

## Zamówienia publiczne

# Elektronizacja zamówień: czy oferta złożona w formie skanu jest ważna

*Ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej a następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, powinno się uznać za dokument elektroniczny. Tak wynika z najnowszej opinii Prezesa Urzędu zamówień Publicznych.*

**N**owelizacja Prawa zamówień publicznych mająca na celu zapewnienie zgodności polskich przepisów z unijnymi dyrektywami zamówieniowymi weszła w życie 18 października 2018 r. Co do zasady wszelkie postępowania o wartości powyżej progów UE (z wyłączeniem tych dotyczących zamówień w dziedzinie obronności i bezpieczeństwa) wszczęte od tej daty są prowadzone w całości w formie elektronicznej.

## WAŻNE

Pełna elektronizacja zamówień publicznych miała ruszyć 18 października 2018 r. Jednak z uwagi na opóźnienia w przetargu na Platformę e-Zamówienia dotrzymanie tego terminu nie było możliwe. Ostatecznie więc ustawodawca zdecydował się termin pełnej elektronizacji zamówień publicznych odłożyć w czasie do 1 stycznia 2020 r.

Choć intencją kryjącą się za nowymi przepisami była chęć odformalizowania procesu udzielania zamówień, to jednak ich wdrożenie przysporzyło zarówno zamawiającym, jak i wykonawcom nowych, nieznanych wcześniej wyznań. W szczególności dużo emocji wśród uczestników rynku wzbudza problematyka ofert sporządzonych w formie zeskanowanych dokumentów, podpisanych następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

## Skan oferty – wyłącznie poświadczona kopia oferty papierowej

Bezpośrednią przyczyną do powyższych rozważań stał się wyrok Krajowej Izby Odwoławczej (KIO) z 4 stycznia 2019 r. (sygn. akt KIO 2611/18). W zaistniałym stanie faktycznym formularz oferty został wydrukowany i podpisany odrębnie przez osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, a następnie zeskanowany do pliku PDF. W dalszej kolejności plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez tę samą osobę. Skład orzekający doszedł do wniosku, że oferta wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument przekazany zamawiającemu stanowił wyłącznie kopię oryginalnej oferty uprzednio sporządzonej w formie pisemnej. Podpis elektroniczny umieszczony na dokumencie miał przy tym pełnić jedynie funkcję poświadczenia formularza za zgodność z papierowym oryginałem. Co za tym idzie, w ocenie KIO w ogóle nie doszło do złożenia przez wykonawcę oferty w oryginale.

W analizowanej sprawie KIO oparła się głównie na literalnej interpretacji art. 10a ust. 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (dalej: Pzp). Zgodnie z tym przepisem oferty w postępowaniach powyżej progów UE sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej, co wymaga złożenia kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Jak czytamy w uzasadnieniu wyroku, pojęcie sporządzenia oferty należy utożsamiać z wytworzeniem, powstaniem oświadczenia, co odróżnia je od wyłącznie „złożenia” oferty.

■ ■ ■ | DZP  
współca prawa



MICHAŁ GAJDEK

associate  
w Praktyce  
Infrastruktury  
i Energetyki kancelarii  
Domański Zakrzewski  
Palinka

Za niewystarczające należy więc uznać samo opatrzenie oferty kwalifikowanym podpisem elektronicznym – konieczne jest jej „sporządzenie” (wytworzenie, powstanie) od początku do końca w formie elektronicznej.

### Skan oferty jako jej pełnoprawny oryginał

Zaledwie miesiąc później na wokandzie Krajowej Izby Odwoławczej zawiśła analogiczna sprawa. Ponownie jeden z wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego przedłożył formularz oferty w pierwszej kolejności podpisany przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki, a następnie zeskanowany do pliku PDF i opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

W wyroku z 8 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 119/19) KIO jednak nie dopatrzyła się podstaw do uznania tak sporządzonej oferty za nieważną. Skład orzekający zastosował funkcjonalną wykładnię art. 10a ust. 5 Pzp, polegającą na ustaleniu jego znaczenia na podstawie celu, jaki ma on pełnić. W ocenie KIO intencją ustawodawcy bez wątplenia było zaś uproszczenie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, przy zachowaniu minimum formalizmu.

## WAŻNE

Progi unijne w 2019 roku dla jednostek samorządu terytorialnego wynoszą:

- 221 000 euro (ok. 952 886 zł) w przypadku zamówień na usługi lub dostawy, oraz
- 5 548 000 euro (ok. 23 921 312 zł) dla zamówień, których przedmiotem są roboty budowlane.

Niejako w kontrze do poprzedniego, odmienniego orzeczenia w uzasadnieniu wyroku wprost zauważono, że za zgodność z oryginałem poświadcza się wyłącznie dokumenty, które zostały wprowadzone do obrotu. Oferta wykonawcy została zaś wprowadzona do obrotu dopiero wtedy, gdy z jej treścią zapoznał się zamawiający po dokonaniu czynności otwarcia ofert. Nie sposób więc uznać, że możliwe było jej wcześniejsze poświadczenie za zgodność z oryginałem, który powstał dopiero w momencie złożenia podpisu elektronicznego.

