidem, s. 916, nb 3.

³⁵³ W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 117-118, nb 93-95.

w ramach współpracy przemysłowej, często celem wykonania określonej instalacji przemysłowej. Transakcje kompensacji finansowej to trzeci rodzaj transakcji wymiennych. Służą one wyłącznie rozliczeniu konkretnej operacji handlowej. Taki charakter ma kompensacja przerzutowa, gdzie – tytułem zapłaty ceny lub wynagrodzenia należnych dostawcy towaru/usługi – dochodzi do przelewu wierzytelności (zwykle w postaci papieru wartościowego), której podmiotem, w państwie trzecim, jest nabywca towaru lub usługi.

Z punktu widzenia niniejszej pracy kluczowe znaczenie mają tzw. transakcje offsetowe, które są zaliczane przez przedstawicieli doktryny do grupy transakcji kompensacyjnych³⁵⁴. Do transakcji offsetowych dochodzi w wyspecjalizowanym sektorze międzynarodowego obrotu gospodarczego. Chodzi tu zwłaszcza o handel sprzętem technologicznie zaawansowanym, powstałym w rezultacie badań naukowo-technicznych realizowanych na potrzeby wojska. W zawieraniu tych umów często uczestniczą państwa, bezpośrednio w charakterze strony, albo pośrednio, kontrolując przebieg procesu zawarcia umowy i wpływając na wybór kontrahentów, a także treść zawieranych umów. Należy zauważyć, że zakup specjalistycznego sprzętu, zazwyczaj poważnie obciąża budżet strony nabywającej ten sprzęt; ma on jednak olbrzymie znaczenie innowacyjne dla danego sektora gospodarki, upowszechniając nowe technologie i zapewniając zatrudnienie. Te względy leżą u podstaw dążenia do uzyskania wymienionych korzyści, przy możliwie jednak zredukowanym obciążeniu finansowym. Z tego powodu transakcje przybierają niekiedy postać wymienną, tj. zobowiązanie eksportowe zostaje powiązane z zobowiązaniem eksportera do kompensacji, która może wykraczać poza branżę przemysłu obronnego. Co do struktury prawnej transakcji offsetowej, to zobowiązanie eksportowe i zobowiązanie kompensacyjne nie wynikają z jednej czynności prawnej, a cała transakcja dochodzi do skutku drogą wielu umów, w szczególności zawierana jest umowa eksportowa, umowa offsetowa (umowa kompensacyjna), umowy wykonawcze, kredytowe, udzielane są także gwarancje bankowe. Rozliczenie transakcji następuje w pieniądzu, niemniej jednak zdarza się, że kontrahenci przewidują potrącenie

³⁵⁴ A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 923-924, nb 26-28; W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 123-124, nb 108-109.

wzajemnych wierzytelności na podstawie klauzuli zawierającej zgodę eksportera na potrącenie jego wierzytelności z tytułu dostawy eksportowej z wierzytelnością importera powstałą wskutek realizacji przezeń świadczenia kompensacyjnego. Właśnie potrąceniu (ang. *off-set*) zawdzięcza nazwę cała transakcja, przy czym obecnie nie należy tego terminu kojarzyć z kodeksowym potrąceniem, a raczej z bilansem ekonomicznym tej transakcji handlowej, ponieważ kompensata jest częściej skutkiem wzajemnych świadczeń niż wykonaniem uprawnienia do potrącenia wierzytelności.

Przechodząc do omówienia pojęcia umowy kompensacyjnej, jak wskazuje się w doktrynie, jest ona kluczowym elementem konstrukcji transakcji kompensacyjnej. Powiązanie transakcji kompensacyjnej oraz umowy kompensacyjnej wyjaśnia się w ten sposób, że – skoro elementem konstytuującym handel kompensacyjny jest zależność, jaka łączy strony wymiany gospodarczej (tj. dostawca towarów lub usług uzyskuje możliwość zawarcia stosownej umowy wyłącznie pod warunkiem, że stworzy także swojemu kontrahentowi gwarancję zbycia towarów lub świadczenia usług) – umowa kompensacyjna jest instrumentem prawnym, który w ramach takiej transakcji wymiennej kreuje obowiązek kompensacyjny eksportera³⁵⁵. Umowa kompensacyjna decyduje więc o kompensacyjnym charakterze całej transakcji. To w umowie kompensacyjnej eksporter zobowiązuje się wobec importera do dokonania świadczeń kompensacyjnych, czyli z reguły do nabycia towarów lub usług oznaczonych przez strony. Nie należy więc utożsamiać transakcji kompensacyjnej, która służy do określenia złożonej struktury prawnej całego przedsięwzięcia handlowego, z czynnością prawną, która stanowi źródło zobowiązania kompensacyjnego. Niezwykle rzadko, w zasadzie tylko w przypadku barteru, cała transakcja kompensacyjna dochodzi do skutku w wyniku zawarcia jednej umowy zawierającej zobowiązanie eksportowe i kompensacyjne³⁵⁶. Zazwyczaj na złożoną strukturę prawną transakcji wymiennej składa się zespół umów. Umowa kompensacyjna jest jednym z jego elementów, który określa zobowiązanie kompensacyjne eksportera. W doktrynie wskazano na najważniejsze cechy umów kompensacyjnych występujących w obrocie prawnym,

³⁵⁵ A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 925, nb 32.

³⁵⁶ *Ibidem*, s. 925, nb 33.

przy czym pojęcie to używane jest w dwojakim znaczeniu³⁵⁷. W znaczeniu szerokim przez umowę kompensacyjną rozumie się każdą umowę dotyczącą konkretnej transakcji kompensacyjnej³⁵⁸. W znaczeniu wąskim przez umowę kompensacyjną rozumie się tylko umowę dotyczącą świadczeń kompensacyjnych, tj. tych, które mają służyć pokryciu należności z umowy głównej. Umowa kompensacyjna jest uznawana za kontrakt gospodarczy; kontrahentami po obu stronach są zatem przedsiębiorcy³⁵⁹. W umowach kompensacyjnych często spotyka się ustalenia co do podmiotów, wobec których eksporter powinien realizować swoje zobowiązanie. Poza drugą stroną umowy eksportowej, mogą to być także inne podmioty. Zagadnienia podmiotowe nie stwarzają trudności, jeżeli stronami i wykonawcami umów kompensacyjnych są kontrahenci umowy eksportowej. Podmiot, który w umowie eksportowej zobowiązał się dostarczyć drugiej stronie określone towary lub usługi (eksporter), występuje w umowie kompensacyjnej jako zobowiązany do nabycia towarów lub usług od drugiej strony, importera z umowy eksportowej. Jednak często spotykany jest udział osób trzecich, jako stron lub wykonawców umowy³⁶⁰. Z reguły ich wzajemne obowiązki określają umowy zawarte przez eksportera lub importera z osobą trzecią. Na ich podstawie osoby trzecie mogą zobowiązać się do zawarcia umowy kompensacyjnej (samodzielnie lub z innymi osobami), do przejęcia wszystkich lub części praw i obowiązków wynikających z umowy kompensacyjnej. Ponadto, odpowiednie postanowienia umów kompensacyjnych wskazują na podmioty, wobec których eksporter może zrealizować swoje zobowiązanie albo też pozostawiają wybór tych podmiotów importerowi (niekiedy także eksporterowi). W rezultacie kontrakty wykonawcze są zawierane przez eksportera z importerem i innymi podmiotami, bądź wyłącznie z osobami trzecimi. Prawa i obowiązki stron umowy kompensacyjnej wyznacza jej funkcja gospodarcza, jaką jest określenie zobowiązania kompensacyjnego eksportera³⁶¹. Funkcja gospodarcza

³⁵⁷ A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 925-935, nb 32-71; W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 125-141, nb 113-145; M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 904-905, nb 142-143.

³⁵⁸ M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 905, nb 143.

³⁵⁹ A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 925-926, nb 35.

³⁶⁰ Ibidem, s. 926, nb 36-37.

