



Warszawa, dnia 29 maja 2019 r.

PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Hubert Nowak

UZP/DP/WL/024/16/8/19/AS

Kw-4155/19

Pani
Justyna Duszyńska
Sekretarz
Komitetu Rady Ministrów
do Spraw Cyfryzacji

Szanona Pani Sekretarz,

W nawiązaniu do pisma z dnia 22 maja 2019 r. (znak: UZP/DP/WL/024/16/19/AS; Kw-3969/19) przekazującego uwagi do projektu ustawy o elektronizacji doręczeń oraz w związku ze spotkaniem Zespołu Przygotowawczego Komitetu Rady Ministrów do spraw Cyfryzacji w sprawie projektu *ustawy o elektronizacji doręczeń (UD 462)*, przedstawiam propozycję uzupełnienia projektu ustawy stanowiącą konsekwencję zgłoszonych uwag.

Proponuję uzupełnienie projektu ustawy o elektronizacji doręczeń o wyłączenie obowiązku stosowania tej ustawy do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów oraz do postępowań o zawarcie umowy koncesji poprzez dodanie przepisu w brzmieniu:

„Art. .. *Ustawy nie stosuje się do postępowań o udzielenie zamówienia publicznego oraz do konkursów prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r. poz. 53) oraz do postępowań o zawarcie umowy koncesji prowadzonych na podstawie ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi (Dz.U. z 2016 r. poz. 1920, z 2018 r. poz. 1669 i poz. 1693 oraz z 2019 r. poz. 730).*”.

Przyjęte w ustawie z dnia 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 , z późn. zm.), zwanej dalej „ustawą Pzp”, zasady komunikacji między zamawiającym a wykonawcą w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego oraz konkursach, a także w postępowaniach o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi stanowią jeden z elementów składających się na spójność systemu udzielania zamówień publicznych, organizacji konkursów oraz zawierania umów koncesji na roboty budowlane lub usługi.

Proponowana w projekcie ustawy regulacja wskazuje jako obowiązkowe korzystanie z publicznej usługi rejestrowego doręczenia elektronicznego do doręczania korespondencji wzajemnie przez podmioty publiczne oraz w przypadku przekazywania korespondencji przez podmiot publiczny podmiotowi niepublicznemu. Wprowadzenie tego obowiązku na gruncie zamówień publicznych, konkursów oraz koncesji jest nie do pogodzenia z zasadami dotyczącymi komunikacji w tych postępowaniach wynikającymi z dyrektyw unijnych.

W szczególności, wprowadzenie takiego obowiązku:

- 1) stoi w sprzeczności z zasadami dotyczącymi możliwości wyłączenia przez zamawiających, w tym zamawiających publicznych w rozumieniu projektu ustawy, stosowania komunikacji elektronicznej w postępowaniach (art. 10c ustawy Pzp) czy możliwości żądania użycia narzędzi, urządzeń lub formatów plików, które nie są ogólnie dostępne (art. 10d ustawy Pzp) – ustawa Pzp przewiduje szerszy zakres przypadków, w których istnieje możliwość wyłączenia stosowania komunikacji elektronicznej w postępowaniu niż przewidziany w art. 7 i art. 8 projektowanej ustawy;
- 2) nie pozwala na zapewnienie zachowania przez takich zamawiających zasady braku możliwości zapoznania się z treścią ofert czy wniosków przed terminem ich otwarcia albo odpowiednio złożenia (art. 86 ust. 1 w związku z § 3 ust. 2 pkt 2 rozporządzenia 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, w przypadku korzystania z środków komunikacji elektronicznej - Dz. U. poz. 1320, z późn. zm., zwane dalej „rozporządzeniem Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r.”);
- 3) praktycznie eliminuje możliwość korzystania przez zamawiających publicznych z zewnętrznych usług informatycznych a także własnych systemów

- teleinformatycznych dedykowanych do obsługi postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, konkursów czy postępowań o zawarcie umowy koncesji;
- 4) w przypadku zamówień w dziedzinach obronności i bezpieczeństwa (art. 131bc ustawy Pzp) oraz postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi (art. 14 ustawy z dnia 21 października 2016 r. o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi) eliminuje przewidzianą przepisami prawa możliwość prowadzenia postępowań bez użycia środków komunikacji elektronicznej.

