

Kinga Telecka*

PRAWNE ASPEKTY WDRAŻANIA ELEKTRONICZNYCH ZAMÓWIEŃ W POLSKIM SYSTEMIE ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

1. Wstęp

Zamówienia publiczne są zasadniczo realizowane na podstawie procedur określonych w ustawie z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych¹. Ramy prawne funkcjonowania rynku zamówień publicznych w Polsce tworzą jednak nie tylko przepisy Pzp i aktów wykonawczych do ustawy, ale również przepisy zawarte w innych aktach prawnych rangi ustawowej (w szczególności Kodeksie cywilnym² i Kodeksie postępowania cywilnego³).

Informatyzacja zamówień publicznych, doprowadziła do rozszerzenia katalogu aktów prawnych regulujących postępowanie aktorów biorących udział w procedurze zamówienia publicznego. Zmiany legislacyjne objęły, w szczególności wprowadzenie do prawa zamówień publicznych takich pojęć jak bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu czy dokument elektroniczny, które zostały zdefiniowa-

* Mgr Kinga Telecka – doktorantka w Katedrze Prawa Informatycznego, Wydział Prawa i Administracji, Uniwersytet Kardynała Stefana Wyszyńskiego w Warszawie.

¹ Ustawa z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych, (t.j. Dz.U. z 2010 r., Nr 113, poz. 759 ze zm., dalej w tekście: Pzp).

² Ustawa z 23.4.1964 r. Kodeks cywilny, Dz.U. Nr 16, poz. 93 ze zm.

³ Ustawa z 17.11.1964 r. Kodeks postępowania cywilnego, Dz.U. Nr 43, poz. 296 ze zm.

ne odpowiednio w ustawie o podpisie elektronicznym⁴ i ustawie o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne⁵.

Niniejsze opracowanie zawiera omówienie wybranych zagadnień, będących przedmiotem badań w ramach analizy wdrażania elektronicznych zamówień publicznych do polskiego systemu zamówień publicznych oraz analizy wdrażania rozwiązań informatycznych stosowanych przy udzielaniu zamówień publicznych w organizacji.

2. Ramy prawne elektronicznych zamówień publicznych

Rozwój nowoczesnych technologii i oczekiwane korzyści z ich wdrożenia w procedurach udzielania zamówień publicznych skłoniły organy Wspólnoty Europejskiej do podjęcia działań w zakresie wprowadzania elektronicznych zamówień na rynki wewnętrzne państw członkowskich. W grudniu 2004 r. Komisja Wspólnot Europejskich opracowała dokument określający plan działania w celu wdrożenia ram prawnych dla elektronicznych zamówień publicznych⁶.

Działania w poszczególnych, opisanych w planie, kategoriach zostały przewidziane do realizacji w latach 2005–2007. Wdrożenie obejmowało przepisy dyrektywy 2004/18/WE⁷ i dyrektywy 2004/17/WE⁸ dotyczące przeprowadzania zamówień publicznych z zastosowaniem rozwiązań informatycznych, w szczególności przy udziale elektronicznych środków komunikacji. Zgodnie z założeniami, państwa członkowskie wprowadzające do procedur krajowych system elektronicznych zamówień za podstawę działań wdrożeniowych mia-

⁴ Ustawa z 18.9.2001 r. o podpisie elektronicznym, Dz.U. Nr 130, poz. 1450 ze zm., dalej w tekście: ustawa o podpisie.

⁵ Ustawa z 17.2.2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne, Dz.U. Nr 64, poz. 565 ze zm.

⁶ Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Plan działania w celu wdrożenia ram prawnych dla elektronicznych zamówień publicznych, Bruksela 29.12.2004 r., COM(2004) 841, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2004:0841:FIN:PL:PDF> (stan na: 22.9.2010 r.).

⁷ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi, Dz.Urz. UE 2004 Nr L 134/114 ze zm.

⁸ Dyrektywa 2004/17/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r. koordynująca procedury udzielania zamówień przez podmioty działające w sektorach gospodarki wodnej, energetyki, transportu i usług pocztowych, Dz.Urz. UE 2004 Nr L 134/1 ze zm.

ły przyjęć, że „środki komunikacji i narzędzia używane w systemach elektronicznych zamówień publicznych powinny być niedyskryminujące, powszechnie dostępne i interoperacyjne oraz w żadnym wypadku nie ograniczające dostępu podmiotów gospodarczych do procedury składania ofert”⁹. Zainteresowaniu uzyskiwaniem publicznych zamówień pomóc miało promowanie przez państwa członkowskie systemów elektronicznych zamówień wykorzystujących proste technologie¹⁰.

Jednym z zagadnień podjętych przez Komisję w planie działania dotyczącym wdrażania ram prawnych dla elektronicznych zamówień była interoperacyjność w zakresie kwalifikowanych podpisów elektronicznych i ich wykorzystanie w procedurze udzielania zamówienia publicznego. Odnosząc tę kwestię do polskiego porządku prawnego i wykorzystania zaawansowanych podpisów elektronicznych w procedurach przewidzianych Pzp istotnym wydaje się zwrócenie uwagi na następujący problem.

Zgodnie z art. 3 pkt 1 ustawy o podpisie za podpis elektroniczny uważa się „dane w postaci elektronicznej, które wraz z innymi danymi, do których zostały dołączone lub z którymi są logicznie powiązane, służą do identyfikacji osoby składającej podpis elektroniczny”. Aby podpis elektroniczny został uznany za bezpieczny musi spełniać łącznie następujące wymogi, wskazane w art. 3 pkt 2 ustawy o podpisie:

- być przyporządkowany wyłącznie do osoby składającej podpis;
- być sporządzany za pomocą bezpiecznych urządzeń i danych służących do składania podpisu elektronicznego;
- umożliwiać rozpoznanie wszelkich zmian dokonanych w dokumencie.

Dla określenia szczególnego typu koncepcji podpisu elektronicznego, właściwego również dla procedur przewidzianych Pzp, ustawodawca polski posługuje się pojęciem bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Bezpieczny podpis elektroniczny weryfikowany za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu jest podpisem weryfikowanym za pomocą ważnego certyfikatu wydanego przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne. Zgodnie z przepisami ustawy o podpisie kwalifikowanym podmiotem świadczącym usługi certyfikacyjne jest podmiot, który został wpisany do właściwego rejestru (art. 3 pkt 15 ustawy o podpisie), prowadzonego przez Ministra Gospodarki¹¹.

⁹ Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Plan działania w celu wdrożenia ram prawnych..., s. 5.

¹⁰ Ibidem, s. 10.

¹¹ Rejestr podmiotów kwalifikowanych świadczących usługi certyfikacyjne: https://www.nccert.pl/ncc/rejestr/rejestr_index.aspx (stan na: 22.9.2010 r.).

