

Nowa (wirtualna) rzeczywistość

Dzień 18 października 2018 r. to ważna data w polskim systemie zamówień publicznych. Wraz z tym dniem wprowadzony został obowiązek komunikacji między zamawiającymi, a wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

MICHAŁ ROGALSKI

DLACZEGO OBOWIĄZEK

Termin wprowadzenia obowiązku komunikacji między zamawiającymi, a wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej wynika z treści art. 15 ust. 1 pkt 2 ustawy z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw¹.

Pierwotnie dotyczył on zamówień niezależnie od ich wartości. W wyniku nowelizacji przywołanej wyżej ustawy, wyłączono chwilowo z obowiązku tzw. zamówienia „krajowe”, czyli o wartości mniejszej, niż kwoty określone w przepisach wydanych na podstawie art. 11 ust. 8 Pzp. W odniesieniu do tych zamówień obowiązek komunikacji przy użyciu

środków komunikacji elektronicznej przesunięty został do dnia 1 stycznia 2020 r.

Konieczność stosowania środków komunikacji elektronicznej wynika z treści art., 10a Pzp. Artykuł ten stanowi implementację do prawa polskiego postanowień Dyrektywy 2014/24/UE Parlamentu Europejskiego i Rady w sprawie zamówień publicznych, uchylającej dyrektywę 2004/18/WE. Polska skorzystała przy tym z możliwości odroczenia stosowania art. 22 tej dyrektywy, mówiącego właśnie o zasadach mających zastosowanie w komunikacji. Termin 18 października stanowił zgodnie z dyrektywą termin ostateczny, którego przekroczenie oznaczałoby niewdrożenie jej postanowień i wiązałoby się z poważnymi konsekwencjami tego naruszenia.

Warto zwrócić uwagę, że w obowiązującym obecnie stanie prawnym faks przestał być środkiem komunikacji elektronicznej, co wyklucza stosowanie tego urządzenia przy udzielaniu za-



MICHAŁ ROGALSKI
Członek Rady Zamówień Publicznych,
ekspert zamówień publicznych Polskiej Izby
Informatyki i Telekomunikacji.

¹ Dz. U. z 2016 r. poz. 1020, 1579, 1920, z 2018 r. poz. 1603.

mówień, w których stosowanie tych środków stało się obowiązkowe.

ROZWIĄZANIE TYMCZASOWE

Zgodnie z pierwotnymi planami Urzędu Zamówień Publicznych realizacja nowego obowiązku komunikowania się zamawiających z wykonawcami miała być wspierana przez system teleinformatyczny zwany platformą e-Zamówień oraz podłączone do niej, komercyjne portale e-Uслуг². Stworzenie platformy e-Zamówień w wymaganym terminie okazało się niemożliwe. Tym bardziej niemożliwe było stworzenie lub dostosowanie istniejących rozwiązań komercyjnych odpowiedzialnych za realizację e-Uслуг.

W tej sytuacji, w kwietniu tego roku podjęto decyzję zastosowania rozwiązania tymczasowego, które do czasu stworzenia rozwiązań docelowych umożliwi zamawiającym i wykonawcom wywiązanie się z nowopowstałego obowiązku komunikacji elektronicznej. Tym rozwiązaniem tymczasowym jest tzw. miniPortal będący aplikacją internetową, współpracującą i wykorzystującą pewne funkcjonalności istniejącej od dawna Elektronicznej Platformy Usług Administracji Państwowej – ePUAP.

Prace nad wdrożeniem miniPortalu trwały niemal do ostatniej chwili, gdyż wdrożenie tego rozwiązania nastąpiło dopiero na dwa tygodnie przed datą ostateczną.

DLACZEGO ROZWIĄZANIE SPECJALISTYCZNE

Wielu czytelników zada sobie zapewne pytanie – dlaczego konieczne jest tworzenie specjalistycznych rozwiązań teleinformatycznych, skoro w myśl definicji pojęcia „środki komunikacji elektronicznej” zawartej w treści art. 2 pkt 5 ustawy z dnia 18 lipca 2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną³, środkiem takim jest dobrze znana i sprawdzona poczta elektroniczna?

