

Elektronizacja zamówień publicznych 2018

Praktyczny komentarz
Pytania i odpowiedzi
Tekst ustawy



Wolters Kluwer

AUTORZY

Justyna Andała-Sępkowska

Magdalena Falkowska

Bartłomiej Kardas

Marek Stompel

PIKTOGRAMY

wskazują ważne elementy
książki i ułatwiają
ich odnalezienie nie tylko
tuż przed egzaminem



Orzecznictwo



Historia



Nowe przepisy



Pytania
Zadania

Elektronizacja zamówień publicznych 2018

Praktyczny komentarz

Pytania i odpowiedzi

Tekst ustawy

Stan prawny na 20 kwietnia 2018 r.

Wydawca
Izabella Małecka

Redaktor prowadzący
Paulina Staniszevska

Opracowanie redakcyjne i łamanie
Violet Design

Ta książka jest wspólnym dziełem twórcy i wydawcy. Prosimy, byś przestrzegał przysługujących im praw. Książkę możesz udostępnić osobom bliskim lub osobiście znanym, ale nie publikuj jej w internecie. Jeśli cytujesz fragmenty, nie zmieniaj ich treści i koniecznie zaznacz, czyje to dzieło. A jeśli musisz skopiować część, rób to jedynie na użytek osobisty.



SZANUJMY PRAWO I WŁASNOŚĆ
Więcej na www.legalnakultura.pl
POLSKA IZBA KSIĄŻKI

© Copyright by
Wolters Kluwer Polska Sp. z o.o., 2018

ISBN 978-83-8124-705-4

Dział Praw Autorskich
01-208 Warszawa, ul. Przyokopowa 33
tel. 22 535 82 19
e-mail: ksiazki@wolterskluwer.pl
www.wolterskluwer.pl
księgarnia internetowa www.profinfo.pl

SPIS TREŚCI

Wykaz skrótów	7
Wprowadzenie	9

Rozdział 1

Elektronizacja zamówień publicznych – obowiązki zamawiającego i wykonawców	11
1. Wstęp	11
2. Elektronizacja zamówień publicznych	12
3. Podsumowanie	18

Rozdział 2

Elektroniczna komunikacja zamawiającego z wykonawcami	19
1. Wstęp	19
2. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami – zasady przed nowelizacją	21
3. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami – zasady po nowelizacji	23
4. Zakończenie	31

Rozdział 3

Pytania i odpowiedzi	33
----------------------------	----

Rozdział 4

Standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia	49
---	----

Ustawa – Prawo zamówień publicznych	75
Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych	279
Wykaz aktów normatywnych i orzecnictwa	285

WYKAZ SKRÓTÓW

dyrektywa klasyczna	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/24/UE z 26.02.2014 r. w sprawie zamówień publicznych, uchylająca dyrektywę 2004/18/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 65)
dyrektywa sektorowa	– dyrektywa Parlamentu Europejskiego i Rady 2014/25/UE z 26.02.2014 r. w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, uchylająca dyrektywę 2004/17/WE (Dz.Urz. UE L 94, s. 243)
JEDZ	– jednolity europejski dokument zamówienia
k.c.	– ustawa z 23.04.1964 r. – Kodeks cywilny (Dz.U. z 2017 r. poz. 459 ze zm.)
k.p.a.	– ustawa z 14.06.1960 r. – Kodeks postępowania administracyjnego (Dz.U. z 2017 r. poz. 1257 ze zm.)
k.p.c.	– ustawa z 17.11.1964 r. – Kodeks postępowania cywilnego (Dz.U. z 2018 r. poz. 155 ze zm.)
p.z.p.	– ustawa z 29.01.2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz.U. z 2017 r. poz. 1579 ze zm.)
rozporządzenie 2016/7	– rozporządzenie wykonawcze Komisji (UE) 2016/7 z 5.01.2016 r. ustanawiające standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia (Dz.Urz. UE L 3, s. 16)
r.ś.k.e.	– rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 27.06.2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej

	w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz.U. poz. 1320)
SIWZ	– specyfikacja istotnych warunków zamówienia
u.ś.u.d.e.	– ustawa z 18.07.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną (Dz.U. z 2017 r. poz. 1219)
z.p.z.p., nowelizacja z 22.06.2016 r.	– ustawa z 22.06.2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz.U. poz. 1020)

WPROWADZENIE

W dniu 18.10.2018 r. komunikacja zamawiającego z wykonawcami uzyska nowy wymiar. Od tego dnia uczestnicy postępowań o udzielenie zamówienia publicznego będą zobowiązani do stosowania elektronicznych środków komunikacji. Zgodnie z informacją Urzędu Zamówień Publicznych z 12.04.2018 r.¹ planowane są jednak zmiany legislacyjne przesuujące termin wprowadzenia elektronizacji postępowań, których wartość jest niższa niż kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p. Wiele wskazuje więc na to, że od 18.10.2018 r. elektronizacją objęte zostaną tylko postępowania „w progu unijnym”. Przyczyną planowanych zmian jest opóźnienie we wdrożeniu bezpłatnego narzędzia umożliwiającego elektronizację zamówień publicznych. Elektronizacja zamówień publicznych to jasny cel, do którego od dawna zmierza ustawodawstwo unijne i krajowe. Już od 18.04.2018 r. w postępowaniach, których wartość przekracza kwoty określone na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p., wymagane jest przysyłanie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia drogą elektroniczną.

