

tygodni oszczędności (tj. przyjęcie, że o 3 tygodnie szybsze będzie rozstrzygnięcie postępowania w trybie negocjacji bez ogłoszenia), nie przedstawiając żadnych wiarygodnych dowodów na poparcie swoich twierdzeń, ani nie dokonując żadnych szerszych analiz”. Tymczasem, według KIO na uwzględnienie zasługiwały raczej zamawiającego o konieczności maksymalnego skrócenia okresu niezbędnego do podpisania umowy na wykonanie pilnych prac związanych z realizacją kontraktu, tak aby zdążyć z ukończeniem prac przed okresem zimowym 2019/2020 – czego nie zapewniałby tryb przetargowy.

Trwała linia orzecznicza czy jednorazowy wyrok?

Analiza ww. wyroku KIO mogłaby wskazywać, że Izba dostrzega sygnalizowane na rynku problemy z realizacją i „dokańczeniem” kluczowych na poziomie krajowym inwestycji infrastrukturalnych (vide: zaistniały w ostatnich miesiącach kazus Astaldi, czy niedawne odstąpienia przez GDDKiA od umów z Impresa Pizzarotti czy TOTO), a w konsekwencji uchyla zamawiającym furtkę dla śmielszego stosowania przez nich w takich przypadkach trybów niekonkurencyjnych.

Z jednej strony, oceniać można to pozytywnie – jako postulat elastycznego działania, gdy wymaga tego dobro inwestycji i szeroko pojęty interes publiczny oraz gdy utrudnienia/wady związane z zastosowaniem trybu przetargowego przeważałyby nad obiektywnymi korzyściami związanymi z otwarciem zamówienia na szeroki krąg wykonawców.

Z drugiej jednak strony, jak słusznie zauważają praktycy⁴, wyrok ten może również stanowić potencjalnie niebezpieczny precedens dla ograniczania konkurencji celem dobrania przez zamawiającego z góry upatrzonych wykonawcy dla realizacji zamówienia, z niewątpliwą szkodą dla całego rynku zamówień publicznych i utraty choćby cechy przejrzystości udzielania zamówień.

⁴ np. słuszne wątpliwości doktryny cytowane w artykule S. Wikariaka, „Budowy da się dokończyć bez przetargów”, opublikowanym 26.06.2019 r. przez „Dziennik Gazetę Prawną”.



Warto jednak zauważyć, że w wielu punktach uzasadnienia wyroku, Izba podnosiła, że w jej ocenie Salini nie podważył skutecznie dowodowo twierdzeń przedstawionych przez GDDKiA, zaś takiemu ciężarowi dowodu sprostala z kolei Generalna Dyrekcja, przedstawiając wiarygodne uzasadnienie faktyczne dla wszczęcia negocjacji bez ogłoszenia (w tym analizy, statystyki, np. dotyczące średniego czasu trwania przetargów organizowanych przez GDDKiA). Wskazuje to, że omawiany wyrok KIO można odbierać w szczególności jako wyrok kazuistyczny – a zatem odpowiadający bardzo konkretnemu stanowi faktycznemu, z którym spotkała się Izba, oraz konkretnym dowodom przedstawionym przez zamawiającego i odwołującego się wykonawcę. Trudno zatem z całą pewnością stwierdzić, czy wyrok KIO byłby identyczny również w przypadku przedstawienia przez strony innych dowodów w sprawie – jest on jednak cenną wskazówką dla zamawiających co do tego, jakie informacje i dokumentację przygotować przed podjęciem działań w kierunku wszczęcia trybu niekonkurencyjnego.

Istotnym jednak wnioskiem ogólnym płynącym z ww. wyroku będzie w szczególności uznanie przez Izbę, że zlecane „pilne” prace nie ograniczają się tylko i wyłącznie do „robót zabezpieczających”, a w przypadkach konieczności ochrony życia lub zdrowia czy zapobieżenia szkodzie majątkowej zakres zleconych prac może nawet w znacznym stopniu pokrywać się z całą pozostałą do zrealizowania inwestycją. Warto również pamiętać o zaakcentowaniu przez Izbę możliwości odwołania się w uzasadnieniu trybu negocjacji bez ogłoszenia również do klauzuli „interesu publicznego” jako przejawu konieczności pilnego udzielenia zamówienia nowemu podmiotowi.