Otóż zastosowanie wyłącznie poczty elektronicznej, choć odpowiada wszystkim wymaganiom sformu-

lowanym we wspomnianym wcześniej art. 10a oraz art. 10b Pzp, nie zapewnia dodatkowych wymagań dotyczących m.in. składania ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu. Te dodatkowe wymagania określone zostały w znowelizowanym⁴ ostatnio rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych.

Przepisy § 3 ust 2 tego rozporządzenia wprowadzają do prawa polskiego treść załącznika nr IV wspomnianej wcześniej dyrektywy. Zawarte w tej jednostce redakcyjnej wyliczenie określa wymagania, które muszą być spełnione przy przekazywaniu ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosków, o których mowa w art. 134c ustawy, oraz prac konkursowych. W punkcie drugim wyliczenia wskazano na konieczność zapewnienia ochrony przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia.

Realizacja tego wymagania wiąże się z koniecznością wprowadzenia zaufanej trzeciej strony, która czuwa nad tym, by zamawiający nie uzyskali dostępu do wrażliwych treści przed upływem określonego przez nich terminu.

W miniPortalu przyjęto rozwiązanie polegające na konieczności zarejestrowania w tym systemie faktu prowadzenia określonego postępowania przez zamawiającego. W wyniku takiej rejestracji zamawiający otrzymuje tzw. klucz publiczny. Klucz ten jest jednym z dwóch kluczy stosowanych przy zabezpie-

² O platformie e-Zamówienia i portalach e-Uслуг pisałem w Doradcy nr 7/18.

³ Tekst jednolity Dz. U. z 2017 r. poz. 1219, z 2018 r. poz. 650.

⁴ Patrz rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. zmieniające rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1991).

czaniu dokumentów, które takiego zabezpieczenia wymagają.

W miniPortalu wykorzystano bardzo silny asymetryczny algorytm szyfrowania. Klucz publiczny, który udostępniany jest wszystkim wykonawcom przez opublikowanie go na stronie zamawiającego, wykorzystywany jest wyłącznie do zaszyfrowania dokumentów. Aby odszyfrować dokument (np. ofertę lub wniosek o dopuszczenie do udziału w postępowaniu) konieczny jest klucz prywatny. Klucz ten udostępniany jest wyłącznie zamawiającym na stronie miniPortalu, jednak dopiero po upływie terminu otwarcia odpowiedniego dokumentu.

Tak więc dysponent miniPortalu stanowi wspomnianą zaufaną trzecią stronę i jest gwarantem tego, że wymaganie sformułowane w § 3 ust. 2 pkt 2 jest spełnione.

POLITYKA BEZPIECZEŃSTWA

Zważywszy na niezwykle ważną funkcję, którą pełni dysponent miniPortalu wydaje się dziwne, że nie został on nigdzie wyraźnie wskazany, ani nie określono stosowanej przez niego polityki bezpieczeństwa w zakresie zarządzania kluczami. Można się jedynie domyślać, że jest nim Centralny Ośrodek Informatyki, Minister Cyfryzacji lub Urząd Zamówień Publicznych.

Program do szyfrowania i odszyfrowania dokumentów udostępniany jest przez miniPortal. Zamawiający i wykonawcy muszą go jednorazowo pobrać i zainstalować na swoim komputerze, gdyż sama czynność szyfrowania i odszyfrowania realizowana jest lokalnie. Dzięki temu wrażliwy dokument nigdy nie jest dostępny w sieci, ani na żadnym zewnętrznym serwerze w postaci niezaszyfrowanej.

Zamawiający, aby skorzystać z pełnej funkcjonalności miniPortalu muszą posiadać login-BZP i hasło-BZP do zamieszczania ogłoszeń lub rocznych sprawozdań o udzielonych zamówieniach w Biuletynie Zamówień Publicznych. Użytkownicy nieposiadający tych danych powinni wystąpić o ich przy-

znanie. Oprócz wymienionych danych konieczne jest także posiadanie przez zamawiającego elektronicznej skrzynki podawczej w systemie ePUAP. Wykonawcy korzystają z usług udostępnianych bezpośrednio przez miniPortal nie muszą się logować, jednak by komunikować się z zamawiającymi muszą posiadać tzw. profil zaufany w systemie ePUAP i oczywiście związany z nim login oraz hasło.