¹ <https://www.uzp.gov.pl/e-zamowienia/elektronizacja-zamowien-publicznych?type=fullversion> (dostęp: 24.04.2018 r.).

ROZDZIAŁ 1

Elektronizacja zamówień publicznych – obowiązki zamawiającego i wykonawców

1. Wstęp

 Elektronizacja zamówień publicznych była postulowana od dawna. Administracja publiczna, stanowiąca znaczny odsetek zamawiających, sukcesywnie wprowadzała nowe kanały komunikacji elektronicznej służące umożliwieniu załatwiania spraw urzędowych przez Internet. Szczególne obostrzenia stawiane przez Prawo zamówień publicznych, a zwłaszcza konieczność uniemożliwienia zapoznania się z ofertą przed terminem otwarcia, utrudniały jednak stworzenie platformy służącej elektronizacji zamówień publicznych. Sytuacja uległa zmianie wraz z wejściem w życie dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych, zwanej również dyrektywą klasyczną, oraz koniecznością implementacji jej zapisów do prawa polskiego, co znalazło swój wyraz w dużej nowelizacji Prawo zamówień publicznych z czerwca 2016 r.

Z uwagi na problemy praktyczne związane z elektronizacją zamówień publicznych jest ona wprowadzana stopniowo. Często jest rozumiana nie tylko jako umożliwienie składania ofert drogą elektroniczną, ale również przez pryzmat zmniejszenia obciążeń administracyjnych spoczywających

na wykonawcach. Stąd też pierwszym etapem przygotowania do elektronicznej było zastąpienie zaświadczeń składanych wraz z ofertą oświadczeniami.

2. Elektroniczna zamówień publicznych

§ Wprowadzenie jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia w zamysłu miało również służyć cyfryzacji zamówień publicznych. Ustawodawca wyszedł ze słusznego założenia, że łatwiej złożyć ofertę cyfrową zawierającą oświadczenia niż zaświadczenia wydawane zwykle w formie papierowej, które wymagałyby cyfryzowania.

N! Taką samą funkcję należy przypisywać wprowadzonemu przez wspomnianą nowelizację z 22.06.2016 r. art. 24aa p.z.p. Procedura odwrócona po wprowadzeniu elektronicznej zamówień ograniczy konieczność przedkładania papierowych zaświadczeń tylko do podmiotu, którego ofertę wybrano jako najkorzystniejszą. Wspomniany przepis stanowi swoisty wentyl bezpieczeństwa umożliwiający elektroniczną zamówień nawet w sytuacji, gdy niektóre niezbędne dokumenty dostępne będą tylko w formie papierowej.

Motyw 52 dyrektywy klasycznej wskazuje, że elektroniczna komunikacja oznacza „komunikację za pomocą środków elektronicznych na wszystkich etapach postępowania, łącznie z przekazywaniem wniosków o dopuszczenie do udziału i w szczególności przekazywaniem ofert (elektroniczne składanie ofert)”.

W motywie 53 dyrektywy klasycznej czytamy, że elektroniczna forma komunikacji powinna być zorganizowana w sposób niedyskryminujący, z wykorzystaniem sprzętu oraz formatów plików powszechnie dostępnych. W sytuacjach gdy konieczne byłoby zastosowanie nietypowych formatów lub sprzętu elektronicznego, dyrektywa dopuszcza stosowanie formy papierowej, ograniczonej jednak jedynie do niezbędnego minimum. Wykluczone jest zatem stosowanie formy papierowej dla całej oferty. Dyrektywa dopuszcza również możliwość stosowania nietypowych formatów i narzędzi wszędzie tam, gdzie jest to uzasadnione względami

bezpieczeństwa, zwłaszcza w przypadku, gdy instytucja zamawiająca zapewnia dostęp wykonawców do dedykowanego, bezpiecznego środka komunikacji.

Z jednej strony należy zauważyć, że oferta dla swej ważności powinna zostać podpisana, a przez podpis należy rozumieć albo podpis odręczny, albo kwalifikowany podpis elektroniczny. Z drugiej strony zasadę pisemności postępowania można realizować również za pośrednictwem faksu. W tym kontekście jednakowo wiarygodny wydaje się podpis umieszczony na wydruku faksu, jak też podpis umieszczony na zeskanowanym i wysłanym w formie załącznika dokumencie.

Jednak należy zauważyć, że Prawo zamówień publicznych obwarowuje rygiorem nieważności wybrane dokumenty i oświadczenia, jeśli nie byłyby opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z brzmieniem art. 10a ust. 5 p.z.p. „oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygiorem nieważności, w postaci elektronicznej, i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym”.

Warto także w tym miejscu przypomnieć definicję środków komunikacji elektronicznej. Zgodnie z art. 2 pkt 17 p.z.p. należy je rozumieć przez pryzmat ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną. Zalicza się do nich również faks. Należy jednak pamiętać, że drogą faksową nie da się dochować wymogów wynikających z przytoczonego wyżej art. 10a p.z.p.

Zgodnie z art. 2 pkt 5 u.s.u.d.e. środki komunikacji elektronicznej to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczta elektroniczna.