³⁶¹ Ibidem, s. 926, nb 39.

umów kompensacyjnych sprowadza się tym samym do nadania ram prawnych zobowiązaniu kompensacyjnemu eksportera. Zazwyczaj umowa kompensacyjna zobowiązuje eksportera do zawarcia umów sprzedaży, jako umów realizacyjnych, w wyniku których dojdzie do nabycia rzeczy lub praw. Zdecydowanie rzadziej przedmiotem umowy kompensacyjnej są inne świadczenia niepieniężne drugiej strony, a w szczególności świadczenie usług, np. przesyłowych, transportowych lub ubezpieczeniowych, dostarczenie siły roboczej, udostępnienie powierzchni wystawienniczej i handlowej. Zobowiązanie kompensacyjne ma charakter terminowy (np. umowa określa termin złożenia zamówienia przez eksportera) i obciąża eksportera³⁶². Regułą jest więc jednostronnie zobowiązujący charakter tej umowy. W zasadzie wyłącznie umowa zamiany przybiera postać kontraktu definitywnego³⁶³. Umowa kompensacyjna zazwyczaj zobowiązuje do kontraktowania w przyszłości, czyli świadczeniem eksportera będą zawierane w jej wykonaniu umowy realizacyjne, jak np. umowy o przeniesienie praw, o używanie rzeczy, czy też o świadczenie usług. Te kontrakty doprowadzą dopiero do urzeczywistnienia celu całego przedsięwzięcia. Umowa kompensacyjna zazwyczaj dość ogólnie określa świadczenie kompensacyjne³⁶⁴. Dokładnie oznaczona jest wielkość zobowiązania eksportera, a więc łączna wartość zakupów kompensacyjnych, ustalana z reguły w określonej proporcji do wartości świadczenia eksportowego. Umowa kompensacyjna może też wskazać minimalną wartość towarów lub usług, które powinien nabyć eksporter, aby wywiązać się z zobowiązania kompensacyjnego. Natomiast nie zawsze umowa kompensacyjna określa przedmiot umów wykonawczych, a więc towar, usługę, cenę lub wynagrodzenie³⁶⁵. Częściej oznaczany jest dostawca towaru lub usługi niż sam przedmiot świadczenia, który ustalany jest najwyżej rodzajowo. Wykonanie zobowiązania kompensacyjnego następuje z reguły w dłuższym przedziale czasowym, przez zawarcie co najmniej kilku umów wykonawczych³⁶⁶. Umowa kompensacyjna zazwyczaj oznacza sposób wykonania tego obowiązku, ponieważ ma to istotne

³⁶² Ibidem, s. 926, nb 40.

³⁶³ Ibidem, s. 926, nb 41.

³⁶⁴ Ibidem, s. 927, nb 42.

³⁶⁵ Ibidem, s. 927, nb 43.

³⁶⁶ Ibidem, s. 929, nb 49.

znaczenie dla kontrahentów. Na poczet zobowiązania kompensacyjnego eksportera zarachowaniu podlega wartość świadczeń z każdej umowy wykonawczej³⁶⁷. Należy jednak zauważyć, że często na podstawie umowy kompensacyjnej, poza samą ceną lub wynagrodzeniem, zaliczeniu na poczet zobowiązania eksportera podlegają także inne wydatki, jak poniesione koszty wysyłki, ubezpieczenia, cła itp. Pomimo znacznego zróżnicowania umów kompensacyjnych, można przyjąć, że znakomita większość z nich nie określa liczby umów wykonawczych oraz ilości towaru objętego poszczególnymi umowami sprzedaży, ani też nie wskazuje obiektywnych podstaw umożliwiających ustalenie ceny towaru³⁶⁸. Koncepcja kontraktów kompensacyjnych jako definitywnych umów sprzedaży uznawana jest za sprzeczną z przygotowawczym charakterem tych czynności prawnych³⁶⁹. Nie dążąc do realizacji – w sposób bezpośredni – zamierzonego przez strony celu gospodarczego, kontrakt kompensacyjny nie odpowiada warunkom, jakie system prawny formułuje dla klasycznych umów obligacyjnych. Tylko w zupełnie wyjątkowych przypadkach umowa kompensacyjna może spełniać przesłanki skuteczności definitywnej umowy sprzedaży. Wobec powyższego uzasadnione jest kwalifikowanie umów kompensacyjnych jako kontraktów ramowych obligujących do świadczeń szczególnego rodzaju: zawierania umów w przyszłości. Kreowany w ten sposób obowiązek kontraktowania nie odpowiada jednak podobnemu obowiązkowi wynikającemu z umowy przedwstępnej ani co do treści, ani co do sankcji w przypadku jego niewykonania.

Przechodząc do dalszych rozważań należy odpowiedzieć na pytanie, czy kwalifikowanie umowy offsetowej jako umowy kompensacyjnej znajduje uzasadnienie. W doktrynie powyższa teza jest wielokrotnie powtarzana, przy czym zwykle w odniesieniu do dawnej ustawy offsetowej³⁷⁰. Niekiedy jednak pogląd ten jest

³⁶⁷ Ibidem, s. 929, nb 50.

³⁶⁸ A. Olejniczak, *Charakter...*, s. 69.

³⁶⁹ A. Olejniczak, *Charakter...*, s. 76.

³⁷⁰ A. Szumański, *Ustawa...*, s. 24-30; A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2011, s. 277-293, nb 1-26; A. Olejniczak, [w:] red. W. Popiołek, *SPH*, t. IX..., s. 935-954, nb 72-115.

odnoszony również do obecnej ustawy offsetowej³⁷¹. Nowy model offsetu w Polsce powinien niewątpliwie skłaniać do ponownej i kompleksowej analizy statusu umowy offsetowej. Zmiana charakteru prawnego umowy offsetowej, m.in. w związku z potrzebą dostosowania polskich praktyk offsetowych do wymagań stawianych przez przepisy prawa unijnego, zmusza do weryfikacji głoszonych dotychczas poglądów. Należy zauważyć, że dokonano zmiany samej nazwy ustawy offsetowej. Otóż ustawa z dnia 10 września 1999 r. została zatytułowana jako ustawa o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa. Tytuł ustawy offsetowej z dnia 26 czerwca 2014 r. brzmi obecnie następująco: ustawa o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa. Z uzasadnienia projektu ustawy offsetowej wynika, że zmiana nazwy nie była wyłącznie zabiegiem redakcyjnym; chodziło raczej o zmianę modelu umowy offsetowej³⁷². Uzasadnienie wskazuje też, że offset na rynku europejskim nie jest traktowany jako kompensacja, ale jako narzędzie umożliwiające rozwój przemysłowych zdolności obronnych, transfer technologii i zachowanie bezpieczeństwa dostaw i suwerenności operacyjnej. Natomiast sam tytuł ustawy miał ulec zmianie w związku z przyjętą koncepcją odejścia od pojęcia kompensaty kojarzonego z uzyskiwaniem korzyści ekonomicznych. Powodem zmiany nazwy ustawy był także fakt, iż obejmuje ona swoim zakresem umowy offsetowe zawierane w związku z art. 346 TFUE. Zatem wyraźną wolą ustawodawcy było odejście od koncepcji kwalifikującej umowę offsetową jako umowę kompensacyjną. Powyższe nie zwalnia oczywiście od potrzeby dalszej analizy poruszanego tu problemu. Jak wynika z rozważań przedstawionych powyżej, cechą charakterystyczną umów kompensacyjnych jest to, że są one kontraktami kreującymi obowiązek kompensacyjny eksportera w związku z zawieraną transakcją kompensacyjną. To właśnie charakter samej transakcji kompensacyjnej stanowi klucz

³⁷¹ A. Olejniczak, [w:] red. J. Rajski, *SPP*, t. VII..., Warszawa 2018, s. 299-316, nb 1-36; W. Kocot, A. Olejniczak, [w:] red. W. Katner, *SPP*, t. IX..., s. 132-133, nb 125-126; M. Spyra, S. Włodyka [w:] red. M. Stec, *SPH*, t. V..., s. 915-919, nb 163-172.