Problematyczna wydaje się kwestia udziału w aukcji elektronicznej wykonawców, których podpisy nie spełniają wymagań polskiej ustawy o podpisie. W szczególności dotyczy to podpisów, które nie mogą być weryfikowane za pomocą kwalifikowanego certyfikatu wydanego przez jeden z podmiotów zarejestrowanych przez ministra właściwego do spraw gospodarki. Na podstawie przepisów ustawy o podpisie i Pzp za prawnie dopuszczalną należałoby uznać jedynie możliwość ubiegania się o uzyskanie zamówienia publicznego w drodze aukcji elektronicznej przez oferentów, których podpisy są weryfikowane przez jeden z podmiotów wpisanych do polskiego rejestru. Powyższe należy zestawić ze wskazanym przez Komisję zobowiązaniem publicznego nabywcy w Unii Europejskiej do „efektywnego uznawania, przyjmowania i przetwarzania złożonych ofert, jeżeli jest to wymagane, z kwalifikowanym podpisem i towarzyszącymi im świadectw, niezależnie od ich pochodzenia w ramach Unii Europejskiej lub ich cech technicznych, a nawet gdy zawierają dokumenty różnego pochodzenia (tzn. od konsorcjum dostawców) i być może noszą podpisy różnych poziomów z różnych źródeł (tzn. od różnych władz krajowych)”¹². Podnosi się jednocześnie, że „monopol prawny na sposób uwierzytelniania klucza publicznego jest w istocie sprzeczny z unijną dyrektywą w sprawie warunków ramowych dla podpisów elektronicznych (nr 1999/93/WE) – ta bowiem kładzie nacisk na neutralność technologiczną. Certyfikat kwalifikowany jest według dyrektywy jedynie zarezerwowaną formą certyfikatu cyfrowego”¹³. Rozbieżność w zakresie wymogów wspólnotowych i przewidzianych przez polskiego ustawodawcę wydaje się być wyraźna, a jej eliminacja kluczowa dla zachowania konkurencyjności pomiędzy uczestnikami postępowania ubiegającymi się o uzyskanie zamówienia publicznego. Rozwiązaniem problemu prawnego w zakresie dopuszczania do udziału w aukcji elektronicznej podmiotów, których podpis nie może zostać zweryfikowany przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne w rozumieniu ustawy o podpisie mogłaby być modyfikacja definicji kwalifikowanego podmiotu świadczącego usługi certyfikacyjne. Zmiana miałaby polegać na rozszerzeniu kręgu takich podmiotów, przykładowo o podmioty zarejestrowane w państwach członkowskich Unii Europejskiej.

Właściwym krokiem w celu wyeliminowania omówionego problemu wydają się być projektowane zmiany ustawy o podpisie polegające, w szczegól-

¹² Komunikat Komisji do Rady, Parlamentu Europejskiego, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Plan działania w celu wdrożenia ram prawnych..., s. 6.

¹³ M. Kutylowski, *Bezdroża koncepcji prawnych podpisu elektronicznego*, „Prawo Teleinformatyczne” 2007, nr 2, s. 5.

ności na uzupełnieniu regulacji prawnej dotyczącej podpisu elektronicznego o postanowienia w zakresie uznawania certyfikatów z zagranicy¹⁴. Art. 3 projektowanej ustawy zrównuje pod względem prawnym certyfikaty kwalifikowane wydawane przez podmioty świadczące usługi certyfikacyjne z siedzibą w państwie członkowskim Unii Europejskiej lub państwie należącym do Europejskiego Obszaru Gospodarczego z certyfikatami kwalifikowanymi wydawanymi przez krajowe centra certyfikacji. W odniesieniu do podmiotów z państw z poza Europejskiego Obszaru Gospodarczego art. 4 definiuje wymagania, jakie muszą zostać spełnione, aby taki certyfikat był równoważny wydanemu przez jedno z krajowych centrów certyfikacji.

Zagadnieniem istotnym z punktu widzenia korzyści wynikających z wdrażania zamówień on-line do krajowego porządku prawnego jest standaryzacja dokumentacji. Plan działania w zakresie wdrażania ram prawnych elektronicznych zamówień publicznych przewidywał konieczność opracowania standardowych formularzy elektronicznych w zakresie ogłoszeń w zamówieniach publicznych, przewidzianych przepisami dyrektyw wspólnotowych. Cel został osiągnięty poprzez wprowadzenie rozporządzeniem Komisji Wspólnot Europejskich¹⁵ zestawu uaktualnionych formularzy do publikacji ogłoszeń oraz ich formatów obsługiwanych elektronicznie.

Działania Komisji w zakresie upowszechniania rozwiązań elektronicznych w zamówieniach publicznych wyrażają się poprzez działalność legislacyjną, informacyjno-promocyjną i udostępnianie narzędzi ułatwiających korzystanie z możliwości technicznych w procedurach zamówień publicznych. Uzasadnieniem takich działań są korzyści płynące z wdrażania elektronicznych zamówień w zakresie kształtowania konkurencyjnych i przejrzystych procedur oraz zwiększania wydajności na rynku zamówień publicznych.

3. Nowe tendencje w prawie zamówień publicznych – stosowanie rozwiązań informatycznych przy udzielaniu zamówień publicznych

Na możliwości wykorzystywania postępu w dziedzinie technologii informacyjnych i komunikacyjnych w zamówieniach publicznych wska-

¹⁴ Projekt ustawy o podpisach elektronicznych z 23.3.2010 r., http://bip.mg.gov.pl/files/upload/10595/projekt_ustawy_o_podpisach_elektronicznych_23_marca_2010.pdf (stan na: 22.9.2010 r.).

¹⁵ Rozporządzenie Komisji (WE) Nr 1564/2005 z 7.9.2005 r. ustanawiające standardowe formularze do publikacji ogłoszeń w ramach procedur zamówień publicznych zgodnie z dyrektywami 2004/17/WE i 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady, Dz.Urz.UE 2005 Nr L 257/1, zmienne rozporządzeniem Komisji (WE) Nr 1150/2009 z 10.11.2009 r., Dz.Urz.UE 2009 Nr L 313/3.

zują postanowienia preambuły do dyrektywy 2004/18/WE (motyw 35 i analogicznie brzmiący motyw 46 dyrektywy 2004/17/WE). Wynika z nich, że „technologia cyfrowa wykazuje bardzo duży potencjał, gdy chodzi o jej możliwy wpływ na efektywność i przejrzystość postępowania”¹⁶. Dyrektywa wskazuje, że elektroniczne środki komunikacji powinny być traktowane na równi z tradycyjnymi środkami komunikacji i wymiany informacji. Przepisy Pzp regulują ponadto udzielanie zamówień w trybie (licytacja elektroniczna) i z zastosowaniem procedur realizowanych wyłącznie elektronicznie (aukcja elektroniczna, dynamiczny system zakupów).