Motyw 55 dyrektywy klastycznej stanowi, że Wspólnota będzie dążyła do unifikacji zarówno urządzeń, jak i wymaganych formatów w skali całego swojego rynku, co ma ułatwić pracę wykonawców i zwolnić ich

z konieczności dostosowywania formatów przygotowanych plików do wymagań zawartych w konkretnym postępowaniu.

Pewną ulgą w tym zakresie może być również szersze wykorzystywanie, a także dalsze rozwijanie bazy e-Certis, zawierającej wykaz dokumentów wydawanych wykonawcom w poszczególnych krajach Wspólnoty, mających potwierdzać spełnienie warunków udziału w postępowaniu. Dzięki jego zastosowaniu zmniejszy się ilość dokumentów, które należy załączyć do oferty również w wersji elektronicznej¹.

Platforma przygotowywana przez Ministerstwo Cyfryzacji będzie zapewniała elektroniczność tylko w bardzo podstawowym stopniu. Jej główną funkcjonalnością będzie przechowywanie i szyfrowanie ofert do czasu ich otwarcia. Po tym terminie oferty będą przekazywane do zamawiających wraz z kluczami wygenerowanymi przez wykonawców na platformie, a obowiązek archiwizacji ofert i dokumentów złożonych w postępowaniu będzie obciążał zamawiającego. Także na zamawiającym spoczywać będzie obowiązek zabezpieczenia treści stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa. Wobec powyższego większość zamawiających w opinii autora zostanie w praktyce zmuszona do stosowania komercyjnych platform zapewniających elektroniczność zamówień w znacznie szerszym zakresie, umożliwiającą faktyczną rezygnację z obiegu papierowego i niepolegającą na skanowaniu fizycznie podpisanych dokumentów, lecz opierającą ich uwierzytelnianie na śledzeniu ścieżki dokumentu oraz jego finalnym opatrywaniu kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Wobec bardzo ograniczonej funkcjonalności platformy przygotowywanej przez Ministerstwo Cyfryzacji korzystanie z platform komercyjnych da w opinii autora następujące korzyści:

- ujednolicenie systemu przesyłu i archiwizacji dokumentów w poszczególnych postępowaniach;
- standaryzacja i uwiarygodnienie śledzenia ścieżki dokumentów;
- oszczędność czasu pracowników zamawiającego, którzy nie będą musieli dublować czynności polegających najpierw na wytwarzaniu

¹ Wykorzystano tezy z opracowania M. Stompel, *Nowa dyrektywa klasyczna*, cz. 1, LEX.

dokumentów papierowych, a następnie ich digitalizacji; zaoszczędzony czas może zostać wykorzystany na merytoryczne działania konieczne w prowadzonych postępowaniach;

- eliminacja problemów związanych z archiwizacją dokumentów złożonych i wytworzonych w toku postępowania, za którą odpowiada zwykle dostawca platformy w związku z administrowaniem systemem i jego umieszczeniem na infrastrukturze dostawcy;
- zapewnienie bezpieczeństwa obiegu dokumentów, co jest szczególnie istotne np. w odniesieniu do zarządzania dokumentami zastrzeżonymi przez wykonawcę jako tajemnica przedsiębiorstwa, której wystąpienia w postępowaniu nigdy nie jesteśmy w stanie przewidzieć na etapie jego przygotowywania oraz ogłaszania.

Ważnym elementem elektronizacji zamówień publicznych jest zapewnienie szyfrowania ofert oraz weryfikacja daty ich wpływu, jak też zwrotu do wykonawcy oferty, która wpłynęła po terminie przewidzianym na składanie ofert, bez jej odszyfrowania lub brak możliwości technicznych złożenia oferty po terminie. Te funkcjonalności platformy należy w opinii autora uznać za najistotniejsze z punktu widzenia spełnienia wymogów Prawa zamówień publicznych. Niezawodność działania narzędzia w tych obszarach jest niezbędna dla zachowania prawidłowości oraz transparentności procesu udzielania zamówień publicznych, w tym unikania takich ryzyk, jak:

- rozszyfrowanie oferty złożonej po upływie terminu wyznaczonego na składanie ofert;
- rozszyfrowanie złożonych ofert przed upływem terminu na ich składanie także w przypadku wydłużenia przez zamawiającego terminu wyznaczonego na składanie ofert;
- nierozszyfrowanie jednej lub kilku ofert w wyznaczonym terminie ich otwarcia.

Obowiązki zamawiającego w procesie elektronizacji, od których może on odstąpić tylko w przypadkach wskazanych w Prawie zamówień publicznych, to zapewnienie, żeby komunikacja między nim a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na

formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia sporządzonego zgodnie ze wzorem standardowego formularza określonym w rozporządzeniu wykonawczym Komisji Europejskiej wydanym na podstawie art. 59 ust. 2 dyrektywy klasycznej oraz art. 80 ust. 3 dyrektywy sektorowej, odbywała się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Ponadto zamawiający ma obowiązek wskazać w dokumentach, takich jak ogłoszenie o zamówieniu, zaproszenie do składania itp., niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego.

Zamawiający jako gospodarz postępowania musi zapewnić, aby w odniesieniu do zamówień publicznych w systemie istniało narzędzie odnotowujące dostęp do:

- ofert, uzyskany przed ich publicznym otwarciem;
- wniosków przed upływem terminu na ich składanie;
- informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa;
- dokumentów składanych w wyniku wezwania do uzupełnienia itp.