³⁷² Uzasadnienie projektu z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. nr 2167.

do odpowiedzi na pytanie, czy twierdzenie o kompensacyjnym charakterze umowy offsetowej jest uzasadnione. Umowa offsetowa jest ściśle powiązana z umową dostawy, wobec czego niewątpliwie może być uznana za przykład umowy zależnej. Sama zależność umowy offsetowej od umowy dostawy nie powinna jednak prowadzić automatycznie do przyjęcia wniosku o jej kompensacyjny charakter. Już na pierwszy rzut oka, przy dokonywaniu analizy transakcji kompensacyjnych, zauważyć można, że mają one ekonomiczny charakter i rodowód. Ekonomiczne podłoże transakcji kompensacyjnych stoi jednak w sprzeczności z celem offsetu; jak wskazano w pracy, nie jest możliwe uzasadnianie stosowania offsetu przyczynami ekonomicznymi. W razie uznania umowy offsetowej za przykład umowy kompensacyjnej wchodzi w grę potencjalna sprzeczność z prawem unijnym. Dalej jak wskazuje się w doktrynie, cechą charakterystyczną transakcji kompensacyjnych jest to, że dostawy i usługi jednej strony są pokrywane wzajemnymi dostawami lub usługami partnera. Tak przedstawiony model transakcji kompensacyjnej nie pasuje do przyjętego w polskim prawie modelu offsetu. Otóż przedmiotem zobowiązania offsetowego na gruncie obecnie obowiązującej ustawy nie może być zobowiązanie offsetodawcy do dokonania zakupów towarów lub usług od offsetobiorcy lub do otwarcia dla niego nowych rynków zbytu. Takie zobowiązania są niedopuszczalne ze względu na ich czysto ekonomiczne uzasadnienie; stoi to bowiem w rażącej sprzeczności z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Tym samym umowa offsetowa nie może kształtować – chociażby ramowo – obowiązku zagranicznego dostawcy do pokrywania korzyści osiągniętych z tytułu umowy dostawy wzajemnymi korzyściami polskich przedsiębiorców zbrojeniowych. Skoro nie może być mowy o transakcji kompensacyjnej bez zobowiązania zbywcy wobec nabywcy do dokonania zakupów kompensacyjnych, to nie jest możliwe uznanie umowy offsetowej za rodzaj umowy kompensacyjnej. Poprzestanie na tym stwierdzeniu byłoby jednak zbytym spłaszczeniem analizowanej tu problematyki. Pomimo bowiem, że przedmiotem umowy offsetowej jest przekazanie odpowiedniej technologii w celu pozyskania określonych zdolności przez polskich przedsiębiorców zbrojeniowych, często skutkiem ubocznym – oczywiście wielce oczekiwanym ze strony polskiego przemysłu obronnego – jest nawiązanie relacji biznesowych z zagranicznym dostawcą oraz z Siłami Zbrojnymi RP jako konsekwencji pozyskania określonych zdolności. Tym samym można byłoby postawić tezę, zgodnie z którą wyposażenie przez zagranicznego dostawcę polskiego przemysłu obronnego

w zdolności, które następnie – co prawda bez wiążących zobowiązań – umożliwią temu przemysłowi uzyskanie korzyści majątkowych stanowi formę kompensacji. Problem polega jednak na tym, że pomimo faktu, iż umowa offsetowa nie zawiera żadnych postanowień dotyczących ceny za realizację zobowiązań offsetowych, to oczywistym jest, że umowa ta wiąże się ze zwiększonymi wydatkami poczynionymi przez Skarb Państwa w związku z realizacją umową dostawy (szerzej to zagadnienie zostało omówione w rozdziale dziewiątym). Tym samym, wykonanie świadczenia objętego zobowiązaniem offsetowym nie jest żadną kompensatą, czy też wynagrodzeniem dla polskiej gospodarki w związku z udzielaniem zagranicznemu podmiotowi zamówienia na dostawę. W skrócie mówiąc, Skarb Państwa płaci za przedmiot zobowiązań offsetowych. Cena za realizację zobowiązań offsetowych jest przy tym albo wskazywana wyraźnie w ramach umowy dostawy (przykład zamówień realizowanych w trybie FMS), albo wpływa na cenę ustaloną w umowie dostawy. W konsekwencji teza mówiąca o tym, że umowa offsetowa ma za zadanie – choćby pośrednio – ułatwić Skarbowi Państwa sfinansowanie całej operacji jest trudna do zaakceptowania, gdyż umowa offsetowa prowadzi *de facto* do zwiększenia obowiązku świadczenia pieniężnego na rzecz zagranicznego dostawcy. Korzyści z umowy offsetowej są dla gospodarki polskiej trudne do wymierzenia z ekonomicznego punktu widzenia, gdyż zapewniać one mają uzyskanie zdolności produkcyjnych i serwisowych, które dopiero potencjalnie mogą sprawić, że polski przemysł obronny będzie realizować zamówienia przy wykorzystaniu pozyskanej technologii. Jednocześnie polski przemysł obronny musi niekiedy wydać duże środki na implementację zobowiązań offsetowych, nie mając przy tym żadnych gwarancji co do tego, że pozyskane zdolności dadzą się skomercjalizować. Ponadto warto powołać tu raz jeszcze pogląd doktryny wskazujący na ramowy charakter umów kompensacyjnych. W pierwszej części tego rozdziału odrzucono tezę o ramowym charakterze umowy offsetowej, co również powinno stanowić argument przeciwko kompensacyjnemu charakterowi tej umowy. W razie przyjęcia stanowiska odmiennego prawie każda transakcja wiązana, gdzie jedna ze stron uzależnia zawarcie umowy od zawarcia innej umowy, musiałaby zostać uznana za przykład umowy kompensacyjnej. Tytułem przykładu, wątpliwe jest, czy w razie uzależnienia zakupu przez przedsiębiorcę floty samochodów osobowych od zawarcia dodatkowej umowy dotyczącej przeszkolenia w zakresie obsługi i drobnej, bieżącej konserwacji tych samochodów, mamy do czynienia z umową kompensacyjną

(w szczególności gdy te dodatkowe usługi zwiększają cenę umowy zakupu). Powstaje też pytanie, czy realna odpłatność świadczeń objętych przedmiotem obydwu umów nie wyklucza twierdzenia o kompensacyjnym charakterze takich umów. Powyższa analogia jest uzasadniona z punktu widzenia obecnej ustawy offsetowej, gdzie zależność umów sprowadza się do tego, że zawarcie umowy dotyczącej dostawy towarów i usług (umowy dostawy) uzależnione jest od zawarcia umowy na dostawę innych (powiązanych) towarów i usług (umowa offsetowa). Przy czym cena ustalona w pierwszej umowie pokrywa zwiększone wydatki zagranicznego dostawcy związane z obowiązkiem realizacji drugiej umowy. Skarb Państwa w zamian za to, że dokona świadczeń pieniężnych na rzecz zagranicznego dostawcy tytułem umowy dostawy, żąda dodatkowych świadczeń niepieniężnych, które pokryje zwiększeniem własnych świadczeń pieniężnych w ramach pierwszej z umów. Z punktu widzenia Skarbu Państwa korzyści ekonomiczne mają wyłącznie drugorzędne znaczenie. Z kolei zagraniczny dostawca, chcąc uzyskać znaczne korzyści z realizacji umowy dostawy, musi zgodzić się na warunki stawiane przez Skarb Państwa w ramach umowy offsetowej, w tym na warunki, które wynikają z ustawy offsetowej w zakresie odpowiedzialności. Należy wskazać, że przedstawiony już we wcześniejszej części pracy pogląd o kompensacyjnym rodowodzie umowy offsetowej jest uzasadniony. Niemniej jednak sposób obecnego ukształtowania umowy offsetowej w polskim prawie nie odpowiada już takiej konstrukcji. Umowa offsetowa, pod wpływem prawa unijnego, wyrosła z grupy umów kompensacyjnych. Przez wzgląd na prawo unijne przyjęto nową ustawę offsetową, na gruncie której offset – z narzędzia o charakterze kompensacyjnym (ekonomicznym) – wyewoluował w narzędzie służące ochronie podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa³⁷³. Podsumowując, brak jest dostatecznych argumentów przemawiających za kwalifikowaniem umowy offsetowej w obecnym stanie prawnym jako umowy kompensacyjnej.