O słuszności i ewentualnym ugruntowaniu opisanej linii orzeczniczej świadczyć będą jednak zwłaszcza przyszłe wyroki innych składów KIO, rozpatrujących podobne do niniejszego przypadki – mając natomiast w pamięci głośne w ostatnim czasie przykłady rozbieżności w podejściu Izby do danego zagadnienia w zależności od rozpoznającego daną sprawę składu (np. kwestia podpisanego elektronicznie skanu oferty czy algorytmu SHA-1), warto uważnie śledzić dalsze orzecznictwo Izby w niniejszej kwestii. ■

WWW.ZAMAWIAJACY.PL

Skan oferty opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym

GWW



Marta Lipińska

Aplikant radcowski w GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp.p.



Michał Sękowski

Radca prawny GWW Grynhoff i Partnerzy Radcowie Prawni i Doradcy Podatkowi Sp.p.

Od października 2018 r. zobowiązane do stosowania ustawy Pzp podmioty, inne niż centralny zamawiający, zobowiązane są do wdrożenia elektronizacji zamówień publicznych, których wartość jest szacowana na przewyższającą progi unijne. Jednym z założeń elektronizacji jest składanie ofert w formie elektronicznej. Oferty takie muszą być podpisane przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego. W praktyce wielu wykonawców przed złożeniem oferty drukuje ją, podpisuje odręcznie, a następnie skanuje i podpisuje kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Poprawność powyższego postępowania wzbudziło szereg kontrowersji i stało się przedmiotem orzecznictwa Krajowej Izby Odwoławczej, na tle którego wyodrębniły się dwa konkurencyjne poglądy.

Stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej – pogląd pierwszy

KIO w orzeczeniu z 4 marca 2019 r. (sygn. akt KIO 277/19) stanęła na stanowisku, że papierowa oferta, choć podpisana własnoręcznie przez osobę uprawnioną do jej złożenia, w istocie nie stanowiła jeszcze żadnej oferty. Zdaniem Izby wolę wykonawcy ujawniono dopiero przez opatrzenie pliku PDF (lub w innym dopuszczalnym przepisami prawa formacie) e-podpisem. Izba wskazała, iż dla oceny ważności oferty nie ma znaczenia wcześniejsze wydrukowanie formularza ofertowego i złożenie na nim przez upoważnioną osobę podpisu własnoręcznego. Istotne jest bowiem, iż oferta ostatecznie złożona zamawiającemu sporządzona została prawidłowo

w formie przewidzianej w art.10a ust.5 ustawy Pzp tj. w postaci elektronicznej z kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Izba podkreśliła ponadto, iż podpisana odręcznie oferta w formie papierowej nie wywołuje żadnych skutków prawnych, bowiem w takiej formie nie trafia do zamawiającego.

Podobnie wypowiedziała się Izba w wyroku z dnia 8 lutego 2019 r., wskazując, iż „Izba podziela argumentację zamawiającego, że nie sposób przypisywać nieważności czynności prawnej złożenia oferty, a więc oświadczenia woli, na podstawie badania sposobu wprowadzania danych, czyli sposobu sporządzenia oferty, która została zakończona wtedy, kiedy dokument z formy papierowej został przeformatowany na wersję elektroniczną.

Przystępujący podpisał plik kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W tym momencie czynność sporządzania została zakończona, a oferta w pliku pdf jest w formie elektronicznej.” (KIO 119/19).

Również w wyroku z dnia 25 lutego 2019 r. (KIO 221/19) Izba wskazała, iż „(...) własnoręcznie podpisany formularz ofertowy również nigdy nie został w niniejszej sprawie zamawiającemu doręczony (art. 61 k.c.). Czynność prawna, której konstytutywnym elementem jest określona forma (forma elektroniczna), w formie pisemnej jest bezwzględnie nieważna. Zatem oferta pisemna nie wywołuje, dodatkowo ze względu na art. 10a ust. 5 Pzp., żadnych skutków prawnych.” Zdaniem KIO, ofercie wydrukowanej, podpisanej, zeskan-

wanej a następnie podpisanej kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie można „odmówić posiadania prawidłowej postaci - postaci dokumentu elektronicznego”.