### Niezgodność z ustawą a niezgodność z treścią SIWZ

W przedstawionych powyżej wyrokach Krajowa Izba Odwoławcza analizowała wyłącznie kwestię zgodności złożonej w formie skanu oferty z przepisami Prawa zamówień publicznych, w szcze-

głości z art. 10a ust. 5 Pzp. Choć wydane orzeczenia były zgola odmienne, to wspólny dla nich był następujący element stanu faktycznego: postanowienia obowiązujących w postępowaniach SIWZ ograniczały się w tym zakresie do odesłania do przepisów ustawowych. Stąd też KIO nie poruszyła w analizowanych orzeczeniach problematyki zakresu ewentualnej swobody zamawiających w kształtowaniu reguł dotyczących (nie)ważności ofert składanych w formie skanów. Okazało się nadarzyła się w sprawie zakończony wyrokiem wydanym 23 lutego 2019 r. (sygn. akt KIO 203/19). W analizowanym przez KIO stanie faktycznym w specyfikacji przetargowej przewidziany został wprost zakaz składania skanów dokumentów. Jednocześnie zamawiający udostępnił formularz ofertowy, w którym pozostawił miejsce na pieczęć wykonawcy. Po otwarciu ofert w postępowaniu okazało się, że jeden z oferentów wydrukował dokument, opatrzył go pieczęcią (ale nie podpisem), a następnie zeskanował go do pliku PDF i podpisał kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Tak przygotowana oferta została przez zamawiającego odrzucona, a jako podstawa decyzji został przywołany wyrok KIO zapadły w sprawie o sygnaturze KIO 2611/18.

Krajowa Izba Odwoławcza potwierdziła prawidłowość czynności odrzucenia oferty wykonawcy. Skład orzekający za decydujący aspekt uznał jednak nie cytowane przez zamawiającego orzeczenie, lecz postanowienie specyfikacji wprost zakazujące składania skanów dokumentów. W ocenie KIO, skoro żaden z wykonawców nie zaskarżył skutecznie tego zapisu, to stał się on wiążącą treścią SIWZ, co przesądziło o konieczności odrzucenia niezgodnej z nim oferty. Innymi słowy, skład orzekający potwierdził pewną autonomię zamawiających z tej kwestii.

### Opinia UZP sposobem na zakończenie sporu

Problem niejednolitości orzecznictwa KIO dotyczącego ofert sporządzonych w formie zeskanowanych dokumentów, podpisanych następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie umknął uwadze Urzędu Zamówień Publicznych. Na stronie internetowej UZP w dniu 12 kwietnia 2019 r. zamieszczona została opinia zatytułowana „Dopuszczalność skanu oferty w postępowaniu o zamówienie publiczne” przygotowana we współpracy z Ministerstwem Cyfryzacji oraz Polską Izbą Informatyki i Telekomunikacji. W przedmiotowej opinii Prezes UZP stanął na stanowisku, że ofertę pierwotnie sporządzoną w po-

## WAŻNE

W postępowaniach, wszczętych i niezakończonych przed dniem 1 stycznia 2020 r., komunikacja pomiędzy zamawiającym a wykonawcami odbywa się na następujących zasadach:

- komunikacja między zamawiającym a wykonawcami odbywa się zgodnie z wyborem zamawiającego za pośrednictwem operatora pocztowego, osobiście, za pośrednictwem postańca, faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej;
- wybrany przez zamawiającego sposób przekazywania oświadczeń, wniosków, zawiadomień oraz informacji nie może ograniczać konkurencji;
- jeżeli zamawiający lub wykonawca przekazują oświadczenia, wnioski, zawiadomienia oraz informację za pośrednictwem faksu lub przy użyciu środków komunikacji elektronicznej, każda ze stron na żądanie drugiej strony niezwłocznie potwierdza ich otrzymanie;
- oferty i wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a Pzp, składa się, pod rygorem nieważności, w formie pisemnej albo – za zgodą zamawiającego – w postaci elektronicznej, opatrzone odpowiednio własnoręcznym podpisem albo kwalifikowanym podpisem elektronicznym;
- w przypadku zamówień na roboty budowlane lub konkursów zamawiający może wymagać użycia narzędzi elektronicznego modelowania danych budowlanych lub podobnych narzędzi, jeżeli takie narzędzia są ogólnie dostępne lub zamawiający zapewnia alternatywne środki dostępu do takich narzędzi.

oprac. MC

staci papierowej, a następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, powinno się uznać za dokument elektroniczny. Co więcej, wprost został zanegowany pogląd, zgodnie z którym zeskanowanie oferty pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej, a następnie opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym miałyby jakoby oznaczać potwierdzenie zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Wręcz przeciwnie, w takim przypadku mamy bowiem do czynienia z oryginałem oferty.

## Podsumowanie

W zaledwie kilkumiesięcznej historii postępowania o udzielenie zamówienia publicznego prowadzonych w formie elektronicznej w orzecznictwie Krajowej Izby Odwoławczej zaprezentowane zostały dwa przeciwne poglądy dotyczące problematyki ofert sporządzonych

w formie zeskanowanych dokumentów, podpisanych następnie kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Brak pewności prawa w tym zakresie był tym bardziej dotkliwy biorąc pod uwagę powagę tej kwestii – w przypadku uznania oferty za nieważną nie istniał żaden sposób, który pozwoliłby ją konwalidować, co definitywnie pozbawiłoby wykonawców szansy na udzielenie zamówienia. Pozostaje więc mieć nadzieję, że niedawna opinia Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych, w której jasno wyjaśniono tę problematykę, położy kres rozbieżnościom w orzecznictwie KIO.

©©

### Podstawa prawna

- art. 10a ust. 5 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych (j.t. Dz.U. z 2018 r. poz. 1968; ost. zm. Dz.U. z 2018 r. poz. 2215)