GŁÓWNE FUNKCJE UDOSTĘPNIANE PRZEZ MINIPORTAL

Główne funkcje udostępniane przez miniPortal jego użytkownikom, będącym zamawiającymi (po wprowadzeniu loginu i hasła BZP) to dodanie postępowania oraz wyświetlenie listy własnych postępowań. Wyświetlając listę postępowań zamawiający może zdecydować o jej zawartości określając status postępowań, wybierając postępowania robocze (jeszcze nie opublikowane), opublikowane, zakończone i unieważnione.

Do czasu opublikowania postępowania, czyli udostępnienia jego danych wszystkim użytkownikom miniPortalu, zamawiający może zmieniać wprowadzone wcześniej informacje. Po opublikowaniu postępowania możliwa jest wyłącznie zmiana terminu składania i otwarcia ofert lub odpowiednich wniosków. Wyświetlając listę postępowań posiadających status „opublikowane” zamawiający może skorzystać z funkcji pozwalającej na pobranie zaszyfrowanych ofert lub wniosków złożonych w wybranym postępowaniu przez wykonawców.

Realizacja tej funkcji wymaga dodatkowo zalogowania się do systemu ePUAP, gdyż to w zasobach informacyjnych tego systemu przechowywane są oferty i wnioski. Zamawiający (również po dodatkowym zalogowaniu do ePUAP), posiada także dostęp do elektronicznych formularzy, dzięki którym może przesłać wybranym wykonawcom odpowiedź, zaproszenie, informację, prośbę o wyjaśnienie/uzupełnienie, a także pismo w dowolnej innej sprawie.

Każdy z formularzy umożliwia załączenie jednego lub wielu plików zapisanych w jednym z formatów wymienionych w załączniku nr 1 do rozporządzenia

Rady Ministrów z dnia z dnia 12 kwietnia 2012 r. w sprawie Krajowych Ram Interoperacyjności, minimalnych wymagań dla rejestrów publicznych i wymiany informacji w postaci elektronicznej oraz minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych⁵. Łączna wielkość załączników przekazywanych w ramach jednego formularza nie może przekroczyć 150 MB.

Wykonawcy po uruchomieniu miniPortalu (bez konieczności logowania) mają możliwość wyświetlenia listy wszystkich postępowań opublikowanych przez wszystkich zamawiających korzystających z tego systemu. Wykonawcy powinni zwrócić uwagę na fakt, że miniPortal nie może stanowić jedyne go źródła informacji o toczących się postępowaniach.

Zamawiający nie są w żadnym stopniu zobowiązani do korzystania z miniPortalu i mogą prowadzić postępowania, wykorzystując rozwiązania komercyjne spełniające odpowiednie wymagania.

Informacje o tak prowadzonych postępowaniach nie są widoczne w miniPortal. Zatem Biuletyn Zamówień Publicznych oraz Dziennik Urzędowy Unii Europejskiej stanowią nadal jedyne, pełne źródło informacji o prowadzonych postępowaniach.

Wykonawcy mogą także wybrać funkcję, która, po zalogowaniu, przeniesie ich do systemu ePUAP, pozwalającego na wysłanie do zamawiającego pytania, wyjaśnienia, uzupełnienia, pisma w dowolnej innej sprawie, a także złożenia, zmiany i wycofania oferty lub wniosku. Do realizacji tej funkcjonalności wykorzystywane są odpowiednie formularze ePUAP, pozwalające na dołączanie plików, z ograniczeniami dotyczącymi ich formatu i wielkości identycznymi, jak w przypadku formularzy udostępnianym zamawiającym.

ZABEZPIECZENIE PRZEKAZYWANYCH INFORMACJI

Oferty i wnioski przed przekazaniem ich przez wykonawcę na serwer ePUAP powinny być

podpisane za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego, a następnie zaszyfrowane.

Żaden z przepisów nie narzuca bezpośrednio kolejności czynności, jednak ze względów praktycznych warto zachować sekwencję – podpisanie, szyfrowanie, wysyłanie. Szyfrowanie musi odbywać się za pomocą udostępnianego przez miniPortal programu. Użycie innego programu szyfrowania jest wykrywane przez system i odmawia on przekazania takiego pliku.