Przeciwnie stanowisko Krajowej Izby Odwoławczej

Krajowa Izba Odwoławcza w niektórych swoich orzeczeniach zaprezentowała również odmienny pogląd, uznając, iż oferta uprzednio wydrukowana i podpisana odręcznie a następnie zeskanowana i opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie spełnia wymogów określonych w art. 10a ust. 5 ustawy Pzp. Prowadzić ma to do nieważności czynności polegającej na złożeniu oferty w takiej postaci. Takie stanowisko Izba konsekwentnie przedstawiała m.in. w wyrokach wydanych w sprawach KIO 169/19 oraz KIO 2611/18. Izba stwierdzała w nich, iż jedyny oryginał oferty stanowi jej egzemplarz sporządzony w formie papierowej i podpisany odręcznie. Skany tak sporządzonego dokumentu, mimo, że podpisane przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego, stanowią zaś wyłącznie jej kopię.

Przykładowo, w wyroku z dnia 13 lutego 2019 r. (KIO 169/19) Izba uznała, iż: „(...) zamawiający zastrzegł pod rygorem nieważności, iż oferta musi być sporządzona w formie elektronicznej i podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez osobę upoważnioną do reprezentowania wykonawcy wobec osób trzecich. Zastrzeżenie takiej treści jest zgodne z wymaganiami art. 10a ust. 5 Pzp. (...) W ocenie Izby w tej sytuacji mamy do czynienia jedynie z przesłaniem elektronicznej (zdigitalizowanej) kopii dokumentu poświadczającego zgodność z oryginałem przez wykonawcę.

Nie ulega bowiem wątpliwości, iż oryginał tego dokumentu istnieje i został sporządzony w formie pisemnej, a nie w formie elektronicznej, o której mowa w art. 10a ust. 5 Pzp. Dokument oferty (...) stanowi kopię oryginalnej oferty sporządzonej w formie pisemnej, poświadczonej za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Przekazanie skanu oferty sporządzonej i podpisanej w formie tradycyjnej w świetle ww. przepisu, nie może zostać uznane za złożenie oferty w formie przewidzianej w art. 78[1] k.c., w zgodzie z przepisami Pzp oraz aktów wykonawczych. Z tych względów oferta złożona przez wy-



konawcę r... podlega odrzuceniu na podstawie art.89 ust.1 pkt 1 Pzp jako niezgodna z ustawą.”

Stanowisko Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji

Dopuszczalność złożenia oferty podpisanej odręcznie a następnie zeskanowanej i podpisanej za pomocą kwalifikowanego podpisu elektronicznego była również przedmiotem rozważań i wydanego w ich konsekwencji stanowiska Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji¹, w którym PIIT wskazała, iż zeskanowanie dokumentu papierowego i podpisanie tak powstałego pliku przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego powoduje, że powstaje dokument elektroniczny, który jest oryginałem. W ocenie PIIT jest to dokument elektroniczny w rozumieniu u.o.id.p.r.z.p.i rozporządzenia eIDAS. PIIT wskazuje ponadto, iż w takim przypadku złożona oferta nie jest kopią czy też „odrębną formą”, „kolejnym bytem prawnym”. W stanowisku tym PIIT krytycznie odnosi się do stanowiska Krajowej Izby Odwoławczej, w którym przyjęła ona, że zeskanowana oferta opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym podlega odrzuceniu.

Rozstrzygające stanowisko Prezesa UZP

W dniu 12 kwietnia br. została opublikowana opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych rozstrzygająca kwestię możliwości złożenia skanu oferty opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W opinii Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „ofertę, stanowiącą oświadczenie woli wykonawcy, należy uznać za dokument elektroniczny (ofertę złożoną w postaci elektronicznej) niezależnie od tego, czy jej postać elektroniczna powstała wyłącznie przy użyciu programu komputerowego, czy też na skutek przekształcenia postaci papierowej do postaci elektronicznej, jeżeli tylko dokument elektroniczny zostanie opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym a oferta przekazana zamawiającemu w sposób

umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 61 § 2 KC).”