Do działań organizacyjnych planowanych do realizacji w zakresie wdrażania elektronicznych zamówień publicznych zalicza się zbudowanie w oparciu o Elektroniczną Platformę Usług Administracji Publicznej (e-PUAP) systemu służącego do weryfikacji spełniania przez oferentów warunków udziału w postępowaniu¹⁷. Wdrożenie przedmiotowego systemu miałyby wpłynąć na sprawność procedury zamówienia publicznego poprzez skrócenie czasu uzyskiwania wymaganych zaświadczeń i dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu. Wykorzystanie systemu przyczyniłoby się również do ograniczenia biurokracji, przekazywania i gromadzenia przez zamawiającego papierowych dokumentów poświadczających uprawnienie do ubiegania się o udzielenie zamówienia.

Dalsze działania w zakresie elektroniczacji zamówień publicznych są pożądane ze względu na korzyści płynące z automatyzacji czynności w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, wśród których wyróżnia się¹⁸ wzrost wydajności i poprawę zarządzania procesem.

Elektroniczne zamówienia publiczne w Polsce rozwijają się. Według raportu z listopada 2009 r. prezentującego dane dotyczące rozwoju elektronicznych zamówień publicznych w Europie Polska jest państwem, w którym wdrożono 9 platform do przeprowadzania elektronicznych zamówień¹⁹. Ko-

¹⁶ D. Adamski, *Wykorzystanie łączności elektronicznej w procedurze zamówień publicznych*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2006, nr 3, s. 8.

¹⁷ Nowe podejście do zamówień publicznych. Zamówienia publiczne a małe i średnie przedsiębiorstwa, innowacje i zrównoważony rozwój, dokument Ministerstwa Gospodarki we współpracy z Urzędem Zamówień Publicznych przyjęty na posiedzeniu Rady Ministrów 8.4.2008 r., Warszawa 19.3.2008 r., s. 92, http://www.mg.gov.pl/files/upload/7904/Nowe_podejscie.pdf (stan na: 25.9.2010 r.).

¹⁸ Ibidem, s. 90.

¹⁹ Capgemini, Rand Europe, IDC, Sogeti and DTi, *Smarter, Faster, Better e-Government. 8th Benchmark Measurement*, listopad 2009, s. 36, http://ec.europa.eu/information_society/europe/i2010/docs/benchmarking/egov_benchmark_2009.pdf (stan na: 23.3.2010 r.).

rzystanie z platform elektronicznych w Polsce nie ma charakteru obowiązkowego²⁰. W raporcie wskazuje się jednocześnie na zależność pomiędzy wielkością kraju (populacji) a wskaźnikiem dostępności elektronicznych zamówień publicznych. Mniejsze kraje, takie jak Estonia, Irlandia, Luksemburg i Malta należą do czołówki krajów o najwyższym wskaźniku dostępności elektronicznych zamówień. W przypadku Estonii i Irlandii wskaźnik osiągnął sto procent. W Polsce kształtuje się on na poziomie sześćdziesięciu jeden procent, przewyższając o pięć punktów procentowych średni poziom wskaźnika dla krajów Unii Europejskiej²¹.

4. Elektroniczne procedury udzielania zamówień publicznych

4.1. Licytacja elektroniczna

4.1.1. Definicja licytacji elektronicznej

Ustawowa definicja licytacji elektronicznej stanowi, że jest to „tryb udzielenia zamówienia, w którym za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej, umożliwiającego wprowadzenie niezbędnych danych w trybie bezpośredniego połączenia z tą stroną, wykonawcy składają kolejne korzystniejsze oferty (postąpienia), podlegające automatycznej klasyfikacji”²². Dyrektywy unijne dotyczące zamówień publicznych²³ nie przewidują zamawiania dostaw, usług czy robót budowlanych z zastosowaniem procedury licytacji elektronicznej. Skutkiem powyższego jest dopuszczenie przez polskiego ustawodawcę możliwości stosowania licytacji jedynie do zamówień o wartości mniejszej od kwot ustalonych w rozporządzeniu Prezesa Rady Ministrów w sprawie progów unijnych²⁴.

4.1.2. Licytacja elektroniczna nie zawsze elektroniczna

J. Janowski wyraził pogląd, zgodnie z którym „nadanie czynności prawnej określonej formy szczególnej [...] oznacza utrwalenie jej w for-

²⁰ Ibidem, s. 34.

²¹ Ibidem, s. 33.

²² Art. 74 ust. 1 Pzp.

²³ Dyrektywa 2004/18/WE i Dyrektywa 2004/17/WE.

²⁴ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 23.12.2009 r. w sprawie kwot wartości zamówień oraz konkursów, od których jest uzależniony obowiązek przekazywania ogłoszeń Urzędowi Oficjalnych Publikacji Wspólnot Europejskich, Dz.U. Nr 224, poz. 1795 (dalej jako Rozporządzenie Prezesa RM w sprawie kwot wartości zamówień).

mie dokumentu. Dokument taki ujawnia w postaci pisemnej lub elektronicznej treść oświadczenia woli lub wiedzy złożonego w określonej formie szczególnej, której niezbędnym elementem jest podpis²⁵. Odwołując się do tego twierdzenia, zaznaczyć należy, że „w prawie polskim występuje, w sensie ścisłym, tylko pisemna forma czynności prawnej (oświadczenia woli), która może być alternatywnie wypełniona w kwalifikowanej postaci elektronicznej²⁶. Przepisy Pzp za jedynie właściwą postać dla czynności prawnych podejmowanych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej uznają kwalifikowaną postać elektroniczną formy pisemnej. Dotyczy to: ogłoszenia o zamówieniu, oferty i jej przyjęcia²⁷. Zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu implikuje wszczęcie procedury licytacji. Zamawiający zamieszcza ogłoszenie na stronie Biuletynu Zamówień Publicznych, na swojej stronie internetowej i na stronie, na której przeprowadzona zostanie licytacja, wykorzystując w tym celu urzędowy wzór ogłoszenia²⁸. Otwarcie licytacji poprzedza procedura składania wniosków o dopuszczenie do udziału w licytacji, wobec której obowiązek stosowania wyłącznie drogi elektronicznej komunikacji nie występuje. Powyższe tłumaczyć można dążeniem ustawodawcy do zagwarantowania bezpieczeństwa obrotu gospodarczego, ochrony przed nieuczciwymi wykonawcami i minimalizowania ryzyk w obszarze składania wniosków wraz z oświadczeniami o spełnianiu warunków udziału w postępowaniu (oraz ewentualnie dokumentów potwierdzających spełnianie tych warunków). Weryfikacja złożonych wniosków, oświadczeń i dokumentów przez zamawiającego stanowi podstawę do umożliwienia wykonawcy złożenia oferty bądź do jego wykluczenia z postępowania. W przypadku licytacji sprawa wydaje się tym bardziej istotna, gdy uwzględnia się obowiązek zamawiającego do dopuszczenia do udziału w licytacji wszystkich wykonawców, którzy spełnili wymagane warunki (art. 76 ust. 2 Pzp). Taka argumentacja sugeruje jednakże brak zaufania dla elektronicznej drogi składania oświadczeń woli, które stoi w oczywistej sprzeczności z działaniami legislacyjnymi w obszarze upowszechniania jej wykorzystania w procedu-

²⁵ J. Janowski, *Elektroniczny obrót prawny*, Warszawa 2008, s. 150.