³⁷³ *Vademecum Offsetowe*, Biuro do Spraw Umów Offsetowych Ministerstwa Obrony Narodowej, Warszawa 2017.

3. Podsumowanie

W ostatnim rozdziale dokonano porównania umowy offsetowej ze zbliżonymi instytucjami prawnymi w postaci umowy ramowej oraz umowy kompensacyjnej. Jak stwierdzono, brak jest dostatecznych podstaw do uznawania, że umowa offsetowa stanowi przykład ww. umów. Zmiana modelu offsetu w prawie polskim pod wpływem wymagań stawianych przez klauzulę derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE wymusza nowe spojrzenie na powyższe zagadnienie. Przede wszystkim uznać należy, że wobec daleko idącej szczegółowości postanowień umów offsetowych w zakresie dotyczącym zobowiązań offsetowych, nie sposób bronić tezy o ramowym charakterze umowy offsetowej. Całość zobowiązań offsetowych jest bowiem ustalana przez strony umowy offsetowej i to na podstawie treści samej umowy offsetowej Minister Obrony Narodowej dokonuje oceny należytego wykonania obowiązków zagranicznego dostawcy. Umowa offsetowa jest zatem umową definitywną, której wyłącznie pewne elementy, głównie o charakterze organizacyjnym i implementacyjnym, są dookreślane przez podmioty uczestniczące w przekazywaniu i odbiorze świadczeń, tj. przez offsetodawcę i offsetobiorcę w ramach umowy wykonawczej. Z kolei ściśle ekonomiczne uzasadnienie umów kompensacyjnych wyklucza możliwość dalszego kwalifikowania umowy offsetowej do tej grupy umów. W związku z zawarciem umowy dostawy zagraniczny dostawca nie ma obowiązku nabycia towarów i usług od polskich przedsiębiorców zbrojeniowych. Umowa offsetowa nie wpływa na zmniejszenie obciążeń polskiej gospodarki w związku z dokonywaniem zakupów w ramach umowy dostawy. Wręcz przeciwnie, umowa offsetowa przekłada się na zwiększenie wydatków Skarbu Państwa, w związku z wyższą ceną oferowaną za dostawę.

Zakończenie

Celem pracy była kompleksowa analiza cywilnoprawnych aspektów funkcjonowania umowy offsetowej w polskim porządku prawnym, przedstawienie teoretycznego modelu umowy offsetowej oraz udzielenie odpowiedzi na pytania nurtujące praktykę. W pracy sformułowano szereg tez cząstkowych odnoszących się do obowiązującego modelu umowy offsetowej. W rozprawie dokonano charakterystyki stosunków prawnych występujących w ramach umowy offsetowej – umowy zawieranej przez podmiot zagraniczny ze Skarbem Państwa i kwalifikowanej jako umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej. W pracy stwierdzono, że obecnie obowiązująca ustawa offsetowa stworzyła w Polsce nowy model offsetu uwzględniający rygory stawiane przez prawo unijne. Pomimo licznych podobieństw z poprzednio obowiązującą ustawą, nowe prawo offsetowe nakazuje w zupełnie inny sposób stosować offset, czego przejawem są przede wszystkim nowe wymagania stawiane zobowiązaniom offsetowym oraz potrzeba uzasadniania offsetu z punktu widzenia klauzuli derogacyjnej z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. Zmiana modelu offsetu często nakazuje stosować odmienną wykładnię przepisów, których brzmienie nie uległo zasadniczej zmianie. W konsekwencji zasadnym jest ponowne spojrzenie na ugruntowane poglądy doktryny na temat offsetu.

Pomimo różnorodnych form występowania offsetu na świecie, należy przyjąć, że powinien on być rozumiany jako stosowane przez państwa praktyki, które polegają na nakładaniu na podmiot zagraniczny dodatkowych obowiązków w związku z udzielaniem temu podmiotowi zamówień ze sfery sektora obronnego. Offset występuje od 20 lat również w Polsce; w pierwszej kolejności doszło do zinstytucjonalizowania offsetu, a następnie do znaczącej modyfikacji jego modelu. Offset ukształtowano najpierw jako narzędzie służące wspieraniu gospodarki, nadając mu charakter kompensacyjny. Następnie, pod wpływem uczestnictwa w strukturach unijnych, zdecydowano się odejść od tego modelu. Stosowanie praktyk offsetowych, które ze swej istoty mają charakter dyskryminacyjny, stoi w bezpośredniej sprzeczności z zasadami swobód unijnych. Tym samym, aby możliwe było korzystanie z offsetu, państwa członkowskie muszą powołać się na art. 346 ust. 1 lit. b TFUE. W tym celu niezbędne jest w pierwszej kolejności zweryfikowanie, czy offset ma dotyczyć przedmiotu umieszczonego na liście, o której mowa w art. 346 ust. 2 TFUE.

W dalszej kolejności należy zweryfikować, czy przedmiot ten ma wyłącznie wojskowe przeznaczenie. Stosowanie praktyk offsetowych musi być jednocześnie konieczne z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa stosującego, a tym samym nie może mieć uzasadnienia ekonomicznego. Wszelkie decyzje związane z zastosowaniem offsetu powinny być oparte na szczegółowej i indywidualnej ocenie, przy uwzględnieniu zasady proporcjonalności. Offset na gruncie obecnej ustawy offsetowej należy zatem rozumieć jako powiązany z umową dostawy wielopodmiotowy proces ukierunkowany na zagwarantowanie istnienia w Polsce sumy zdolności zapewniających Skarbowi Państwa niezależność od zagranicznego dostawcy w zakresie, który jest niezbędny z punktu widzenia podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Cechą charakterystyczną tej konstrukcji prawnej jest wielość stosunków cywilnoprawnych występujących pomiędzy podmiotami zaangażowanymi w offset. Obok umowy dostawy oraz umowy offsetowej, występować może wiele innych stosunków umownych regulujących zasady współpracy podmiotów. Stronami umowy offsetowej są Skarb Państwa oraz zagraniczny dostawca; obok nich występują kluczowe osoby trzecie, tj. offsetobiorcy będący beneficjentami świadczeń objętych umową offsetową oraz offsetodawcy, którym powierzone jest wykonanie zobowiązań offsetowych. Skarb Państwa, będący emanacją państwa w ramach stosunków cywilnoprawnych, występuje jako strona uprawniona z umowy offsetowej. Drugą stroną umowy offsetowej jest zagraniczny dostawca, który jest podmiotem mającym siedzibę poza terytorium Polski lub został utworzony wedle prawa obcego. Ponadto podmiot ten powinien co najmniej ubiegać się w jakikolwiek sposób o udzielenie zamówienia mającego na celu ochronę podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. Offsetobiorcy to z kolei podmioty lub jednostki będące beneficjentami świadczeń objętych zobowiązaniami offsetowymi, którymi mogą być podmioty koncesjonowane zgodnie z art. 7 ust. 1 u.w.d.g.w., jak również jednostki sektora finansów publicznych (w szczególności jednostki budżetowe) oraz podmioty tworzące system szkolnictwa wyższego i nauki. Offsetodawcą jest natomiast podmiot, który faktycznie wykonuje zobowiązanie offsetowe, przy czym może to być zarówno sam zagraniczny dostawca, jak i osoba trzecia dysponująca zdolnościami wymaganymi przez Skarb Państwa. Obecna ustawa offsetowa dopuszcza wyłącznie zobowiązania offsetowe o charakterze wojskowym, których przedmiot jest bezpośrednio związany z przedmiotem umowy dostawy i które