Zamawiający zapewnia, aby system dawał dostęp wyłącznie osobom uprawnionym do ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, dostęp do całości lub części dokumentacji postępowania o udzielenie zamówienia na poszczególnych jego etapach oraz możliwość udostępniania osobom trzecim ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a także innych dokumentów uzyskanych od wykonawców, i możliwość usunięcia ofert oraz wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w sposób uniemożliwiający ich odzyskanie i zapoznanie się przez użytkowników z ich treścią – w przypadku zwrócenia przez zamawiającego oferty albo wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu lub ich wycofania albo zmiany przez wykonawcę.



Po 18.10.2018 r. zakres elektronicznej znacznie się rozszerzy i obejmie nie tylko elektroniczne przesyłanie JEDZ, lecz także elektroniczne składanie całej oferty, która pod rygorem nieważności musi być

opatrzona bezpiecznym podpisem elektronicznym. Bezpieczny podpis elektroniczny, w opinii autora, będzie niezbędny wykonawcy już od 18.04.2018 r., gdyż tylko on umożliwia prawidłowe podpisanie elektronicznego JEDZ. Oferty składane za pośrednictwem platformy będą widoczne po ich wprowadzeniu jako zaszyfrowane i ich rozszyfrowania dokonają dopiero po upływie terminu składania upoważnione do tej czynności osoby działające po stronie zamawiającego. Rozszyfrowanie ofert odbywać się będzie za pośrednictwem niekwalifikowanego podpisu elektronicznego. W praktyce wydaje się również niezbędne posiadanie przez zamawiającego kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Nawet jeśli dana platforma będzie umożliwiała zamieszczanie skanów pism podpisanych tradycyjnie, to w opinii autora takie działanie jest zaprzeczeniem elektronizacji².

Warto podkreślić, że – jak już wspomniano – elektronizacja wprowadzona 18.10.2018 r. nie będzie jednak pełna. Jak czytamy w informacji Urzędu Zamówień Publicznych z 12.04.2018 r.³: „Urząd Zamówień Publicznych wspólnie z Ministerstwem Przedsiębiorczości i Technologii opracowuje projekt regulacji prawnych, dzięki którym **nastąpi przesunięcie w czasie elektronizacji zamówień w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego o wartości poniżej progów UE**. Projektowane zmiany zakładają przesunięcie obowiązku wprowadzenia w tych postępowaniach komunikacji przy użyciu środków komunikacji elektronicznej do końca 2019 r., tj. do czasu pełnego wdrożenia modelu docelowego zakładającego istnienie centralnej Platformy e-Zamówień, z którą zintegrowane są Portale e-Uslug. Powyższe rozwiązanie:

- 1) zwiększa szanse na lepsze przygotowanie się wykonawców, w szczególności z sektora MŚP, do elektronizacji zamówień, w tym dysponowania przez nich kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- 2) zapewnia lepsze szanse dla mniejszych zamawiających na przygotowanie się do wdrożenia elektronicznych narzędzi do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego;

² W opracowaniu wykorzystano tezy oraz fragmenty z artykułu J. Olszewska-Stompel, M. Stompel, *Nowy standard komunikacji*, „Monitor Zamówień Publicznych” 2018/3.

³ <https://www.uzp.gov.pl/e-zamowienia/elektronizacja-zamowien-publicznych?type=fullversion> (dostęp: 24.04.2018 r.).

- 3) zdywersyfikuje zagrożenia zmniejszenia ilości ofert składanych w postępowaniach/unieważnienia postępowań z powodu braku ważnych ofert, ze względu na brak podpisu elektronicznego po stronie mniejszych wykonawców”.

3. Podsumowanie

Oferta dla swej ważności powinna zostać podpisana odręcznie albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zasadę pisemności postępowania można jednak realizować również za pośrednictwem faksu. W tym kontekście jednakowo wiarygodny wydaje się podpis umieszczony na wydruku faksu oraz podpis umieszczony na wskanowanym i wysłanym w formie załącznika dokumencie.

Prawo zamówień publicznych nadaje jednak rygor nieważności dla wybranych dokumentów i oświadczeń takich jak oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym JEDZ, które nie byłyby opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Z uwagi na bardzo ograniczoną funkcjonalność rozwiązania, które zostanie udostępnione przez Ministerstwo Cyfryzacji, w opinii autora zasadne wydaje się skorzystanie w zakresie elektronicznej zamówień z platform oferowanych komercyjnie.

ROZDZIAŁ 2

Elektroniczna komunikacja zamawiającego z wykonawcami

1. Wstęp

Nowelizacja z 22.06.2016 r. miała na celu wdrożenie do krajowych regulacji o zamówieniach publicznych zapisów wynikających z dyrektywy 2014/24/UE w sprawie zamówień publicznych oraz dyrektywy 2014/25/UE w sprawie udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych.