²⁶ Ibidem, s. 152–153.

²⁷ Szerzej na temat formy czynności prawnych i faktycznych w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego: R. Szostak, *Elektroniczne zamówienia publiczne* [w:] D. Adamski, P. Litwiński, Cz. Martysz, Z. Okoń, G. Sibiga, R. Szostak, D. Szostek, M. Świerczyński, *E-administracja. Prawne zagadnienia informatyzacji administracji*, red. D. Szostek, Wrocław 2009, s. 105–108.

²⁸ Rozporządzenie Prezesa Rady Ministrów z 28.1.2010 r. w sprawie wzorów ogłoszeń zamieszczanych w Biuletynie Zamówień Publicznych, Dz.U. Nr 12, poz. 69.

rze zamówienia publicznego, na przykład w licytacji elektronicznej – poprzez zniesienie obowiązku składania ofert, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej opatrzonej bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu²⁹. Brak konsekwencji ustawodawcy w tym obszarze potwierdza utrzymanie wymogu stosowania kwalifikowanej formy bezpiecznego podpisu elektronicznego do składania ofert w ramach aukcji elektronicznej i w postępowaniach prowadzonych w innych niż licytacja trybach. Zamawiający może ponadto zastrzec, aby wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, które są przekazywane faksem lub drogą elektroniczną, były potwierdzane pisemnie lub w drodze elektronicznej opatrzone bezpiecznym podpisem elektronicznym weryfikowanym przy pomocy ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zgodzić należy się z D. Szostkiem, że „aktualna reguła komplikuje sposób składania i przebijania ofert, niepotrzebnie wydłużając czas potrzebny do ich składania”³⁰. Trudno uznać za przekonujący argument Prezesa UZP, że opatrywanie ofert bezpiecznym podpisem elektronicznym w formie kwalifikowanej okazało się dużym utrudnieniem tak dla zamawiających jak i wykonawców, co w konsekwencji prowadziło do ograniczenia możliwości wykorzystania licytacji elektronicznej w praktyce udzielania zamówień³¹.

Granice czasową wymogu przekazywania wniosków, oświadczeń i informacji drogą elektroniczną stanowią w licytacji terminy jej otwarcia i zamknięcia, wskazane przez zamawiającego w ogłoszeniu o zamówieniu, z zastrzeżeniem art. 80 Pzp³². W konsekwencji uznać można, że licytacja nie jest zawsze w pełni elektronicznym trybem udzielenia zamówienia.

Powyższe stwierdzenie wydaje się być uzasadnione, jeśli wziąć pod uwagę moment wszczęcia (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu) i moment

²⁹ Art. 78 ust. 1 Pzp. Wymóg stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego został zniesiony ustawą z 4.9.2008 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw, Dz. U. Nr 171, poz. 1058.

³⁰ D. Szostek, *Liberalizacja elektronicznej formy oświadczenia woli w zamówieniach publicznych – wnioski de lege lata i de lege ferenda*, „Prawo Zamówień Publicznych” 2009, nr 1, s. 19.

³¹ Odpowiedź Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych z 12.11.2008 r. na interpelację Posła na Sejm Rzeczypospolitej Polskiej Pana Norberta Wojnarowskiego z 6.10.2008 r. w sprawie wprowadzenia wymogu organizowania postępowań w trybie ustawy o zamówieniach publicznych za pośrednictwem sieci Internet, http://www.uzp.gov.pl/zagadnienia-merytoryczne/prawo-polskie/odpowiedzi-nainterpelacje-i-zapytaniaposelskie/odpowiedz_Prezesa_UZP_Norbert_Wojnarowski (stan na: 18.2.2010 r.).

³² Przepis wskazuje też inne okoliczności, w których następuje zamknięcie licytacji elektronicznej.

zakończenia postępowania (zamknięcie licytacji³³, o ile żaden z uczestników nie wnieśnie odwołania w trybie art. 180 ust. 2 pkt 4 Pzp), a nie jedynie jego część składową polegającą na jednoetapowym lub wieloetapowym procesie składania ofert podlegających automatycznej klasyfikacji na podstawie jednego kryterium, jakim jest cena. Dopuszczalne wydaje się być stwierdzenie, że licytacja może być w pełni elektronicznym trybem udzielenia zamówienia, o ile zachowana zostanie przez uczestników postępowania postać elektroniczna wniosków, oświadczeń i innych dokumentów na etapie procedury składania i badania wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu.

W przybliżeniu licytacji elektronicznej do faktycznie elektronicznego trybu udzielenia zamówienia wydaje się być pomocne wdrożenie elektronicznej kontroli spełniania przez wykonawcę warunków udziału w postępowaniu. Działania w tym obszarze mogłyby z informatyzować procedurę potwierdzania przez wykonawców możliwości realizacji zamówienia i wiarygodności w celu zapewnienia bezpiecznego obrotu gospodarczego³⁴.

4.1.3. Prawne problemy stosowania trybu licytacji elektronicznej

W literaturze przedmiotu dotychczas sygnalizowanych było wiele praktycznych problemów związanych z przeprowadzeniem licytacji elektronicznej. Obejmują one, w szczególności problemy związane z konsekwencjami wprowadzenia wyłączeń stosowania poszczególnych przepisów Pzp w odniesieniu do postępowania prowadzonego w trybie licytacji elektronicznej. Zgodnie z normą art. 81 Pzp do licytacji elektronicznej nie stosuje się przepisów dotyczących treści, udostępniania, wyjaśniania i zmiany treści specyfikacji istotnych warunków zamówienia (art. 36–38 Pzp) oraz przepisów regulujących problematykę wyboru najkorzystniejszej oferty (art. 82–92 Pzp). W przypadku pierwszej kategorii wyłączeń wskazuje się przede wszystkim na brak specyfikacji istotnych warunków zamówienia czy nawet opisu przedmiotu zamówienia, w miejsce czego ustawodawca wymaga w ogłoszeniu o zamówieniu określenia przedmiotu zamówienia (art. 75 ust. 2 pkt 3 Pzp)³⁵. W odniesieniu do drugiej kategorii wyłączeń w wątpliwość poddać należy brak odrębnej regulacji prawnej dla licytacji elektronicznej, przewidującej możli-

³³ Przyjmuje się, że zamknięcie licytacji jest równoznaczne z przyjęciem oferty najkorzystniejszej, por. R. Szostak, *op.cit.*, s. 123–124.

³⁴ Przy założeniu, że zamawiający przeprowadzający postępowanie w trybie licytacji elektronicznej żądał dokumentów potwierdzających spełnianie warunków udziału w postępowaniu, a nie wyłącznie stosownego oświadczenia wykonawcy.