są konieczne dla utrzymania lub ustanowienia na terytorium RP potencjału w zakresie przeniesienia określonej zdolności, niezbędnej z punktu widzenia ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa. W wyniku realizacji zobowiązania offsetowego Skarb Państwa powinien uzyskać wymaganą niezależność od zagranicznego dostawcy. Natomiast katalog świadczeń, które mają być przekazane w ramach zobowiązania offsetowego, ma charakter drugorzędny. Ze względu na sposób ukształtowania pozycji offsetodawcy, nie ma wystarczającego uzasadnienia dla przyjęcia konstrukcji umowy o świadczenie przez osobę trzecią z art. 391 k.c. Zobowiązanie offsetowe jest bowiem wyłącznie zobowiązaniem zagranicznego dostawcy; offsetodawca nie jest podmiotem, który przyjmuje na siebie odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania tego zobowiązania. Pozycja offsetodawcy kształtuje się analogicznie do pozycji podwykonawcy, któremu zagraniczny dostawca powierza wykonanie swojego zobowiązania. Jediną instytucją dotyczącą umów odnoszących się do osób trzecich, która znajduje zastosowanie dla opisanego stosunku z umowy offsetowej, jest umowa o świadczenie na rzecz osoby trzeciej z art. 393 k.c. Należy przy tym przyjąć, że offsetobiorca jest podmiotem uprawnionym, a nie wyłącznie podmiotem upoważnionym do przyjęcia świadczenia. Odpowiedzialność zagranicznego dostawcy oparta jest na reżimie odpowiedzialności kontraktowej, dla której ustawodawca wprowadził zasadę odpowiedzialności na zasadzie ryzyka, przyznając jednocześnie stronom umowy offsetowej uprawnienie do określenia przesłanek egzoneracyjnych. Zagraniczny dostawca może ponosić odpowiedzialność z tytułu niewykonania lub nienależytego wykonania zobowiązania zarówno względem Skarbu Państwa, jak również względem offsetobiorcy. Termin przedawnienia roszczeń odszkodowawczych rozpoczyna swój bieg od chwili niezaliczenia wykonania zobowiązań offsetowych wskutek negatywnych wyników kontroli Ministra Obrony Narodowej lub negatywnej opinii Komitetu Offsetowego. Termin przedawnienia dla roszczeń odszkodowawczych Skarbu Państwa wynosi 6 lat, natomiast roszczenia offsetobiorców będących polskimi przedsiębiorcami zbrojeniowymi przedawniają się z upływem 3 lat. Podjęcie decyzji o zastosowaniu offsetu wymaga w pierwszej kolejności, aby doszło do objęcia umowy dostawy klauzulą derogacyjną z art. 346 ust. 1 lit. b TFUE, czego skutkiem będzie wyłączenie tej umowy z reżimu prawa zamówień publicznych. Następnie decyzja o potrzebie stosowania offsetu podejmowana jest

z wykorzystaniem powyższej informacji oraz na podstawie uzasadnienia potrzeby zawarcia umowy offsetowej. Po podjęciu powyższej decyzji następuje proces prowadzący do wyboru zagranicznego dostawcy zwieńczony rozpoczęciem z nim negocjacji. Wyboru zagranicznego dostawcy dokonuje zamawiający przez wyłonienie oferty na dostawę przy uwzględnieniu oceny oferty offsetowej. Do zawarcia umowy offsetowej dochodzi w trybie negocjacji prowadzonych przez Ministra Obrony Narodowej reprezentującego Skarb Państwa przy udziale zagranicznego dostawcy, przy ograniczonym uczestnictwie offsetobiorców oraz offsetodawców. Umowa offsetowa musi być zawarta w formie pisemnej pod rygorem nieważności, podlega prawu polskiemu, a okres wykonywania zobowiązań offsetowych nie może przekraczać 10 lat. Negocjacje kończą się zawarciem umowy offsetowej, przy czym dla jej wejścia w życie zastrzeżony został warunek prawny w postaci zatwierdzenia umowy przez Radę Ministrów. W trakcie trwania umowy offsetowej może nastąpić jej zmiana w przypadku istotnej zmiany umowy dostawy. Ponadto ustawa przewiduje uproszczony tryb dokonywania modyfikacji zobowiązań offsetowych z powodu istotnej zmiany okoliczności. Umowa offsetowa wygasa przede wszystkim w dwóch sytuacjach, tj. w przypadku należytego jej wykonania lub zaspokojenia roszczeń odszkodowawczych związanych z niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązań offsetowych.

W wyniku przeprowadzonej w pracy analizy, umowa offsetowa powinna być uznana za umowę nazwaną, dwustronną, jednostronnie zobowiązującą, do której zawarcia dochodzi w wyniku osiągnięcia konsensusu przez strony w toku swobodnie prowadzonych negocjacji. Umowa ta ma jednocześnie charakter kauzalny i odpłatny. Ponadto, ze względu na charakter zobowiązań offsetowych, umowa offsetowa jawi się jako umowa o zobowiązanie rezultatu. Jednocześnie należy uznać, iż brak jest dostatecznych podstaw do uznawania umowy offsetowej za przykład umowy ramowej lub umowy kompensacyjnej. Wobec daleko idącej szczegółowości postanowień umów offsetowych w zakresie dotyczącym formułowania zobowiązań offsetowych, umowa offsetowa nie może być uznawana za umowę ramową. Całość zobowiązań offsetowych jest bowiem ustalana przez strony umowy offsetowej i to na podstawie treści samej umowy offsetowej Minister Obrony Narodowej dokonuje oceny należytego wykonania obowiązków zagranicznego dostawcy. Umowa offsetowa jest zatem umową definitywną, której wyłącznie pewne elementy, głównie

o charakterze organizacyjnym i implementacyjnym, są dookreślane przez podmioty uczestniczące w przekazywaniu i odbiorze świadczeń w ramach umowy wykonawczej. Z kolei ściśle ekonomiczne uzasadnienie umów kompensacyjnych wyklucza możliwość dalszego kwalifikowania umowy offsetowej do tej grupy umów. W związku z zawarciem umowy dostawy zagraniczny dostawca nie ma obowiązku nabycia towarów i usług od polskich przedsiębiorców zbrojeniowych. Umowa offsetowa nie wpływa przy tym na zmniejszenie obciążeń polskiej gospodarki w związku z dokonywaniem zakupów w ramach umowy dostawy; umowa offsetowa przekłada się wręcz na zwiększenie wydatków Skarbu Państwa.

Bibliografia

Literatura:

1. 400 mln zł offsetu dla śmigłowców morskich. Umowa na AW101 w kwietniu, <https://www.defence24.pl/400-mln-zl-offsetu-dla-smiglowcow-morskich-umowa-na-aw101-w-kwietniu> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
2. Behara L.K., *Defence Offsets. International Best Practices and Lessons for India*, „IDSA Monograph Series” 2015/45;
3. Biuro do Spraw Umów Offsetowych Ministerstwa Obrony Narodowej, *Vademecum Offsetowe*, Warszawa 2017;
4. Butler L., *Transatlantic Defence Procurement. EU and US Defence Procurement Regulation in the Transatlantic Defence Market*, Cambridge 2017;
5. *Caracale nie dla Polski. Negocjacje wielomiliardowej umowy zerwane*, <https://tvn24bis.pl/pieniadze,79/rzad-pis-mr-zerwalo-negocjacje-z-airbus-helicopters-ws-caracali,681235.html> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
6. Defense Technical Information Center, <https://apps.dtic.mil/docs/citations/ADA283876> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
7. Fras M., Habdas M., *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. I, LEX 2018;
8. Furter L.D., *The influence of legislation and government policy on patterns of international defence trade and future markets: the case of offset and directive 2009/81/EC*, Brunel University 2014;
9. Glosbe - wielojęzyczny słownik online, <https://pl.glosbe.com> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
10. Gniewek E., Machnikowski P., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2019;
11. Gudowski J., *Kodeks cywilny. Część ogólna*, LEX 2018;
12. Gutowski M., *Kodeks cywilny. Tom I. Komentarz do art. 1–352*, Legalis 2018;
13. Gutowski M., *Nieważność czynności prawnej*, Warszawa 2017;