W tym miejscu pojawia się pytanie co mają zrobić wykonawcy, których oferta przekracza limit 150 MB? System ePUAP nie blokuje w żadnym stopniu możliwości przesłania wielu plików zawierających poszczególne części oferty lub wniosku. Zatem w przypadku przekroczenia limitu wykonawca powinien podzielić przekazywany plik na części, z których żadna nie przekroczy 150 MB i przekazać te pliki powtarzając odpowiednią liczbę razy funkcję składania oferty lub wniosku.

Dla wyeliminowania zarzutu złożenia wielu ofert w tym samym postępowaniu przez tego samego wykonawcę warto odpowiednio nazwać poszczególne pliki tak, by z ich nazwy jednoznacznie wynikało, że stanowią one kolejne części tej samej oferty.

Wątpliwości, które mogą mieć uczestnicy postępowania dotyczą tego, w jaki sposób zabezpieczyć informacje przekazywane wraz z ofertą lub wnioskiem stanowiące tajemnicę przedsiębiorstwa.

Takie wrażliwe, poufne treści powinny być przeniesione do osobnego, odpowiednio oznaczonego pliku, a następnie połączone (skompresowane) razem z pozostałą – jawną częścią oferty lub wniosku w jedno archiwum zip. Tak utworzone archiwum powinno zostać podpisane, zaszyfrowane i oczywiście wysłane do zamawiającego. Podany sposób jest jednym z wielu, gdyż możliwe wydaje

⁵ Tekst jednolity Dz. U. 2017 poz. 2247.

się także utworzenie osobnych plików zawierających odpowiednio jawną (po otwarciu) część oferty i część zawierającą tajemnicę handlową wykonując dwukrotnie funkcję składania oferty lub wniosku. W takim przypadku mają oczywiście zastosowanie wcześniejsze uwagi dotyczące uniknięcia zarzutu złożenia dwóch ofert przez tego samego wykonawcę.

Osobnym problemem może być podpis elektroniczny, którym opatruje się oferty, wnioski, lub ich części. Należy bowiem pamiętać, że w przypadku, gdy dokumenty podpisywane są przez osobę posiadającą odpowiednie pełnomocnictwo, treść tego pełnomocnictwa, opatrzona podpisami elektronicznymi mocodawców musi być przekazana zamawiającemu wraz z ofertą lub wnioskiem.

System ePUAP, odpowiedzialny m.in. za przekazywanie zaszyfrowanych ofert, tak jak każdy system teleinformatyczny posiada ograniczoną wydajność i ulega trudnym do przewidzenia awariom. System ten bywa także wyłączany w związku z koniecznymi do przeprowadzenia pracami konserwacyjnymi. Ograniczona dostępność systemu powinna być bezwzględnie brana pod uwagę zarówno przez zamawiających jak i wykonawców. Wykonawcy nie powinni odkładać czynności przekazania oferty lub wniosku do ostatniej chwili. Odpowiednie wyprzedzenie istotnie zwiększa prawdopodobieństwo dotrzymania terminu określonego przez zamawiającego. Zamawiający pamiętając o możliwości wystąpienia chwilowych ograniczeń dostępności systemu ePUAP, powinni unikać wyznaczania minimalnych terminów składania ofert lub wniosków określonych w ustawie.

SKUTKI PRAWNE BŁĘDU POPEŁNIONEGO PRZEZ SYSTEM

Konieczne jest jednoznaczne określenie skutków prawnych zdarzenia, w wyniku którego wykonawca, pomimo tego, że podjął próbę wysłania oferty lub wniosku przed terminem ich składania, w wyniku ograniczeń systemu ePUAP, nie mógł zrealizować tej czynności w terminie.

Sytuacji tej nie można porównać z często spotykanym dotychczas przypadkiem, w którym wykonawca nie zdążył w terminie dostarczyć koperty z ofertą lub wnioskiem np. z przyczyn komunikacyjnych. W tym bowiem przypadku to wykonawca wybrał sposób przekazania oferty i mógł wybrać inny, który zapewniałby dotrzymanie terminu. Tymczasem w sytuacji, gdy wykonawca jest ustawowo zobowiązany do przekazania oferty lub wniosku za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej i zamawiający wskazał mu narzędzia, które ma w tym celu zastosować (np. ePUAP) wydaje się, że odpowiedzialność za prawidłowe funkcjonowanie wskazanej drogi spoczywa na zamawiającym.