³⁵ H. Olszowska, *Licytuj, kto może*, „Przetargi Publiczne” 2009, nr 2, s. 32–35.

wość zawarcia umowy z innym uczestnikiem licytacji, gdy wykonawca, który złożył ofertę najkorzystniejszą, uchyła się od zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego lub nie wnosi wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy. W tych okolicznościach problematyczne wydaje się nawet zgodne z obowiązującym prawem unieważnienie postępowania. Zgodnie z art. 78 ust. 3 Pzp „oferta złożona w toku licytacji przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą”. Powyższe oznacza, że z chwilą złożenia nowego korzystniejszego postąpienia, oferta do tego momentu najbardziej atrakcyjna cenowo, przestaje wiązać. Zamawiający w przypadku uchylenia się od zawarcia umowy przez wykonawcę – zwycięzcę licytacji nie jest uprawniony na mocy art. 94 ust. 3 do wyboru oferty najkorzystniejszej spośród pozostałych złożonych w toku licytacji³⁶. Brak możliwości zawarcia umowy z innym biorącym udział w licytacji wykonawcą winno skutkować unieważnieniem postępowania. Analiza zamkniętego katalogu przesłanek z art. 93 ust. 1 Pzp zawęży krąg potencjalnych podstaw unieważnienia postępowania w prezentowanych okolicznościach do dwóch, określonych odpowiednio w pkt. 3 i 7. Pierwsza z nich odwołuje się wprost do licytacji elektronicznej pozwalając na unieważnienie postępowania w przypadku, gdy wpłynęły mniej niż dwa wnioski o dopuszczenie do udziału w licytacji bądź nie została złożona żadna oferta. Drugi z wymienionych punktów odnosi się do sytuacji, gdy „postępowanie obciążone jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego”. W konsekwencji, aby możliwe było unieważnienie postępowania w omawianych okolicznościach, za prawdziwą należałoby uznać jedną z następujących tez:

- skutkiem uchylenia się od zawarcia umowy lub braku wniesienia zabezpieczenia należytego wykonania umowy przez wykonawcę, który w toku licytacji elektronicznej złożył najkorzystniejszą ofertę, jest stan prawny taki, jakby w postępowaniu nie została złożona żadna oferta;
- uchylenie się od zawarcia umowy lub brak wniesienia należytego zabezpieczenia umowy przez wykonawcę, który w toku licytacji elektronicznej złożył najkorzystniejszą ofertę, a w konsekwencji brak wykonawcy zamówienia (strony stosunku zobowiązaniowego³⁷) jest niemożliwą do usunięcia wadą uniemożliwiającą zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy w sprawie zamówienia publicznego, a wada ta obciąża postępowanie.

³⁶ R. Szostak, op.cit., s. 124–125.

³⁷ Z. Radwański, A. Olejniczak, *Zobowiązania – część ogólna*, wyd. 8, Warszawa 2008, s. 121.

Pierwsza teza zakłada, że w postępowaniu nie została złożona żadna oferta. Jeżeli złożona w toku licytacji oferta przestaje wiązać, gdy inny wykonawca złożył ofertę korzystniejszą, z chwilą złożenia ostatniego postąpienia przed momentem zamknięcia licytacji uznać można, że prawnie wiążąca jest wyłącznie jedna oferta. Gdy wykonawca uchyła się od zawarcia umowy lub nie wnosi należytego zabezpieczenia umowy dochodzi do sytuacji, w której powstałe wskutek przyjęcia oferty przyrzeczenie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego³⁸ nie znajduje potwierdzenia w postaci zawarcia przyrzeczonej umowy. W art. 93 ust. 1 pkt 3 użyte zostało sformułowanie: „nie została złożona żadna oferta”. Trudno zatem uznać, aby przedstawione okoliczności, w postaci stanu zawieszenia pomiędzy przyjęciem oferty a podpisaniem umowy (określony przez zamawiającego termin związania ofertą nie został przerwany) można było zrównać z sytuacją braku złożenia jakiegokolwiek oferty. Dodatkowym argumentem przemawiającym za wadliwością postawionej tezy jest to, że powołany przepis wskazuje na zaniechanie – niezłożenie oferty w postępowaniu. W omawianym przypadku założenie jest takie, że w postępowaniu złożono co najmniej jedną ofertę. Przesłankę unieważnienia z art. 93 ust. 1 pkt 3 należy wydawać się odnosić do sytuacji, gdy pomimo złożenia wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu w liczbie co najmniej dwóch, do licytacji elektronicznej nie dochodzi, na przykład ze względu na wykluczenie wszystkich wykonawców składających wnioski. W konsekwencji nie zostaje złożona żadna oferta.

Druga teza za podstawę unieważnienia uznaje wadę taką, która jest niemożliwa do usunięcia, uniemożliwia zawarcie niepodlegającej unieważnieniu umowy, jest nią dotknięte postępowanie. Wydaje się, że uchylenie się od zawarcia umowy czy brak wniesienia wymaganego zabezpieczenia należytego wykonania umowy jest wadą, której nie można usunąć, ewentualnie w drodze nakazu sądowego zobowiązującego do zawarcia przyrzeczonej umowy. Zakładając, że nie zachodzi żadna z przesłanek z art. 146 ust. 1 Pzp, która uzasadniałaby unieważnienie takiej umowy, można przyjąć, że omawiane okoliczności faktycznie nie pozwalają zawrzeć umowy z takim wykonawcą. Ostatni z wymienionych elementów dotyczy tego, że wadą musi być obarczone postępowanie. Zgodnie z ustawowym słownikiem pojęć postępowaniem o udzielenie zamówienia publicznego jest „postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu lub przesłania zaproszenia do składania ofert albo przesłania zaproszenia do negocjacji w celu dokonania wy-

³⁸ R. Szostak, *op.cit.*, s. 101–102.

boru oferty wykonawcy, z którym zostanie zawarta umowa w sprawie zamówienia publicznego, lub – w przypadku trybu zamówienia z wolnej ręki – wynegocjowania postanowień takiej umowy³⁹. Uzasadnione wydaje się stanowisko rozróżniające etap postępowania o zamówienie publiczne od procedury zawarcia umowy⁴⁰. Postępowanie jest wszczynane w celu dokonania wyboru oferty. Zawarcie umowy ze zwycięskim wykonawcą jest odrębną czynnością prawną następującą po wyborze najkorzystniejszej oferty. W przypadku licytacji elektronicznej uznać zatem można, że postępowanie kończy się po zamknięciu licytacji z chwilą upływu terminu na wniesienie odwołania na czynność odrzucenia oferty odwołującego. Można w tym miejscu odnieść się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, zgodnie z którym za wadę uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego⁴¹ nie można uznać braku możliwości zawarcia umowy „na warunkach określonych w ofercie. Niemożność ta, niezależnie od tego czy jest ona obiektywna, czy wynika z subiektywnej oceny, nie pozostaje w żadnym związku z czynnościami prowadzonego postępowania o udzielenie zamówienia”⁴². Konsekwentnie przyjąć można, że unieważnienie omawianego postępowania również na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 nie jest możliwe.