14. Hoyos C., Carnie K., T. Pearson, *The history of defence offsets*, <http://ig-legacy.ft.com/content/3d602e04-2c24-11e3-acf4-00144feab7de> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
15. *Informacja o wynikach kontroli realizacji zobowiązań offsetowych wynikających z kontraktu na zakup samolotów F-16*, Najwyższa Izba Kontroli, Warszawa 2009, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,75,vp,75.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
16. Irwin A., Jeyled P., Sylvian Ch., *Offset in International Defense Trade*, Briefing Papers, 2015;
17. Kaliński M., *Szkoda na mieniu i jej naprawienie*, Warszawa 2014;
18. Katner W., *System Prawa Prywatnego*, t. IX, *Prawo zobowiązań – umowy nienazwane*, Warszawa 2018;
19. Katner W., *Udział orzecznictwa Sądu Najwyższego i sądów powszechnych w rozwiązaniu sporów o inwestycje z udziałem Państwa*, http://www.efcongress.com/sites/default/files/analizy/ekf-wojciech_katner.pdf (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
20. Kidyba A., *Kodeks Cywilny. Komentarz*, t. III, LEX 2014;
21. Kidyba A., *Pozakodeksowe umowy handlowe*, Warszawa 2018;
22. Kimla D., Frost & Sullivan, *Military Offsets & In-country Industrialisation Market Insight*, 2013, <http://www.frost.com/prod/servlet/cio/275947347> (dostęp: dnia 3 stycznia 2019 r.);
23. Kornobis-Romanowska D., Łacny J., Wróbel A. (red. nauk.), *Traktat o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Komentarz*, t. III, LEX 2012;
24. Koziński M., *Umowa offsetowa jako rodzaj kontraktu państwowego, cz. II*, *Przegląd Prawa Handlowego*, 2000/10;
25. Księżak P., Pyziak-Szafniacka M., *Kodeks Cywilny. Komentarz*, LEX 2014;
26. Łętowska E., *System Prawa Prywatnego*, t. V, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2013;

27. Matthews R., *The UK Offset Model. From Participation to Engagement*, s. 2, https://rusi.org/sites/default/files/201408_whr_matthews_web_0.pdf (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
28. Michałowski S., *Charakterystyka i przedmiot zobowiązań offsetowych w prawie polskim*, *Przeгляд Prawa Handlowego* 2017/11;
29. Misiąg W., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz*, Legalis 2019;
30. *Mocowania i tapicerka, czyli jakie kompetencje zyska Świdnik na kontrakcie na AW101*, <https://www.defence24.pl/mocowania-i-tapicerka-czyli-jakie-kompetencje-zyska-swidnik-na-kontrakcie-na-aw101> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
31. Munhoz Svartman E., Matos Teixeira A., *Coproduce or Codevelop Military Aircraft? Analysis of Models Applicable to USAN*, http://www.scielo.br/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1981-38212018000100203 (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
32. Myrczek E., *Słownik terminologii prawniczej. Angielsko-polski, polsko-angielski*, Warszawa 2005;
33. Nalepa T., Wójtowicz B., *Offset podstawą do utworzenia nowych relacji współdziałania przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym*, <http://doi.prz.edu.pl/pl/pdf/zim/192> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
34. Nowicki J. E., KołECKI M., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2018;
35. Odpowiedź na interpelację nr 32937 w sprawie uzyskania wyjaśnień dotyczących strategii rządu odnośnie do niezależności polskiego sektora obronnego od dostaw zagranicznych z dnia 28 lipca 2015 r., <http://www.sejm.gov.pl/sejm7.nsf/InterpelacjaTresc.xsp?key=1E83368A> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
36. *Offsets in Defense Trade, Tweny-Second Study*, U.S. Department of Commerce Bureau of Industry and Security, 2018,

<https://bis.doc.gov/index.php/documents/pdfs/2231-22nd-offsets-in-defense-trade-report-public/> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);

37. Olejniczak A., *Charakter Prawny Umów Kompensacyjnych*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 1991/1;
38. Olejniczak A., *Przegląd Piśmiennictwa*, Ruch prawniczy, ekonomiczny i socjologiczny, 1989/4;
39. Olejniczak A., *System Prawa Prywatnego*, t. VI, *Prawo zobowiązań – część ogólna*, Warszawa 2018;
40. Osajda K., *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2019;
41. Pawłuszko W., Seredyński F., *Ustawa o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (ustawa offsetowa). Komentarz*, Warszawa 2016;
42. *PGZ w pierwszej fazie Wisły*, <https://www.defence24.pl/pgz-w-pierwszej-fazie-wisly> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
43. Pieróg J., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Legalis 2019;
44. Pietrzykowski K., *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 1–449¹⁰*, Legalis 2018;
45. Pietrzykowski K., *Kodeks cywilny. Komentarz. Art. 450–1088*, Legalis 2018;
46. Popiołek W., *System Prawa Handlowego*, t. IX, *Międzynarodowe prawo handlowe*, Warszawa 2013;
47. Radwański Z., Olejniczak A., *System Prawa Prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2019;
48. Rajski J., *System Prawa Prywatnego*, t. VII, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa.*, Warszawa 2011;
49. Rajski J., *System Prawa Prywatnego*, t. VII, *Prawo zobowiązań – część szczegółowa*, red., Warszawa 2018;
50. *Realizacja zobowiązań offsetowych związanych z dostawą dla Sił Zbrojnych RP kołowych transporterów opancerzonych*, Warszawa 2012, <https://www.nik.gov.pl/plik/id,4251,vp,5410.pdf> (dostęp 3.01.2019);

51. Rzetecka-Gil A., *Kodeks Cywilny. Komentarz. Zobowiązania – Część ogólna*, LEX 2011;
52. Safjan M., *System Prawa Prywatnego*, t. I, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2012;
53. Security Assistance Management Manual (SAMM), Chapter 6, <https://www.samm.dsca.mil/chapter/chapter-6> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
54. Skubiszak-Kalinowska I., Wiktorowska E., *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, LEX 2017;
55. Słownik języka polskiego. PWN, <https://sjp.pwn.pl> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
56. Sołtysiński S., *System Prawa Prywatnego*, t. XVII A, *Prawo spółek kapitałowych*, Warszawa 2015;
57. Stec M., *System Prawa Handlowego*, t. V, *Prawo umów handlowych*, Warszawa 2017;
58. Szumański A., *Ustawa o umowach offsetowych*, Kraków 2000;
59. The International Forum on Business Ethical Conduct, *Offsets in the Aerospace and Defence Industry*, <http://www.global-kinetics.com/wp-content/uploads/2016/02/IFBEC-Offsets-Report.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
60. Trybus M., *Glosa do wyroków TS: z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05 i z dnia 2 października 2008 r., C-157/06*, LEX;
61. *Umowy offsetowe do programu „WISŁA” podpisane*, <https://www.gov.pl/web/obrona-narodowa/umowy-offsetowe-do-programu-wis-a-podpisane-4> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
62. *Umowy Offsetowe zawarte przez Skarb Państwa RP reprezentowany przez ministra właściwego do spraw gospodarki z Zagranicznymi Dostawcami według stanu na dzień 31 grudnia 2014 r.*, Ministerstwo Rozwoju;
63. *Vademecum offsetowe*, Ministerstwo Gospodarki, Warszawa 2009;

64. Wilejczyk M., *Przedmiot gwarancji a natura stosunku zobowiązaniowego*, Monitor Prawniczy 2016/4;
65. Wolter A., Ignatowicz J., Stefaniuk K., *Prawo cywilne – zarys części ogólnej*, Warszawa 2001;
66. Wróblewska M., *Ustawa o finansach publicznych. Komentarz prawno-finansowy*, red. Dzwonkowski H., Gołębiowski G., LEX 2014.