Analiza przepisów prawa

Zgodnie z art.10a ust.5 Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenia, o których mowa w art.25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Prawo zamówień publicznych używa pojęcia postaci elektronicznej łącząc ją z koniecznością opatrzenia elektronicznym podpisem kwalifikowanym w sposób tożsamy do kodeksowej regulacji dotyczącej formy elektronicznej czynności prawnej określonej w art.78¹ kodeksu cywilnego. Z treści przepisu art.78¹ kodeksu cywilnego wynika, iż do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Zgodnie z poglądami części składów orzekających oraz praktyków wykładnia tego przepisu prowadzi do wniosku, że dokument wydrukowany i podpisany odręcznie stanowi oryginał w wersji papierowej a ewentualne jego zeskanowanie spowoduje jedynie powstanie kopii takiego dokumentu. Zatem oferta sporządzona i podpisana odręcznie a następnie zeskanowana i podpisana przy użyciu kwalifikowanego podpisu elektronicznego nie będzie oryginalną ofertą, lecz jej kopią i powinna przez to zostać odrzucona.

W przypadku oferty, stanowiącej oświadczenie woli oferenta, składanej w formie elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym, dla zachowania formy przewidzianej w art.78¹ kodeksu cywilnego bez znaczenia będzie, czy została ona wcześniej wydrukowana i zeskanowana czy też nie. Kluczowe wydaje się być tutaj z jednej strony zapisanie takiego w formie elektronicznego pliku, ale przede wszystkim skierowanie go drogą elektroniczną do adresata po uprzednim opatrzeniu podpisem elektronicz-

¹ <https://www.piit.org.pl/stanowiska-i-konsultacje/stanowisko-ws.-uznania-za-wazna-oferty-stworzonej-i-zlozonej-w-postaci-skanu-papierowego-formularza-oferty-do-pliku-podpisanego-kpe>

² Opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych „Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne”, <https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/dopuszczalnosc-skanu-oferty-w-postepowaniu-o-zamowienie-publiczne>, ostatnie otwarcie 15 kwietnia 2019 r., godz. 14:49.

nym. Powyższe koresponduje z treścią art.61 § 2 kodeksu cywilnego, 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.

Zdaniem części komentatorów, złożenie oświadczenia woli w formie elektronicznej spełnia wymagania stawiane formie pisemnej bez względu na rygor. Uważają oni jednak, iż złożenie oświadczenia woli w formie pisemnej nie spełnia wymagań formy elektronicznej. Wskazują oni, iż jeśli zatem forma elektroniczna została zastrzeżona pod rygorem nieważności to zeskanowanie dokumentu papierowego i utworzenie z niego dokumentu elektronicznego nie spełnia wymagań przewidzianych w art. 78¹ kodeksu cywilnego. Zdaniem autorów, nie można zatem zgodzić się z tym poglądem. Oferta taka z momentem wprowadzenia jej do środka komunikacji elektronicznej w taki sposób, żeby zamawiający mógł się z nią zapoznać stanowi oświadczenie woli oferenta złożone zamawiającemu.

Na poparcie stanowiska, iż skan oferty opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym stanowi jej oryginał wskazać należy na wyrok Sądu Najwyższego z dnia 24 sierpnia 2009 r. w sprawie o sygn. akt I PK 58/09. Sąd Najwyższy wskazuje w nim, iż forma pisemna będzie zachowana, jeżeli treść oświadczenia woli wytworzona w dowolny sposób, zostanie opatrzonej własnoręcznym podpisem. Sąd Najwyższy podkreśla, iż to czy treść jest sporządzona własnoręcznie, stanowi kopię, czy wydruk jest bez znaczenia. W opinii autorów analogicznie więc, sposób sporządzenia dokumentu elektronicznego zawierającego oświadczenie woli oferenta, nie może przesądzić o tym czy ma on prawidłową formę (elektroniczną) czy też nie. Sporządzenie oferty w formie pisemnej a następnie jej zeskanowanie, zapisanie w formie elektronicznej i podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełniać będzie warunki sporządzenia oferty zgodnie z art.78¹ kodeksu cywilnego oraz art.10a ust.5 ustawy Pzp.