4.2. Aukcja elektroniczna – definicja

Definicja zamieszczona w dyrektywach unijnych dotyczących zamówień publicznych⁴³ stanowi, że „aukcja elektroniczna oznacza powtarzalny proces obejmujący zastosowanie urządzenia elektronicznego do przedstawiania nowych, obniżanych cen lub nowych wartości dotyczących niektórych elementów ofert, realizowany po przeprowadzeniu wstępnej pełnej oceny ofert i umożliwiający ich klasyfikację za pomocą metod automatycznej oceny”.

Aukcja elektroniczna w rozumieniu Pzp, w odróżnieniu od licytacji elektronicznej, nie jest trybem udzielenia zamówienia. Jest jednoetapową procedurą elektroniczną stosowaną w celu wyboru najkorzystniejszej oferty po

³⁹ Art. 2 pkt 7a Pzp.

⁴⁰ Zob. też: K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, wyd. 3, Warszawa 2007, s. 558–559.

⁴¹ Wyrok został wydany na gruncie ustawy Pzp sprzed nowelizacji z grudnia 2009 r. Brzmienie art. 93 ust. 1 pkt 7 było następujące: „postępowanie obarczone jest wadą uniemożliwiającą zawarcie ważnej umowy w sprawie zamówienia publicznego”.

⁴² Wyrok Krajowej Izby Odwoławczej z 17.7.2009 r., sygn. akt: KIO/UZP 852/09, <ftp://ftp.uzp.gov.pl/wyroki/KIO/2009/0852-09.pdf> (stan na: 19.2.2010 r.).

⁴³ Art. 1 ust. 7 dyrektywy 2004/18/WE i art. 1 ust. 6 dyrektywy 2004/17/WE.

uprzednim dokonaniu oceny ofert w postępowaniu prowadzonym w jednym z trybów konkurencyjnych (przetarg nieograniczony lub ograniczony) lub w ograniczonym zakresie w trybie negocjacji z ogłoszeniem, o ile złożono co najmniej trzy oferty niepodlegające odrzuceniu. Przeprowadzenie aukcji elektronicznej musi wynikać z ogłoszenia o zamówieniu (art. 91a ust. 1 Pzp).

Za cel aukcji uznaje się uzyskanie oferty korzystniejszej od pierwotnie złożonej w postępowaniu⁴⁴. Wskazuje się jednocześnie, że pojęcie oferty korzystniejszej odnosić się może zarówno do kryterium ceny, jak również innych kryteriów, na przykład terminu realizacji zamówienia czy kosztów eksploatacji.

4.2.2. Problemy prawne stosowania aukcji elektronicznej

Zamawiający w toku aukcji elektronicznej nie ma możliwości ingerowania w ocenę składanych ofert. Powyższe nie pozwala zamawiającemu, w szczególności na odrzucenie oferty w sytuacji wystąpienia okoliczności z art. 89 Pzp Stosowanie powołanego przepisu w warunkach aukcji elektronicznej zostało wprost wyłączone w art. 91c ust. 1 Pzp Oznacza to, że zamawiający nie ma prawa odrzucić oferty, na przykład z rażąco niską ceną w stosunku do przedmiotu zamówienia, w trybie art. 89 Pzp Może jednak, na mocy art. 90 ust. 1 Pzp zwrócić się do wykonawcy o udzielenie wyjaśnień dotyczących elementów oferty mających wpływ na wysokość ceny. Jeżeli w konsekwencji zamawiający potwierdzi okoliczność złożenia oferty zawierającej rażąco niską cenę, zobowiązany jest do odrzucenia oferty na podstawie art. 90 ust. 3 Pzp, którego stosowanie nie zostało wyłączone na potrzeby postępowania uzupełnianego procedurą aukcji elektronicznej.

Pzp pomimo założenia, że zasadniczym celem aukcji elektronicznej jest uzyskanie oferty korzystniejszej od oferty wykonawcy złożonej w postępowaniu przeprowadzonym w trybie przetargowym bądź negocjacji z ogłoszeniem, nie wyposaża zamawiających w narzędzia prawne ani nie przewiduje odrębnych rozwiązań proceduralnych gwarantujących osiągnięcie powyższego celu. Zastosowanie aukcji elektronicznej nie zawsze prowadzi do uzyskania lepszych warunków realizacji zamówienia. Możliwe są w praktyce takie sytuacje, w których nie wszyscy wykonawcy złożą postąpienia i w konsekwencji – ofertę korzystniejszą od dotychczas wiążącej albo nawet nie wszyscy oferenci wezmą udział w aukcji. Co istotne, nieuczestniczenie przez wy-

⁴⁴ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz i akty wykonawcze*, wyd. 9, Warszawa 2009, s. 313–314.

konawcę w aukcji nie jest przeszkodą w udzieleniu mu zamówienia publicznego. Istnieje możliwość, że pierwotnie złożona w postępowaniu oferta, podlegająca badaniu i ocenie przez zamawiającego, uzyskuje najwyższą punktację i jest na tyle korzystna w porównaniu z ofertami innych wykonawców, że nawet procedura aukcji prowadząca do złożenia korzystniejszych ofert innych wykonawców (w stosunku do ofert już złożonych w postępowaniu) nie zmienia pozycji lidera rankingu ubiegających się o udzielenie zamówienia.

Dodatkowym, wskazanym już w opracowaniu, problemem związanym z przeprowadzaniem aukcji elektronicznej jest faktyczne ograniczanie konkurencji wśród oferentów w odniesieniu do wymogów stosowania bezpiecznego podpisu elektronicznego weryfikowanego za pomocą ważnego kwalifikowanego certyfikatu. Zachowanie kwalifikowanej formy podpisu elektronicznego – *ad solemnitatem* – przy składaniu postąpień w toku aukcji narzuca ustawodawca w art. 91c ust. 2 Pzp. Zagadnienie wydaje się szczególnie istotne w przypadku zamówień o większej wartości, w stosunku do których istnieje obowiązek publikacyjny w Dz.Urz.Ue⁴⁵. Przy założeniu, że do postępowania o udzielenie zamówienia publicznego przystępują wykonawcy zagraniczni, wątpliwe wydaje się na gruncie Pzp dopuszczenie takich wykonawców do składania prawnie wiążących postąpień w toku aukcji, jeśli posiadane przez nich podpisy elektroniczne nie mogą zostać zweryfikowane za pomocą ważnego certyfikatu wydanego przez kwalifikowany podmiot świadczący usługi certyfikacyjne. Urząd Zamówień Publicznych wyjaśnia, że pomimo niespełnienia wymogu w odniesieniu do kwalifikowanej formy podpisu elektronicznego przez biorącego udział w postępowaniu wykonawcę jego uczestnictwo w aukcji nie jest wykluczone. „W takim jednak przypadku, z uwagi na konieczność telefonicznego kontaktu pracowników polskiego i zagranicznego centrum certyfikacji procedura weryfikacji podpisu elektronicznego trwa znacznie dłużej – nawet do kilku dni”⁴⁶. W konsekwencji ewentualne opóźnienia mogą skutecznie uniemożliwić wykonawcy zarówno prawny jak i faktyczny udział w aukcji, co może mieć wpływ na wynik postępowania. Urząd Zamówień Publicznych zaleca, aby w celu uniknięcia takich sytuacji zobowiązać wykonawców, których podpisy nie spełniają wymogów odnośnie kwalifikowanej formy bezpiecznego podpisu elektronicznego wynikających z ustawy o podpisie, do dostarczenia wzoru takiego podpisu i przekazania go administratorowi systemu aukcyjnego Urzędu Zamówień Publicznych. Podjęcie tych

⁴⁵ Por. Rozporządzenie Prezesa RM w sprawie kwot wartości zamówień.