Akty prawne i materiały legislacyjne:

1. Decyzja Nr 367/MON z dnia 14 września 2015 r. w sprawie zasad i trybu udzielania w resorcie obrony narodowej zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (Dz. Urz. MON poz. 265);
2. Decyzja Nr 38/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad postępowania w zakresie opracowywania założeń do oferty offsetowej, projektu umowy offsetowej, oceny ofert offsetowych oraz prowadzenia negocjacji w celu zawarcia umowy offsetowej (Dz.Urz. MON poz. 38);
3. Decyzja Nr 39/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 11 lutego 2015 r. w sprawie szczegółowego trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.Urz. MON poz. 39);
4. Decyzja Nr 92/MON Ministra Obrony Narodowej z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie szczegółowego trybu postępowania w zakresie kwalifikowania zamówień i oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.Urz. MON poz. 101);
5. Draft Common Frame of Reference (DCFR), Principles, Definitions and Model Rules of European Private Law, <https://sakig.pl/wp-content/uploads/2019/01/dfcr.pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
6. 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 (Dz. Urz. UE L 216 z 20.8.2009 r., s. 76, ze zm.);
7. Guidance Note. Offsets. Directive 2009/81/EC on the award of contracts in the fields of defence and security, Directorate General Internal Markets and Services, Ref. Ares(2016)765159 – 12/02/2016, <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/15413/> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 8. Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów w kierunku bardziej konkurencyjnego i wydajnego sektora obronności i bezpieczeństwa z dnia 24.7.2013, COM(2013) 542 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/PDF/?uri=CELEX:52013DC0542&from=HU> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 9. Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 r. (Dz.U. Nr 78, poz. 483);
 10. Principles of European Contract Law – PECL, https://www.trans-lex.org/400200/_/pecl/ (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 11. Przebieg prac na etapie przedsejmowym, <http://legislacja.rcl.gov.pl/projekt/5266> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 12. Przebieg prac nad projektem nowelizacji ustawy etapie sejmowym, <http://www.sejm.gov.pl/Sejm7.nsf/PrzebiegProc.xsp?nr=2167> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 13. Przebieg procesu legislacyjnego wraz z dokumentami, [http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/1250/\\$file/1250.pdf](http://orka.sejm.gov.pl/RejestrD.nsf/wgdruku/1250/$file/1250.pdf) (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 14. Przebieg procesu legislacyjnego wraz z dokumentami, <http://orka.sejm.gov.pl/proc3.nsf/opisy/1252.htm> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 15. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 listopada 2013 r. w sprawie europejskiej bazy technologiczno-przemysłowej sektora obronnego (2013/2125(INI)), ust. 67,

- <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P7-TA-2013-0514+0+DOC+XML+V0//PL> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
16. Rezolucja Parlamentu Europejskiego z dnia 21 maja 2015 r. w sprawie wpływu zmian na europejskim rynku wyposażenia obronnego na możliwości w zakresie obronności i bezpieczeństwa w Europie (2015/2037(INI)), ust. 31, <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2015-0215+0+DOC+XML+V0//PL> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 17. Rozporządzenie Komisji (UE) Nr 316/2014 z dnia 21 marca 2014 r. w sprawie stosowania art. 101 ust. 3 Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej do kategorii porozumień o transferze technologii (Dz.Urz. UE L 93, s. 17);
 18. Rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 7 stycznia 2019 r. w sprawie zaniechania poboru podatku dochodowego od niektórych dochodów uzyskanych w następstwie wykonania umów offsetowych (Dz.U. poz. 41);
 19. Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 9 grudnia 2014 r. w sprawie określenia wzoru oświadczenia o braku okoliczności do wyłączenia od czynności w postępowaniu o zawarcie umowy offsetowej lub związanych z wykonaniem umowy offsetowej (Dz.U. poz. 1827);
 20. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 1 grudnia 2014 r. w sprawie trybu i zasad postępowania w zakresie sporządzania uzasadnienia i oceny konieczności zastosowania offsetu w celu ochrony podstawowych interesów bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 1819);
 21. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 12 lutego 2013 r. w sprawie trybu postępowania w zakresie oceny występowania podstawowego interesu bezpieczeństwa państwa (Dz.U. poz. 23);
 22. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 18 maja 2007 r. w sprawie szczegółowych zasad zaliczania zobowiązań offsetowych zagranicznego dostawcy uzbrojenia lub sprzętu wojskowego na poczet wartości umowy offsetowej (Dz.U. Nr 91, poz. 612);
 23. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 27 listopada 2014 r. w sprawie regulaminu organizacyjnego Komitetu Offsetowego (Dz.U. poz. 1818);

24. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 3 listopada 2015 r. w sprawie wykazu przedsiębiorców o szczególnym znaczeniu gospodarczo-obronnym (Dz.U. poz. 1871);
25. Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 4 października 2010 r. w sprawie wykazu spółek, przedsiębiorstw państwowych i jednostek badawczo-rozwojowych, prowadzących działalność na potrzeby bezpieczeństwa i obronności państwa, a także spółek realizujących obrót z zagranicą towarami, technologiami i usługami o znaczeniu strategicznym dla bezpieczeństwa państwa oraz dla utrzymania międzynarodowego pokoju i bezpieczeństwa (Dz.U. Nr 198, poz. 1313);
26. Sprawozdanie Komisji dla Parlamentu Europejskiego i Rady na temat wdrożenia dyrektywy 2009/81/WE w sprawie zamówień publicznych w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa, przedkładane w celu spełnienia wymogu art. 73 ust. 2 tej dyrektywy z dnia 30 listopada 2016 r., SWD(2016) 407 final, <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/PL/TXT/?uri=CELEX%3A52016DC0762> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
27. Ustawa z dnia 10 września 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (t.j. Dz.U. z 2013 r. poz. 716);
28. Ustawa z dnia 12 października 2012 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz ustawy o koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. poz. 1271);
29. Ustawa z dnia 13 czerwca 2019 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym (Dz.U. poz. 1214);
30. Ustawa z dnia 17 listopada 1964 r. Kodeks postępowania cywilnego (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1798);
31. Ustawa z dnia 20 lipca 2018 r. Prawo o szkolnictwie wyższym i nauce (Dz.U. poz. 1668).

32. Ustawa z dnia 23 kwietnia 1964 r. Kodeks cywilny (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1495);
33. Ustawa z dnia 23 sierpnia 2001 r. o organizowaniu zadań na rzecz obronności państwa realizowanych przez przedsiębiorców (Dz.U. Nr 122, poz. 1320);
34. Ustawa z dnia 24 lutego 1990 r. o przeciwdziałaniu praktykom monopolistycznym i ochronie konsumenta (t.j. Dz.U. z 1991 r. Nr 89, poz. 403);
35. Ustawa z dnia 26 czerwca 2014 r. o niektórych umowach zawieranych w związku z realizacją zamówień o podstawowym znaczeniu dla bezpieczeństwa państwa (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1379);
36. Ustawa z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1649);
37. Ustawa z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1843);
38. Ustawa z dnia 4 lutego 2011 r. Prawo prywatne międzynarodowe (t.j. Dz.U. z 2015 r. poz. 1792);
39. Ustawa z dnia 7 czerwca 2002 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 81, poz. 733);
40. Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o języku polskim (t.j. Dz.U. z 2019 r. poz. 1480);
41. Ustawa z dnia 7 października 1999 r. o wspieraniu restrukturyzacji przemysłowego potencjału obronnego i modernizacji technicznej Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej (Dz.U. Nr 83, poz. 932 ze zm.);
42. Ustawa z dnia 8 grudnia 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa (Dz.U. Nr 251, poz. 1845);
43. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 12 czerwca 2006 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami

- dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa wraz z projektem aktu wykonawczego, V kadencja, druk sejm. Nr 717;
44. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 13 lipca 1999 r. o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, III kadencja, druk sejm. Nr 1250;
 45. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 14 lutego 2014 r. ustawy o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, VII kadencja, druk sejm. Nr 2167;
 46. Uzasadnienie projektu ustawy z dnia 18 kwietnia 2002 r. o zmianie ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, IV kadencja, druk sejm. Nr 418;
 47. Uzasadnienie trybu pilnego z dnia 13 lipca 1999 r. projektu ustawy o niektórych umowach kompensacyjnych zawieranych w związku z umowami dostaw na potrzeby obronności i bezpieczeństwa państwa, III kadencja, druk sejm. nr 1250.
 48. Wersja skonsolidowana Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej (Dz.Urz. UE C 202 z 2016 r., s. 47);
 49. Wersje skonsolidowane Traktatu o Unii Europejskiej i Traktatu Ustanawiającego Wspólnotę Europejską (Dz.Urz. UE C 312 z 2006 r., E/1);
 50. Wyciąg z decyzji Rady 255/58 z dnia 15 kwietnia 1958 r., <http://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-14538-2008-REV-4/pl/pdf> (dostęp: dnia 14 października 2019 r.);
 51. Zrewidowane porozumienie w sprawie zamówień rządowych przyjęte przez Unię Europejską decyzją Rady z 2 grudnia 2013 r. dotyczącą zawarcia Protokołu zmieniającego Porozumienie w sprawie zamówień rządowych (2014/115/UE) (Dz.Urz. UE L 68 z 2014 r., s. 1).