 Zgodnie z postanowieniami przywołanych dyrektyw terminy wdrożenia ich postanowień do krajowych systemów prawnych upłynęły 18.04.2016 r. Jednocześnie dyrektywy zezwalały państwom członkowskim na odroczenie terminu wdrożenia niektórych z nich. Wdrożenie zapisów dotyczących obowiązkowej komunikacji elektronicznej, z wyjątkiem przesyłania ogłoszeń, udostępniania dokumentów zamówienia oraz instytucji elektronicznych, takich jak: aukcja elektroniczna, katalogi elektroniczne, dynamiczny system zakupów, może nastąpić do 18.10.2018 r. Wprowadzeniu regulacji odnoszących się do obowiązkowej komunikacji elektronicznej w przypadku postępowań prowadzonych przez centralną jednostkę zakupującą wyznaczono termin 18.04.2017 r. Natomiast ostateczne wdrożenie przepisów dotyczących sposobu sporządzania jednolitego europejskiego dokumentu

zamówienia miało nastąpić do 18.04.2018 r. Jak czytamy w uzasadnieniu do nowelizacji z 22.06.2016 r. (VIII kadencja, druk sejm. nr 366, s. 1): „Terminy implementacji, zgodnie z art. 90 ust. 1 dyrektywy klasycznej oraz art. 106 ust. 1 dyrektywy sektorowej, wpływają w dniu 18 kwietnia 2016 r., z tym że dyrektywy zezwalają państwu członkowskiemu na odroczenie terminu wdrożenia:

- 1) obowiązkowej komunikacji elektronicznej, z wyjątkiem przesyłania ogłoszeń, udostępniania dokumentów zamówienia, oraz instytucji elektronicznych takich jak: aukcja elektroniczna, katalogi elektroniczne, dynamiczny system zakupów – do dnia 18 października 2018 r.;
- 2) obowiązkowej komunikacji elektronicznej w przypadku postępowań prowadzonych przez centralną jednostkę zakupującą – do dnia 18 kwietnia 2017 r.;
- 3) przepisów dotyczących sposobu sporządzania jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia – do dnia 18 kwietnia 2018 r.”.

W nowelizacji z 22.06.2016 r. przyjęto to rozwiązanie i wpisano je do art. 15 z.p.z.p., wskazując, że przepisy Prawa zamówień publicznych w zakresie, w jakim przewidują obowiązek komunikacji zamawiającego z wykonawcą wyłącznie za pomocą środków komunikacji elektronicznej, stosuje się w odniesieniu do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych przez:

- 1) centralnego zamawiającego – od 18.04.2017 r.;
- 2) innych zamawiających niż centralny zamawiający – od 18.10.2018 r.

Przepis art. 10a p.z.p. w zakresie jednolitego dokumentu zamówienia stosuje się od 18.04.2018 r.

Przedmiotowe opracowanie przybliży zakres nowelizacji w odniesieniu do komunikacji zamawiającego z wykonawcami, w szczególności dodanego do działu I p.z.p. nowego rozdziału 2a zatytułowanego „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami”.

2. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami – zasady przed nowelizacją

Generalną zasadą wynikającą z art. 9 ust. 1 p.z.p. jest to, że „postępowanie o udzielenie zamówienia, z zastrzeżeniem wyjątków określonych w samej ustawie, prowadzi się z zachowaniem formy pisemnej”. Zamawiający jako moderator prowadzący procedurę zakupową decyduje w granicach Prawa zamówień publicznych o formie porozumiewania się z uczestnikami postępowania.

 Z już uchylonego art. 27 p.z.p. wynikało, że w postępowaniach o udzielenie zamówienia oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje zamawiający i wykonawcy przekazują, zgodnie z wyborem zamawiającego, pisemnie, faksem lub drogą elektroniczną. Ponadto istniało zastrzeżenie, że jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informacje faksem lub drogą elektroniczną, to każda ze stron, na żądanie drugiej, niezwłocznie potwierdza fakt ich otrzymania.

 Jak wskazano w wyroku KIO z 24.07.2012 r., KIO 1468/12, LEX nr 1212713: „Co do dyspozycji art. 27 ust. 2 Pzp, która została także przywołana w treści postanowień SIWZ w niniejszym postępowaniu, to Izba wskazuje, że przepis ten nie zawiera bezwzględnego obowiązku żądania potwierdzenia w każdym przypadku prawidłowości przesłania faksu. Takim wiarygodnym i niepodważonym w żaden sposób przez odwołującego dowodem potwierdzającym tę okoliczność [...] jest w tym przypadku raport z transmisji faksu. Odwołujący w tym zakresie nie obalił tego dowodu, nawet nie próbując go w jakikolwiek sposób podważyć, twierdząc tak naprawdę jedynie, że zamawiający nie miał prawa skierowania do niego w skuteczny sposób korespondencji na wskazany faks, co nie znalazło uznania Izby. Co do argumentu o konieczności dokonywania doręczeń na rzecz pełnomocnika, stosownie do przywoływanych przez odwołującego regulacji Kpc i Kpa, to Izba uznała ten argument za niezasadny. W postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie mają zastosowania wskazane regulacje kodeksowe. W tym zakresie zastosowanie znajdzie ustawa Pzp i akty wykonawcze

wydane na jej podstawie, a w sytuacjach nieuregulowanych także przepisy KC, poprzez art. 14 ustawy Pzp. Odnosząc się natomiast do regulacji Kodeksu cywilnego, wskazać należy na przywoływany również przez odwołującego w treści odwołania art. 61 § 2 Kc, zgodnie z którym oświadczenie woli wyrażone w postaci elektronicznej jest złożone innej osobie z chwilą, gdy wprowadzono je do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby osoba ta mogła zapoznać się z jego treścią. Raport z transmisji na sporny numer faksu należący do odwołującego wskazuje na połączenie w dniu 2 lipca 2012 r. dokonane na wskazany numer faksu i wysłanie jednego arkusza informacji (pisma), które zawierało treść wezwania do uzupełnienia dokumentów. Tym samym w danym dniu o określonym w raporcie z transmisji czasie doszło do wprowadzenia treści tego pisma do środka komunikacji elektronicznej (faks) w taki sposób, aby druga ze stron – adresat pisma (odwołujący) mógł się zapoznać z jego treścią. Odwołujący nie przedstawił żadnego dowodu, który potwierdzałby brak możliwości zapoznania się z treścią tego pisma (np. przedłożenia korespondencji, którą mógłby ewentualnie otrzymać w wersji nieczytelnej). Powyższe stanowisko Izby znajduje potwierdzenie w uchwale Sądu Najwyższego z dnia 2 października 2002 roku, III PZP 170/2002”.