⁴⁶ M. Szymczak, *Aukcja elektroniczna. Praktyczny poradnik dla użytkowników Platformy Aukcji Elektronicznych UZP*, Warszawa 2009, s. 7–8.

czynności miałyby usprawnić proces weryfikacji podpisów. W jakim trybie i na jakiej podstawie zamawiający ma jednakże prawo zobowiązać wykonawców do działań w powyższym zakresie? Czy takie zobowiązanie mogłoby zostać uwzględnione w specyfikacji istotnych warunków zamówienia nie będąc jednocześnie łamaniem podstawowych zasad udzielania zamówień publicznych? Czy obowiązek przeprowadzenia postępowania z zachowaniem zasad: uczciwej konkurencji i równego traktowania wykonawców jest ważniejszy od obowiązku postępowania zgodnego z prawem, w tym przypadku ustawą o podpisie? A także, czy sama funkcjonalność platformy do przeprowadzania aukcji w zakresie obsługi podpisów innych centrów certyfikacji jest przesłanką umożliwiającą dokonanie weryfikacji podpisu na podstawie uzyskanego wcześniej wzoru? Postawione pytania przedstawiają jedynie przykładowe kwestie wymagające rozstrzygnięcia, chyba że wcześniej wejdą w życie przepisy nowej ustawy o podpisach elektronicznych.

5. Wymagania dla systemu teleinformatycznego

Zamówienia publiczne są jedną z ośmiu kategorii usług publicznych w odniesieniu do podmiotów gospodarczych, które są świadczone drogą elektroniczną⁴⁷. Jednym z instrumentów prawnych kreujących możliwość świadczenia usługi elektronicznych zamówień publicznych są przewidziane Pzp licytacje i aukcje, przeprowadzane z wykorzystaniem odpowiednich platform elektronicznych. W celu przeprowadzenia elektronicznej eliminacji oferentów w ramach licytacji lub aukcji zamawiający dokonuje wyboru dostawcy platformy, przy użyciu której przeprowadzona zostanie procedura wyboru oferty najkorzystniejszej.

Definicja systemu teleinformatycznego zawarta w art. 3 pkt 3 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne zakłada istnienie zespołu współpracujących ze sobą urządzeń informatycznych i oprogramowania, zapewniającego przetwarzanie i przechowywanie, a także wysyłanie i odbieranie danych poprzez sieci telekomunikacyjne za pomocą właściwego dla danego rodzaju sieci urządzenia końcowego.

Przyjąć można, że podmiot, który udostępnia system do przeprowadzania elektronicznych licytacji lub aukcji świadczy usługę drogą elektroniczną.

⁴⁷ Common list of Basic public services, 22.2.2001 r., http://ec.europa.eu/information_society/eeurope/2002/action_plan/pdf/basicpublicservices.pdf (stan na: 26.9.2010 r.).

Pojęcie świadczenia usługi drogą elektroniczną i związane z tym obowiązki usługodawcy, zasady jego odpowiedzialności oraz ochrony danych osobowych osób fizycznych korzystających ze świadczonych usług określa ustawa⁴⁸. Zgodnie z definicją ustawową, zawartą w art. 2 pkt 4, świadczenie usługi drogą elektroniczną stanowi „wykonanie usługi świadczonej bez jednoczesnej obecności stron (na odległość), poprzez przekaz danych na indywidualne żądanie usługobiorcy, przesyłanej i otrzymywanej za pomocą urządzeń do elektronicznego przetwarzania, włącznie z kompresją cyfrową, i przechowywania danych, która jest w całości nadawana, odbierana lub transmitowana za pomocą sieci telekomunikacyjnej”. Za W. Chmielarzem stwierdzić można, że „usługi świadczone drogą elektroniczną obejmują szeroki katalog działań gospodarczych, które realizowane są w trybie bezpośredniego (on-line) połączenia z siecią teleinformatyczną”⁴⁹.

Usługodawca, na mocy art. 8 ust. 1 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną, jest obowiązany do określenia i udostępnienia usługobiorcy regulaminu świadczenia usług drogą elektroniczną. Do zasadniczych elementów treści regulaminu zalicza się: określenie rodzaju i zakresu świadczonych usług, warunków ich świadczenia (w tym wymagań technicznych niezbędnych do współpracy z systemem usługodawcy oraz postanowienia o zakazie dostarczania przez usługobiorcę treści o charakterze bezprawnym), warunków zawierania i rozwiązywania umów o świadczenie usług drogą elektroniczną oraz trybu postępowania reklamacyjnego (art. 8 ust. 3 ustawy o świadczeniu usług drogą elektroniczną).

W przypadku platform Urzędu Zamówień Publicznych rozważyć należy, czy udostępniane platformy winny spełniać wymagania przewidziane dla systemów teleinformatycznych określone w rozporządzeniu Rady Ministrów w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych⁵⁰.

Rozporządzenie jest aktem wykonawczym do ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne i określone w nim minimalne wymagania odnoszą się do systemów używanych przez podmioty publiczne do realizacji zadań publicznych. Odwołując się do zakresu podmiotowego ustawy (art. 2 ust. 1 pkt 1) należy przyjąć, że Prezes UZP jako centralny organ administracji rządowej (art. 152 ust. 1 Pzp) jest podmiotem publicz-

⁴⁸ Ustawa z 18.7.2002 r. o świadczeniu usług drogą elektroniczną, Dz.U. Nr 144, poz. 1204 ze zm.

⁴⁹ W. Chmielarz, *Systemy biznesu elektronicznego*, Warszawa 2007, s. 295.

⁵⁰ Rozporządzenie Rady Ministrów z 11.10.2005 r. w sprawie minimalnych wymagań dla systemów teleinformatycznych, Dz.U. Nr 212, poz. 1766.

nym. Zadania Prezesa UZP wymienione zostały w art. 154 pkt. 1–21 Pzp. Jednym z nich jest prowadzenie działań związanych z informatyzacją systemu zamówień publicznych.