Orzeczenia i opinie Rzeczników Generalnych:

1. Uchwała SN (7) z dnia 18 czerwca 1991 r., III CZP 40/91, Legalis nr 27376;
2. Uchwała SN (7) z dnia 16 kwietnia 1993 r., III CZP 16/93, Legalis nr 28058;
3. Uchwała SN z dnia 5 maja 1993 r., III CZP 52/93, Legalis nr 28078;
4. Uchwała SN (pełn. Izba Cywilna) z dnia 28 kwietnia 1995 r., III CZP 166/94, Legalis nr 29265;
5. Uchwała SN z dnia 26 kwietnia 2002 r., III CZP 21/02, LEX nr 52265;
6. Wyrok SN z dnia 22 listopada 1973 r., III CRN 255/73, LEX nr 7344;
7. Wyrok SN z dnia 12 lutego 1991 r., III CRN 500/90, Legalis nr 27236;
8. Wyrok SN z dnia 27 czerwca 2000 r., I CKN 791/98, Leglis nr 124542;
9. Wyrok SN z dnia 8 maja 2001 r., IV CKN 354/00, Legalis nr 81769;
10. Wyrok SN z dnia 17 grudnia 2003 r., IV CK 288/02, Legalis nr 62917;
11. Wyrok SN z dnia 7 lipca 2005 r., V CK 869/04, Leglis nr 124569;
12. Wyrok SN z dnia 18 października 2006 r., II CNP 32/06, Legalis nr 173860;
13. Wyrok SN z dnia 12 lutego 2010 r., I CSK 311/09, Legalis nr 218239;
14. Wyrok SN z dnia 18 maja 2011 r., III CSK 217/10, LEX nr 846590;
15. Wyrok SN z dnia 24 maja 2012 r., II CSK 544/11, Legalis nr 511975;
16. Wyrok SN z dnia 9 października 2014 r., IV CSK 29/14, Legalis nr 1157498;
17. Wyrok SN z dnia 13 stycznia 2016 r., II CSK 185/15, Legalis nr 1409172;
18. Wyrok SN z dnia 29 marca 2017 r., I CSK 395/16, Legalis nr 1640642;
19. Wyrok Trybunału z dnia 11 lipca 1974 r., Case 8-74, Procureur du Roi v. Benoît and Gustave Dassonville, ECLI:EU:C:1974:82;
20. Wyrok Trybunału z dnia 24 listopada 1982 r., Case 249/81, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Irlandii, ECLI:EU:C:1982:402;
21. Wyrok Trybunału z dnia 15 maja 1986 r., C-222/84, Marguerite Johnston v. Chief Constable of the Royal Ulster Constabulary, CURIA;

22. Wyrok Trybunału z dnia 5 czerwca 1986 r., Case 103/84, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:1986:229;
23. Wyrok Trybunału z dnia 20 marca 1990 r., C-21/88, Du Pont de Nemours Italiana SpA v. Unità sanitaria locale N° 2 di Carrara, ECLI:EU:C:1990:121;
24. Wyrok Trybunału z dnia 4 października 1991 r., C-367/89, Richardt and Les Accessoires Scientifiques, ECLI:EU:C:1991:376;
25. Wyrok Trybunału z dnia 3 maja 1994 r., C-328/92, Komisja Wspólnot Europejskich v. Królestwo Hiszpanii, ECLI:EU:C:1994:178;
26. Wyrok Trybunału z dnia 28 marca 1995 r., C-324/93 The Queen v. Secretary of State for Home Department, ex parte Evans Medical Ltd and Macfarlan Smith Ltd., ECLI:EU:C:1995:84;
27. Wyrok Trybunału z dnia 17 października 1995 r., C-83/94, eter Leifer, Reinhold Otto Krauskopf oraz Otto Holzer, ECLI:EU:C:1995:329;
28. Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 12 grudnia 1996 r., C-3/95, Reisebüro Broede v. Gerd Sandker, ECLI:EU:C:1996:487;
29. Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 16 września 1999 r., C-414/97, Komisja Europejska v. Królestwo Hiszpanii, ECLI:EU:C:1999:417;
30. Wyrok Trybunału z dnia 26 października 1999 r., C-273/97, Angela Maria Sirdar v. The Army Board and Secretary of State for Defence, ECLI:EU:C:1999:523;
31. Wyrok Trybunału z dnia 11 stycznia 2000 r., C-285/98, Tanja Kreil v. Republika Federalna Niemiec, ECLI:EU:C:2000:2;
32. Wyrok Trybunału (szósta izba) z dnia 7 lutego 2002 r., C-279/00, Komisja Europejska v. Republika Włoska, CURIA;
33. Wyrok Trybunału z dnia 11 marca 2003 r., C-186/01, Alexander Dory v. Bundesrepublik Deutschland, ECLI:EU:C:2003:146;
34. Wyrok Trybunału z dnia 11 grudnia 2003 r., C-322/01, Deutscher Apothekerverband eV v. 0800 DocMorris NV oraz Jacques Waterval, ECLI:EU:C:2003:664;
35. Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 13 lipca 2004 r., C-82/03, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, CURIA;
36. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 8 kwietnia 2008 r., C-337/05, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:2008:203;

37. Wyrok Trybunału (druga izba) z dnia 2 października 2008 r., C-157/06, Komisja Wspólnot Europejskich v. Republika Włoska, ECLI:EU:C:2008:530;
38. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-239/06, Komisja Europejska v. Republika Włoska, CURIA;
39. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-284/05, Komisja Europejska v. Republika Finlandii, EU:C:2009:778;
40. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-294/05, Komisja Europejska v. Królestwo Szwecji, CURIA;
41. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-372/05, Komisja Europejska v. Republika Federalna Niemiec, CURIA;
42. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-387/05, Komisja Europejska v. Republika Włoska, CURIA;
43. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-409/05, Komisja Europejska v. Republika Grecka, CURIA;
44. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 15 grudnia 2009 r., C-461/05, Komisja Europejska v. Królestwo Danii, CURIA;
45. Wyrok Trybunału (wielka izba) z dnia 4 marca 2010 r., C-38/06, Komisja Europejska v. Republika Portugalii, CURIA;
46. Wyrok Trybunału (czwarta izba) z dnia 7 czerwca 2012 r., C-615/10, Insinööritoimisto InsTiimi Oy v. Puolustusvoimat, CURIA;
47. Wyrok Trybunału (piąta izba) z dnia 4 września 2014 r., C-474/12, Schiebel Aircraft GmbH v. Bundesminister für Wirtschaft, Familie und Jugend, CURIA;
48. Wyrok Sądu Pierwszej Instancji (trzecia izba, w rozszerzonym składzie) z dnia 30 września 2003, T-26/01, Fiocchi munizioni SpA v. Komisja Europejska, ECLI:EU:T:2003:248;
49. Komunikat wyjaśniający w sprawie zastosowania artykułu 296 Traktatu w zakresie zamówień publicznych w dziedzinie obronności z dnia 7 grudnia 2006 r., SEK(2006) 1554, SEK(2006) 1555;
50. Opinia Rzecznika Generalnego Juliane Kokott z dnia 19 stycznia 2012 r., ECLI:EU:C:2012:26, ust. 40-66;
51. Opinia Rzecznika Generalnego Ruiza-Jarabo Colomera w sprawach połączonych: C-284/05 Komisja v. Republika Finlandii; C-294/05 Komisja v. Królestwu Szwecji; C-372/05 Komisja v. Republika Federalna Niemiec; C-

387/05 Komisja v. Republika Włoska; C-409/05 Komisja v. Republika Grecka;
C-461/05 Komisja v. Królestwo Danii i C-239/06 Komisja v. Republika Włoska,
ECLI:EU:C:2006:450.