Na etapie przygotowawczym postępowania, przed jego wszczęciem, zamawiający obowiązkowo wskazuje sposób komunikowania się z wykonawcami. Jak wynika z art. 36 ust. 1 pkt 7 p.z.p., sporządzana SIWZ musi zawierać informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami.

N! Warto podkreślić, że powyższy zapis został zmieniony przez nowelizację z 22.06.2016 r. i wskazuje on, że SIWZ zawiera co najmniej „informacje o sposobie porozumiewania się zamawiającego z wykonawcami oraz przekazywania oświadczeń lub dokumentów, jeżeli zamawiający, w sytuacjach określonych w art. 10c–10e, przewiduje inny sposób porozumiewania się niż przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, a także wskazanie osób uprawnionych do porozumiewania się z wykonawcami”. Zmiana ta ma charakter techniczny.

Dodatkowo ustawodawca przypomina zamawiającym, że wybrany sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji, a także że zawsze dopuszczalna jest forma pisemna, z zastrzeżeniem wyjątków przewidzianych w ustawie.

PD W ramach regulacji sprzed nowelizacji z 22.06.2016 r. w odniesieniu do trybów dwuetapowych zezwolono zamawiającemu na żądanie w ogłoszeniu o zamówieniu, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu przekazywane faksem lub drogą elektroniczną były potwierdzane pisemnie lub w drodze elektronicznej, opatrzone kwalifikowanym podpisem elektronicznym, a w ostatnim z ustępów uchylonego art. 27 p.z.p. wskazano, że informacja o złożeniu wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu może być przekazana telefonicznie przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, a wniosek uważa się za złożony w terminie, jeżeli przed upływem terminu składania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu został on wysłany w formie pisemnej i zamawiający otrzymał go nie później niż w terminie 7 dni od dnia upływu terminu składania wniosków.

Nowelizacja z 22.06.2016 r. w art. 1 pkt 41 uchyliła dotychczas obowiązujący art. 27 p.z.p. w całości.

3. Komunikacja zamawiającego z wykonawcami – zasady po nowelizacji

W ramach nowelizacji z 22.06.2016 r. implementującej przepisy dyrektyw unijnych wprowadzono – jak już wspomniano – do jej regulacji nowy rozdział 2a zatytułowany „Komunikacja zamawiającego z wykonawcami”. Zamieszczono go w dziale I p.z.p., obejmującym przepisy ogólne Prawa zamówień publicznych, czyli te stosowane do wszelkich trybów, przy zastrzeżeniu, że przepisy szczególne nie stanowią inaczej.

NI Nowelizacja z 22.06.2016 r. do słowniczka pojęciowego dodała definicję środków komunikacji elektronicznej, wskazując, że należy przez nie rozumieć środki komunikacji elektronicznej w rozumieniu

ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną lub faks. Ustawa ta określa obowiązki usługodawcy związane ze świadczeniem usług drogą elektroniczną, zasady wyłączania odpowiedzialności usługodawcy z tytułu świadczenia usług drogą elektroniczną, zasady ochrony danych osobowych osób fizycznych korzystających z usług świadczonych drogą elektroniczną, wskazuje również, że środki komunikacji elektronicznej są to rozwiązania techniczne, w tym urządzenia teleinformatyczne i współpracujące z nimi narzędzia programowe, umożliwiające indywidualne porozumiewanie się na odległość przy wykorzystaniu transmisji danych między systemami teleinformatycznymi, a w szczególności poczta elektroniczna.

N! W nowo wprowadzonym art. 10a ust. 1 p.z.p. wskazano, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu, o którym mowa w art. 25a ust. 2 p.z.p. (chodzi o jednolity europejski dokument zamówienia, zwany w nowelizacji jednolitym dokumentem, składany w postępowaniach, których wartość zamówienia jest równa lub przekracza kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 p.z.p.), odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Przy czym stosownie do rozporządzenia wykonawczego 2016/7 ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia od 18.04.2016 r. wykonawcy mogą składać JEDZ na standardowym formularzu stanowiącym załącznik do tego rozporządzenia. Formularz ten ma bezpośrednie zastosowanie we wszystkich państwach członkowskich.

PD W ramach procesu legislacyjnego w raporcie z konsultacji publicznych projektu nowelizacji z 22.06.2016 r. czytamy: „Elektronizacja procedur zamówień publicznych w zakresie komunikacji z wykonawcami (projektowany art. 10a i następne). Zgłaszano uwagi dotyczące przepisów regulujących elektronizację procedur (art. 10a i następne projektu) wskazujące m.in. na rozszerzenie możliwości składania ofert również z użyciem innych środków komunikacji elektronicznej, nie tylko profilu nabywcy, analogiczne uwagi dotyczyły publikacji ogłoszeń.