Czym jest jednak dokument w postaci elektronicznej?

Próbując zdefiniować pojęcie dokumentu w postaci elektronicznej, o którym mowa

w art.10a ust.5 ustawy Pzp, czy po prostu dokument elektroniczny, wskazać należy, iż brak jest takiej definicji w ustawie Pzp. Można jej jednak szukać w art.3 pkt 2 ustawy o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne „u.o.id.p.r.z.p.”. Zgodnie z jego treścią przez dokument elektroniczny należy rozumieć stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Przez informatyczny nośnik danych, należy zaś rozumieć, materiał lub urządzenie służące do zapisywania, przechowywania i odczytywania danych w postaci cyfrowej.

Definicja dokumentu elektronicznego znajduje się również w art.3 pkt 35 rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady nr 910/2014 z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylającego dyrektywę 1999/93/WE „rozporządzenie eIDAS”. Zgodnie z jego treścią dokument elektroniczny oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne.

Autorzy zaznaczają również, iż każdy skan oferty podpisany ważnym podpisem elektronicznym spełnia określony przez ustawodawcę wymóg z art.10a ust.5 ustawy Pzp, o ile format takiej oferty jest zgodny z § 4 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 („rozporządzenie UŚKE”) w zw. z załącznikiem nr 2 do rozporządzenia Rady Ministrów 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 teleinformatycznych.

Powyższe, zdaniem autorów prowadzi do wniosku, iż każdy dokument czy to sporządzony bezpośrednio w formie elektronicznej (np. przez wypełnienie pliku w formacie .doc), czy też sporządzony na kompu-



terze, wydrukowany i zeskanowany np. do formatu .pdf, czy też napisany odręcznie na czystej kartce i zeskanowany np. do formatu .pdf stanowiąc będzie dokument elektroniczny w rozumieniu art. 3 pkt 2 u.o.id.p.r.z.p. oraz art. 3 pkt 35 rozporządzenia eIDAS.

Konkludując, należy ponownie odwołać się do rozporządzenia UŚKE. Zgodnie z jego § 4 dokumenty elektroniczne przekazywane są pomiędzy zamawiającym a wykonawcą za pośrednictwem środków komunikacji elektronicznej. Art.10a ust.1 Pzp stanowi zaś, iż komunikacja między zamawiającym a wykonawcami, w szczególności składanie ofert lub wniosków o dopuszczenie do udziału w postępowaniu, oraz oświadczeń, w tym oświadczenia składanego na formularzu jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia odbywa się przy użyciu środków komunikacji elektronicznej.

Autorzy podkreślają zatem, że jeśli oferta zostanie sporządzona w formie dokumentu elektronicznego a następnie zostanie podpisana kwalifikowanym podpisem elektronicznym i przekazana do zamawiającego przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, spełniać będzie wymagania przytoczonych powyżej przepisów prawa powszechnie obowiązującego, a jej odrzucenie stanowić będzie niezgodną z prawem czynność zamawiającego. Bez znaczenia dla powyższego jest zaś czy uprzednio była ona wydrukowana, podpisana a dopiero w dalszej kolejności sporządzona w formie dokumentu elektronicznego opatrzonego kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Należy zgodzić się zatem z poglądem, iż dokument sporządzony w formacie .pdf (lub innym elektronicznym) a następnie opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymogi ustawy co do formy i będzie ofertą sporządzoną prawidłowo w formie elektronicznej. Fakt, że widnieją na niej zeskanowane podpisy osób reprezentujących oferenta czy też np. podpisy osób odpowiedzialnych za wycenę lub akceptacja prawnika, nie będzie miał wpływu na jej ważność. Decydujące dla ważności oferty będzie bowiem to, czy osoba została opatrzonej podpisem kwalifikowanym złożonym przez osoby upoważnione do reprezentacji. Taka oferta będzie stanowiła jej oryginał. ■