W szczególności, na podstawie § 2 ust. 1 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r., zamawiający wskazuje w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia środki komunikacji elektronicznej, przy użyciu których będzie komunikował się z wykonawcami w postępowaniu o udzielenie zamówienia, wraz z wymaganiami technicznymi i organizacyjnymi wysyłania i odbierania dokumentów elektronicznych i informacji przekazywanych przy ich użyciu, co jest nie do pogodzenia ze zdefiniowanymi standardami usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego.

Zgodnie z projektem ustawy podmiot ma obowiązek przyjmowania korespondencji od podmiotów niepublicznych przy użyciu publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego, tymczasem zgodnie ust. 2 § 2 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. użycie przez wykonawcę do kontaktu z zamawiającym środków komunikacji elektronicznej może być uzależnione od uprzedniej akceptacji przez wykonawcę, określonego w ogłoszeniu lub w specyfikacji istotnych warunków zamówienia albo w innym dokumencie rozpoczynającym postępowanie o udzielenie zamówienia, regulaminu korzystania z serwisu udostępnianego przez zamawiającego.

Wskazane powyżej zasady dotyczące komunikacji w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego nie są zatem możliwe do pogodzenia z zasadami elektronicznej doręczeń przedstawionymi w projekcie ustawy.

Podkreślenia wymaga, że w postępowaniu o udzielenie zamówienia czy postępowaniu o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi wykonawca nie może decydować o wyborze środka komunikacji elektronicznej, gdyż jest to wyłączny przywilej a zarazem odpowiedzialność zamawiającego. Niemożliwe zatem jest, także jako niezgodne z dyrektywami unijnymi, zastosowanie na gruncie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego czy do postępowań o zawarcie umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi projektowanych przepisów ustawy o elektronicznej doręczeń dających podmiotom przekazującym korespondencję do podmiotu publicznego możliwość decydowania o sposobie doręczenia korespondencji oraz przepisów umożliwiających podmiotom niepublicznym

otrzymywanie korespondencji od podmiotu publicznego w postaci papierowej w następstwie korzystania z publicznej usługi hybrydowej.

Jak wynika z projektowanych przepisów ustawy o elektronicznej korespondencji, skutek doręczenia korespondencji za pomocą rejestrowanego doręczenia elektronicznego będzie zrównany z nadaniem korespondencji za pokwitowaniem w placówce pocztowej operatora wyznaczonego w rozumieniu ustawy z dnia 23 listopada 2012 r. – Prawo pocztowe, tymczasem ani ustawa Pzp ani ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi nie wiążą takiego skutku z prowadzeniem korespondencji w ramach postępowań. Ani ustawa Pzp ani ustawa o umowie koncesji na roboty budowlane lub usługi nie łączą również wymiany korespondencji w toku postępowań prowadzących do udzielenia zamówienia publicznego albo zawarcia umowy koncesji na roboty budowlane lub usługi z odpłatnością, która jest przewidywana przepisami projektowanej ustawy.

Ponadto, zgodnie z projektowaną zmianą w ustawie z dnia 5 września 2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (Dz. U. poz. 1579 oraz z 2018 r. poz. 650), standard publicznej usługi rejestrowego doręczenia elektronicznego ma być określony przez Prezesa Rady Ministrów w Biuletynie Informacji Publicznej. Tymczasem, w szczególności przepisy ustawy Pzp określają w art. 10b, że zamawiający ma zapewniać, aby narzędzia i urządzenia wykorzystywane do komunikacji z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, oraz ich właściwości techniczne były niedyskryminujące, ogólnie dostępne oraz interoperacyjne z produktami służącymi elektronicznemu przechowywaniu, przetwarzaniu i przesyłaniu danych będącymi w powszechnym użyciu oraz aby nie mogły ograniczać wykonawcom dostępu do postępowania o udzielenie zamówienia. W § 3 ust. 2 pkt 1-6 rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z dnia 27 czerwca 2017 r. określono standard przekazywania ofert, wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, wniosków, o których mowa w art. 134c ustawy, oraz prac konkursowych, zgodnie z którym użycie środków komunikacji elektronicznej, musi zapewniać dodatkowo:

1) identyfikację podmiotów przekazujących, ustalenie dokładnego czasu i daty przekazania tych dokumentów, oraz rozliczalność innych działań podejmowanych przez podmioty przekazujące;

2) ochronę przed dostępem do treści tych dokumentów przed upływem wyznaczonych terminów ich otwarcia;

3) wyłącznie osobom uprawnionym możliwość ustalania oraz zmiany terminów składania i otwarcia tych dokumentów;

4) podczas poszczególnych etapów postępowania o udzielenie zamówienia lub konkursu możliwość udostępniania wyłącznie osobom uprawnionym całości lub części danych zawartych w tych dokumentach;

5) możliwość praktycznego zagwarantowania jednoznacznego wykrycia ewentualnego naruszenia lub próby naruszenia wymogów, o których mowa w pkt 2-4;

6) możliwość usunięcia oferty albo wniosku 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.

Zgodnie z § 3 ust. 3 powyższego rozporządzenia zamawiający jest zobowiązany do udostępnienia zainteresowanym wykonawcom informacji na temat specyfikacji połączenia, formatu przesyłanych danych oraz kodowania i oznaczania czasu przekazania danych.

Funkcjonalności powyższe nie będą możliwe do osiągnięcia dla celów projektowanej ustawy o elektronicznej dostawie.

Nadmienić także należy, że poza wskazanymi powyżej obowiązującymi na gruncie zamówień publicznych zasadami komunikacji między zamawiającymi a wykonawcami, istotną przeszkodę w stosowaniu przepisów projektu ustawy do udzielania zamówień publicznych stanowią kwestie dotyczące relacji publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz projektowanej jako element polskiego systemu zamówień publicznych Platformy e-zamówienia. Konieczność korzystania przez wykonawców z publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego przy przekazywaniu ofert na Platformę e- zamówień będzie generowało dodatkowe ryzyko utraty kontroli nad ofertą z powodu wyjścia oferty poza system dziedzinowy, jakim będzie Platforma e- zamówienia. Założeniem Platformy e-zamówienia jest bowiem pełna rozliczalność oraz integralność oferty. Dotychczasowe doświadczenia z działaniem miniPortalu i platformy ePUAP, zwłaszcza związane z tym działaniem błędy z powodu braku integralności między tymi systemami, rodzą obawy odnośnie zachowania integralności w przypadku założenia ewentualnej współpracy publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego oraz Platformy e-zamówienia. Należy podnieść również kwestię negatywnego wpływu publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego na możliwość kompletnego gromadzenia informacji w Centralnym Repozytorium Danych Platformy e-zamówienia. W przypadku zastosowania publicznej usługi rejestrowanego doręczenia elektronicznego nie będzie bowiem możliwości zastosowania przewidzianego w ramach Platformy e-zamówienia monitorowania wszystkich danych dotyczących zamówień publicznych. Platforma e-Zamówienia ma bowiem na celu obsługę

użytkowników systemu zamówień publicznych w formatach danych pozwalających m.in. na automatyczne i w pełni cyfrowe przetwarzanie danych zamówienia publicznego „end-to-end”.

Należy także wskazać, że obowiązek korzystania w procesie zamówienia publicznego z systemu e-doręczeń ograniczy także dostęp podmiotów zagranicznych do udziału w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego, konkursach lub postępowaniach o zawarcie umowy koncesji.

Mając na względzie przedstawione wyżej okoliczności, wnoszę o uzupełnienie projektu ustawy o elektronicznej doręczeń o wskazany na wstępie przepis wyłączający jej stosowanie w zakresie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego i konkursów oraz postępowań o zawarcie umowy koncesji.

Łączę z tymi załącznikami
PREZES
URZĘDU ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH
Hubert Nowak

Do wiadomości:

Pan Marek Niedużak - Podsekretarz Stanu w Ministerstwie Przedsiębiorczości i Technologii