W związku ze zmianą koncepcji dotyczącej elektronizacji zamówień publicznych – wprowadzono nowe przepisy, zgodnie z propozycją Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych. Biorąc pod uwagę termin implementacji ww. dyrektyw, który upływa w dniu 18 kwietnia 2016 r., a tym samym konieczność jak najszybszego zakończenia prac nad wdrożeniem ich do polskiego porządku prawnego zaproponowano implementację przepisów dyrektyw wprowadzających obowiązkową komunikację elektroniczną między wykonawcą i zamawiającym tylko w zakresie niezbędnym i przewidzianym w tych przepisach. Oznacza to rezygnację na ten moment z przyjętej do tej pory koncepcji, dokonania kompleksowej elektronizacji zamówień publicznych, polegającej na wprowadzeniu do polskiego porządku prawnego zaawansowanych zmian umożliwiających korzystanie z narzędzi elektronicznych w procesie udzielania zamówień, tj. stworzenia elektronicznej platformy zamówień publicznych e-Zamówienia, na której znajdowałyby się Biuletyn Zamówień oraz profil nabywcy i aukcje elektroniczne oraz przyjęciu założenia, że komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcą, a także składanie ofert i wniosków oraz publikowanie ogłoszeń odbywa się przy użyciu profilu nabywcy. W związku powyższym zastąpiono odniesienia do profilu nabywcy oraz platformy e-Zamówienia elektronicznymi środkami komunikacji w rozumieniu dyrektyw. Specyfikacja istotnych warunków zamówienia zamiast na profilu nabywcy, byłaby udostępniana przez zamawiającego na stronie internetowej bez wskazywania, że ma to być strona zamawiającego. W związku z rezygnacją z budowy Biuletynu Zamówień, będącego repozytorium wszystkich ogłoszeń dotyczących zamówień udzielanych przez polskich zamawiających, ogłoszenia natomiast będą publikowane na dotychczas obowiązujących zasadach”.

N! W nowelizacji z 22.06.2016 r. ostatecznie wskazano, że „zamawiający może ustalić sposób przedstawienia informacji zawartych w ofercie w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty albo może dopuścić taką możliwość” (art. 10a ust. 2 p.z.p.). Zamawiający wskazuje na wymóg albo możliwość, o których mowa w zdaniu poprzednim, w ramach ogłoszenia o zamówieniu, zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania albo zaproszenia do

składania ofert lub do negocjacji w przypadku, gdy zamieszczenie ogłoszenia o ustanowieniu systemu kwalifikowania wykonawców stanowi zaproszenie do ubiegania się o zamówienie (art. 10a ust. 3 p.z.p.). Zamawiający określi w tych dokumentach „niezbędne informacje dotyczące formatu, parametrów wykorzystywanego sprzętu elektronicznego oraz technicznych warunków i specyfikacji połączenia dotyczących katalogu elektronicznego” (art. 10a ust. 4 p.z.p.).

W uzasadnieniu do nowelizacji z 22.06.2016 r. wskazano: „Co do zasady w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oświadczeń, w tym jednolitego dokumentu, o którym mowa w art. 25a ust. 2, odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. W przypadku gdy komunikacja odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej zamawiający może ustalić sposób organizacji informacji zawartych w ofercie lub we wniosku o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, w postaci katalogu elektronicznego lub dołączenia katalogu elektronicznego do oferty albo dopuścić taką możliwość”.

Zgodnie z nowelizacją składane przez wykonawców oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Ponadto zamawiający ma obowiązek zapewnić, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do celów komunikacji z wykonawcami za pomocą środków komunikacji elektronicznej oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będących w powszechnym użyciu oraz aby nie mogły one ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia.



W wyroku z 26.03.2015 r., II Ca 675/14¹, Sąd Okręgowy w Kaliszu za błędne uznał stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej wyrażone w zaskarżonym wyroku z 5.11.2014 r., I KIO 2241/14, LEX nr 1611767, że zarówno oferta, jak i dokumenty potwierdzające spełnianie warunków udziału w postępowaniu są tymi samymi dokumentami, dlatego o ich formie w postaci elektronicznej decyduje zgoda zamawiającego, a jej brak determinuje obowiązek składania dokumentów wyłącznie w formie pisemnej. Sąd na gruncie rozpoznawanej sprawy uznał za wadliwe działanie zamawiającego pozbawiające skutków czynności złożenia przez wykonawcę dokumentów w formie elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym, uznając, że ograniczało wykonawcę w wyborze dopuszczalnej formy, w jakiej dokumenty mogły zostać złożone, wynikającej z § 7 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 19.02.2013 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy, oraz form, w jakich te dokumenty mogą być składane (Dz.U. poz. 231). Sąd wskazał, że w wezwaniu do uzupełnienia oferty o dokumenty na potwierdzenie spełnienia warunków udziału w postępowaniu zamawiającemu nie przysługuje prawo do ograniczenia formy, w jakiej dokumenty te mogą zostać złożone, gdyż forma ta wynika wprost z § 7 rozporządzenia w sprawie dokumentów. Sąd zaznaczył także, że zamawiający może żądać przedstawienia oryginału lub notarialnie poświadczonej kopii dokumentu wyłącznie wtedy, gdy złożona kopia dokumentu jest nieczytelna lub budzi wątpliwości co do jej prawdziwości. Tezy te dotyczą co prawda nieobowiązującego już rozporządzenia, jednak w swym założeniu pozostają aktualne.