Uniemożliwienie wykonawcy złożenia oferty lub wniosku jest bez wątpienia ograniczeniem konkurencji, co stanowi naruszenie jednej z podstawowych zasad systemu zamówień publicznych. W takim przypadku wydaje się, że postępowanie jest obciążone niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego. To z kolei, zgodnie z art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp powinno skutkować unieważnieniem postępowania.

Tu niewątpliwie pojawia się nowy problem. Tak znaczący skutek ograniczeń technicznych systemu wymagać powinien udowodnienia, że ograniczenia te faktycznie zaistniały. Przedstawienie takiego dowodu, choć bardzo trudne, jest konieczne, aby zapobiec nieuzasadnionym żądaniom przez wykonawców unieważnienia postępowania lub nieuzasadnionym decyzjom o unieważnieniu podejmowanym przez samego zamawiającego.

Sądzę, że należy także przyjąć za dalece prawdopodobne, iż wykonawca nie mogąc przesłać oferty lub wniosku za pośrednictwem platformy ePUAP, zdecyduje się na wysłanie dokumentu pocztą elektroniczną. W takim przypadku powstaje pytanie, jak zamawiający powinien potraktować taką sytuację?

Należy zauważyć, że wykonawca decydując się na zastosowanie poczty elektronicznej korzysta nadal

z obowiązkowych środków komunikacji. Można natomiast mieć wątpliwości, czy taki sposób przekazania oferty lub wniosku odpowiada wspomnianym wcześniej wymaganiom dodatkowym, określonym w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz udostępniania i przechowywania dokumentów elektronicznych.

Zdaniem autora – jeśli skorzystanie z poczty elektronicznej stanowiło alternatywę do użycia funkcjonalności platformy ePUAP, a przekazywany dokument został zaszyfrowany za pomocą udostępnianego przez tę platformę oprogramowania, z zastosowaniem klucza publicznego udostępnionego przez zamawiającego dla danego postępowania, nie ma podstaw do odrzucenia tak przekazanej oferty lub wniosku.

Poprzez zastosowanie sugerowanej przez zamawiającego metody szyfrowania spełnione jest bodaj najważniejsze spośród wymagań rozporządzenia, wyrażone w jego § 3 ust 2 pkt 2 – zapewnienie ochrony przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia.

Pozostałe wymagania ustępu 2 tego paragrafu spełnione są także, co wynika z funkcjonalności systemów poczty elektronicznej. Przyjmując tezę autora za prawdziwą, zamawiający powinni (we własnym interesie) wskazać w specyfikacji istotnych warunków

zamówienia adres poczty elektronicznej, na który wykonawcy winni przekazywać oferty lub wnioski w sytuacjach krytycznych.

Kolejne pytanie (wcale nie teoretyczne), które pojawia się, w przypadku przejęcia wcześniejszej tezy jest następujące: jak zamawiający powinien zachować się w przypadku, gdy oferta dotrze do niego za pośrednictwem platformy ePUAP i jednocześnie przy wykorzystaniu poczty elektronicznej?

Czy należy uznać, że wykonawca złożył dwie oferty i tym samym naruszył postanowienia art. 72 ust. 1, czy też złożył jedną ofertę, tylko w dwóch egzemplarzach? Przyjmując, że mamy do czynienia jedynie z dwoma egzemplarzami tej samej oferty powstają kolejne pytania. Czy obydwa dokumenty są identyczne (jak to sprawdzić)? Który z dwóch egzemplarzy należy uznać za oryginał i poddać dalszemu procedowaniu? To, niestety, nie kończy wątpliwości, których nie sposób tu wymienić.

Przedstawione problemy i pytania nie posiadające dotąd jednoznacznych odpowiedzi stanowią nie lada wyzwanie, z którym zapewne wkrótce będą musieli zmierzyć się zamawiający, a także składy orzekające Krajowej Izby Odwoławczej. Bardzo ważną rolę w obecnej, zupełnie nowej rzeczywistości, odgrywać będzie niewątpliwie stanowisko Urzędu Zamówień Publicznych, na które oczekują zamawiający i wykonawcy.

Zapraszamy do odwiedzenia naszej strony internetowej pod adresem:

www.zamowieniapublicznedoradca.pl

Odwiedź nas jeszcze dziś!