Za M. Stahl wskazać należy, iż „cechą zadań publicznych jest to, że ich wykonywanie jest obowiązkiem, a nie uprawnieniem władzy publicznej”⁵¹. „Głównym kryterium dla uznania danych zadań za publiczne jest okoliczność, że państwo lub samorząd terytorialny ponoszą w świetle prawa odpowiedzialność za ich realizację. Nie traktuje się jako kryterium kwalifikacji do kategorii zadań publicznych samego wykonywania zadań w ramach struktur organizacyjnych państwa lub samorządu”⁵². O odpowiedzialności za naruszenie norm zadaniowych Z. Cieślak pisze, że przy ocenie odpowiedzialności organu zobowiązanego do realizacji normy zadaniowej uwzględnia się „nie tyle konkretne przejawy jego działalności, co raczej ogólny stan realizacji danej wartości”⁵³. Normy zadaniowe charakteryzuje bowiem według Zbigniewa Cieślaka brak określenia skutków ich naruszenia. Odwołując się do treści art. 154 Pzp przyjąć można, że normą zadaniową jest norma art. 154 pkt 20 ustawy stanowiąca o obowiązku Prezesa UZP w zakresie prowadzenia działań związanych z informatyzacją systemu zamówień publicznych. Norma zadaniowa określa bowiem „treść administracji poprzez bezpośrednie odniesienie do wartości uznanych przez prawodawcę. To bezpośrednie odniesienie przyjmuje postać nałożonego na organ administracji publicznej normatywnego obowiązku działania, nakierowanego na realizację jakiejś wartości”⁵⁴. W tym przypadku wartością wydaje się być nowoczesny i z informatyzowany system zamówień publicznych.

Platformy do przeprowadzania elektronicznych licytacji i aukcji udostępniają usługi zamówień publicznych drogą elektroniczną. Jednym z założeń Planu Informatyzacji Państwa na lata 2007–2010⁵⁵ jest realizacja projektu elektronicznej Platformy Usług Administracji Publicznej e-PUAP. Budowa i wdrożenie e-PUAP służy realizacji zadania publicznego w zakresie informaty-

⁵¹ M. Stahl, *Cele publiczne i zadania publiczne* [w:] *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego Zakopane 24–27.9.2006 r.*, (red. J. Zimmermann), Warszawa 2007, s. 100.

⁵² G. Szpor, Cz. Martysz, K. Wojsyk, *Ustawa o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 31.

⁵³ Z. Niewiadomski, Z. Cieślak, I. Lipowicz, G. Szpor, *Prawo administracyjne*, Warszawa 2005, s. 64.

⁵⁴ *Ibidem*, s. 55–56.

⁵⁵ Rozporządzenie Rady Ministrów z 28.3.2007 r. w sprawie Planu Informatyzacji Państwa na lata 2007–2010, Dz.U. Nr 61, poz. 415.

zacji państwa. W płaszczyźnie polskiego systemu zamówień publicznych i wdrażania elektronicznych zamówień zadaniem publicznym jest informatyzacja systemu zamówień publicznych. Wdrożenie i udostępnienie przez Prezesa UZP bezpłatnych platform do przeprowadzania elektronicznych licytacji i aukcji uznać można za działanie związane z informatyzacją systemu zamówień publicznych. Jest to działanie służące realizacji zadania publicznego nałożonego Pzp na Prezesa UZP. Przyjmując, że Prezes UZP jako organ administracji rządowej realizuje zadania publiczne polegające, w szczególności na prowadzeniu działań związanych z informatyzacją systemu zamówień publicznych, stwierdzić można, że udostępnione platformy winny spełniać minimalne wymagania stawiane systemom teleinformatycznym używanym przez podmioty publiczne. W odróżnieniu od władczych form działania administracji (na przykład wydawanie decyzji administracyjnych), prowadzenie działań w zakresie informatyzacji systemu zamówień publicznych uznać można za nie władczą formę realizacji przez Prezesa UZP zadań publicznych.

Doniosłość prawna złożenia oferty przez wykonawcę za pomocą formularza umieszczonego na stronie internetowej jako czynności realizowanej w czasie rzeczywistym wymaga zagwarantowania minimalnych przewidzianych dla danego rodzaju czynności środków technicznych, organizacyjnych i zapewnienia bezpieczeństwa pozwalających na prawidłowe, w tym zgodne z wymogami prawa, przeprowadzenie procedury wyboru najkorzystniejszej oferty w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.

Za prawidłowe przygotowanie i przeprowadzenie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego odpowiada zamawiający. To do jego decyzji należy, w szczególności oszacowanie wartości zamówienia i wybór właściwego trybu postępowania. Podejmując decyzję o udzieleniu zamówienia w trybie licytacji elektronicznej bądź z zastosowaniem aukcji elektronicznej zamawiający jest obowiązany do wyboru platformy, która zostanie wykorzystana do przeprowadzenia elektronicznej eliminacji wykonawców. Zgodnie z art. 75 ust. 2 pkt 15 Pzp zamawiający w ogłoszeniu o zamówieniu wskazuje adres strony internetowej, na której zostanie przeprowadzona licytacja. Konsekwentnie to na zamawiającym ciąży obowiązek weryfikacji rynku i wyboru platformy spełniającej jego wymagania, ale przede wszystkim wymagania stawiane takim systemom przez przepisy prawa.

6. Podsumowanie

W prawie zamówień publicznych dokonywane są zmiany w kierunku umożliwiający informatyzację procedur udzielania zamówień publicz-

nych. Przykładowe problemy związane z udzielaniem zamówień z zastosowaniem dotychczas wdrożonych instrumentów elektronicznych (licytacja elektroniczna, aukcja elektroniczna) wskazują jednocześnie na niedoskonałość regulacji prawnej w tym obszarze.

Wdrażanie elektronicznych zamówień publicznych nie wyraża wyłącznie dążenia podmiotów gospodarczych do usprawniania swoich procesów i uzyskiwania wymiernych korzyści. Wdrażanie elektronicznych zamówień publicznych jest wymogiem prawa, wynikającym z ustawy Prawo zamówień publicznych – obowiązku Prezesa UZP do prowadzenia działań związanych z informatyzacją systemu zamówień publicznych.

Wskazać jednocześnie należy, że informatyzacja procedur udzielania zamówień publicznych prowadząca do faktycznego zwiększania konkurencji wśród wykonawców jest wyzwaniem zarówno dla uczestników wewnętrznego, jak i wspólnotowego rynku zamówień publicznych. Sprostać wyzwaniu można, ale pod warunkiem odpowiedzialnego stosowania nowoczesnych rozwiązań informatycznych.

Wdrożenie elektronicznych zamówień publicznych nie wydaje się być już celem samym w sobie. Jak wskazuje Komisja Europejska⁵⁶, cel stanowią transgraniczne elektroniczne usługi publiczne administracji, a jego realizacja obejmuje potrzebę wdrożenia jednolitego systemu elektronicznych zamówień publicznych oraz „praktycznej elektronicznej identyfikacji i elektronicznego uwierzytelniania usług transgranicznych (w tym wzajemnego uznawania poziomów ochrony przy uwierzytelnianiu)”.

⁵⁶ Komunikat Komisji do Parlamentu Europejskiego, Rady, Europejskiego Komitetu Ekonomiczno-Społecznego i Komitetu Regionów. Europejska Agenda Cyfrowa, KOM(2010) 245, Bruksela 26.8.2010 r., s. 37, <http://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:PL:PDF> (stan na: 26.9.2010 r.).