W uzasadnieniu do nowelizacji z 22.06.2016 r. czytamy, że: „Projekt ustawy, podobnie jak dyrektywy, dopuszcza sytuacje, w których zamawiający będzie mógł odstąpić od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu części oferty. Okoliczności te zostały uregulowane w projekcie ustawy zgodnie z brzmieniem art. 22 ust. 1 akapit drugi dyrektywy 2014/24/UE. Sytuację tę reguluje art. 10c”.

¹ https://www.uzp.gov.pl/__data/assets/pdf_file/0024/25764/wyrok_26_03_2015_II_Ca_675_14.pdf (dostęp: 24.04.2018 r.).

N! W związku z tym w ramach nowelizacji ustanowiono w art. 10c ust. 1 p.z.p. zezwolenie na odstępstwo od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert, które może wykorzystać zamawiający w sytuacji, gdy:

- 1) z uwagi na wyspecjalizowany charakter zamówienia użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne lub które nie są obsługiwane za pomocą ogólnie dostępnych aplikacji;
- 2) aplikacje do obsługi formatów plików, które nadają się do przygotowania ofert, korzystają z formatów plików, których nie można obsługiwać za pomocą żadnych innych aplikacji otwartoźródłowych lub ogólnie dostępnych, lub są objęte systemem licencji i nie mogą zostać udostępnione do pobierania lub zdalnego wykorzystania przez zamawiającego;
- 3) użycie środków komunikacji elektronicznej wymagałoby specjalistycznego sprzętu biurowego, który nie jest dostępny dla zamawiającego;
- 4) zamawiający wymaga przedstawienia modelu fizycznego, modelu w skali lub próbki, której nie można przekazać przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;
- 5) jest to niezbędne z powodu naruszenia bezpieczeństwa środków komunikacji elektronicznej;
- 6) jest to niezbędne z uwagi na potrzebę ochrony informacji szczególnie wrażliwych, której nie można zagwarantować w sposób dostateczny przy użyciu środków komunikacji elektronicznej lub innych narzędzi lub urządzeń, które mogłyby być udostępnione przez zamawiającego.

Przy czym zastrzeżono, że w sytuacjach opisanych powyżej składanie tej części oferty będzie się odbywać za pośrednictwem operatora pocztowego w rozumieniu ustawy z 23.11.2012 r. – Prawo pocztowe (Dz.U. z 2017 r. poz. 1481 ze zm.), osobiście lub za pośrednictwem posłańca (art. 10c ust. 2 p.z.p.). Ponadto w art. 10d ust. 1 p.z.p. wskazano, że zamawiający może wymagać użycia narzędzi, urządzeń oraz formatów plików, które nie są ogólnie dostępne, jeżeli:

- 1) oferuje on nieograniczony, pełny, bezpośredni i bezpłatny dostęp, za pomocą środków komunikacji elektronicznej, do narzędzi, urządzeń

i formatów plików od dnia opublikowania ogłoszenia o zamówieniu lub od dnia wysłania zaproszenia do potwierdzenia zainteresowania (w ogłoszeniu o zamówieniu lub w zaproszeniu do potwierdzenia zainteresowania podaje się adres strony internetowej, pod którym są dostępne te narzędzia, urządzenia i formaty plików – art. 10d ust. 2 p.z.p.), lub

- 2) zapewnia on, aby wykonawcy niemający dostępu do narzędzi, urządzeń i formatów plików lub możliwości ich uzyskania w stosownych terminach mogli uzyskać dostęp do postępowania o udzielenie zamówienia przez stosowanie tymczasowych narzędzi nieodpłatnie udostępnionych w sieci, o ile brak dostępu nie wynika z przyczyn dotyczących wykonawcy, lub
- 3) udostępnia on inny środek komunikacji elektronicznej do składania części oferty.

Natomiast w przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów zamawiający może wymagać zastosowania narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobnych. W takim przypadku zamawiający udostępnia środki dostępu do tych narzędzi zgodnie z wprowadzonym w ramach nowelizacji z 22.06.2016 r. art. 10d p.z.p. do czasu, gdy takie narzędzia staną się ogólnie dostępne. W przypadku skorzystania z odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej zamawiający został zobowiązany do wskazania powodów odstąpienia i ujawnienia ich w protokole z postępowania. W rozporządzeniu Ministra Rozwoju z 26.07.2016 r. w sprawie protokołu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (Dz.U. poz. 1128) we wzorach protokołów dotyczących przetargu nieograniczonego, przetargu ograniczonego, negocjacji z ogłoszeniem, dialogu konkurencyjnego, negocjacji bez ogłoszenia i partnerstwa innowacyjnego zapisano konieczność ujawnienia powodów odstąpienia od wymogu użycia środków komunikacji elektronicznej przy składaniu ofert (w przypadkach, o których mowa w art. 10c ust. 1 p.z.p.).

Ustawodawca zobowiązał również Prezesa Rady Ministrów do określenia, w drodze rozporządzenia, wymagań technicznych i organizacyjnych dotyczących stosowania środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu w sprawie udzielenia zamówienia oraz sposobu sporządzania