

Dopuszczalność „skanu oferty” w postępowaniu o zamówienie publiczne

Niniejsza opinia uwzględnia stanowiska Ministerstwa Cyfryzacji i Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji uzyskane przez Prezesa Urzędu Zamówień Publicznych.

1. Wprowadzenie

Ustawa z dnia 22 czerwca 2016 r. o zmianie ustawy – Prawo zamówień publicznych oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2016 r., poz. 1020, 1579 i 1920) wprowadziła w Rozdziale 2a Dziale I ustawy z dnia 29 stycznia 2004 r. Prawo zamówień publicznych (Dz. U. z 2018 r. poz. 1986 i 2215 oraz z 2019 r. poz. 53), zwanej dalej: „ustawą Pzp” (art. 10a – art. 10g) obowiązek komunikowania się zamawiającego z wykonawcami przy użyciu środków komunikacji elektronicznej. Obowiązek ten obejmuje w szczególności składanie przez wykonawców ofert w postaci elektronicznej. W myśl 10a ust. 5 ustawy Pzp oferty, wnioski o dopuszczenie do udziału w postępowaniu oraz oświadczenie, o którym mowa w art. 25a, w tym jednolity dokument, sporządza się, pod rygorem nieważności, w postaci elektronicznej i opatruje się kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Rozporządzenie 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 (Dz.U. z 2017 r. poz. 1320), zwane dalej „rozporządzeniem w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej” (1) posługuje się pojęciami dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentów, ponadto (2) w § 5 ust. 2 stanowi, że opatrzenie elektronicznej kopii dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę (...) jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

Na gruncie powyższych regulacji uwidocznił się problem dotyczący dopuszczalności złożenia oferty pierwotnie sporządzonej w postaci papierowej, następnie przekształconej do postaci elektronicznej oraz, po przekształceniu, opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym (tzw. „skan oferty”).

2. Dokument elektroniczny

Pojęcie dokumentu elektronicznego, którym posługuje się rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej nie zostało zdefiniowane w

przepisach ustawy Pzp, dlatego konieczne jest odwołanie się do innych regulacji wyjaśniających znaczenie przedmiotowego pojęcia.

Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) z dnia 23 lipca 2014 r. w sprawie identyfikacji elektronicznej i usług zaufania w odniesieniu do transakcji elektronicznych na rynku wewnętrznym oraz uchylające dyrektywę 1999/93/WE, zwane dalej „eIDAS”, w art. 3 pkt 35 definiuje dokument elektroniczny jako każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne. Rozporządzenie eIDAS nie różnicuje dokumentu ze względu na sposób jego sporządzenia. Upraszczając, każda treść w postaci elektronicznej jest w świetle eIDAS – dokumentem elektronicznym. Tym samym, skan oferty (zawierający treść oferty) mieści się w definicji dokumentu elektronicznego w rozumieniu eIDAS.

Dokument elektroniczny został także zdefiniowany w art. 3 pkt 2 ustawy z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U. z 2017 r. poz. 570 ze zm.), zwanej dalej „ustawą o informatyzacji”, który wskazuje, że dokument elektroniczny to stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Definicja ta ma bezpośrednie zastosowanie w systemie zamówień publicznych, gdyż rozporządzenie w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej wprost do niej odsyła. W § 4 ww. rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej na uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego ustawodawca nałożył obowiązek sporządzania w tym postępowaniu dokumentów elektronicznych w jednym z formatów danych określonych w przepisach wydanych na podstawie art. 18 ustawy o informatyzacji. Oznacza to, że w celu zachowania spójności i uniknięcia rozbieżności interpretacyjnych konieczne jest dokonywanie wykładni pojęcia dokumentu elektronicznego w sposób wskazany w ustawie o informatyzacji, również w systemie zamówień publicznych. Odnosząc powyższe do oferty, stwierdzić należy, że zostanie ona uznana za dokument elektroniczny, w przypadku gdy jej treść stanowić będzie odrębną całość znaczeniową, zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Zaznaczyć należy, iż nie jest istotny sposób w jaki powyższe wymagania zostaną spełnione (tj. czy dokument zostanie wygenerowany wyłącznie w programie komputerowym, czy też będzie odwzorowaniem dokumentu występującego w postaci papierowej). Oznacza to, że ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny. Jak wskazuje Ministerstwo Cyfryzacji, skan oferty pierwotnie wytworzonej w postaci papierowej stanowi bowiem zbiór danych w postaci cyfrowej, który jest jej graficznym odwzorowaniem. Jednocześnie zbiór ten jest uporządkowanym zbiorem w określonej strukturze wewnętrznej,

zgodnej ze standardem zastosowanego formatu jego zapisu. Stanowi on również odrębną całość znaczeniową przedstawiającą w formie graficznej zawarte w nim informacje. Dodać również należy, iż każdy dokument zapisany w formatach takich jak np. PDF, JPG, DOCX odpowiada definicji dokumentu elektronicznego wyrażonej w treści art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji. Jednakże podkreślić wyraźnie należy, iż oferta w formie dokumentu elektronicznego, niezależnie od sposobu wytworzenia tego dokumentu elektronicznego, musi zostać opatrzona pod rygorem nieważności, kwalifikowanym podpisem elektronicznym w sposób umożliwiający zamawiającemu zapoznanie się z jej treścią.

3. Elektroniczna kopia dokumentu a dokument elektroniczny

W pierwszej kolejności należy zaznaczyć, że nie jest prawidłowe przeciwstawianie sobie pojęć: dokumentu elektronicznego i elektronicznej kopii dokumentu. Pierwsze z tych pojęć ma charakter techniczny i zostało zdefiniowane m.in. w ustawie o informatyzacji. Drugie z nich, ma charakter funkcjonalny, i nabiera znaczenia dopiero w ściśle określonym kontekście. Od strony technicznej, elektroniczna kopia dokumentu spełniająca przesłanki określone w art. 3 pkt 2 ustawy o informatyzacji, również stanowi dokument elektroniczny.

Istotą dokumentów elektronicznych jest to, że stanowią one zbiory danych w postaci cyfrowej, które posiadają tę właściwość, iż na skutek ich powielenia powstaje nowy zbiór identycznych danych tożsamy z kopiowanym dokumentem. Inaczej ujmując, skopiowanie pliku powoduje, że powstaje nowy identyczny plik. Natomiast elektroniczna kopia dokumentu papierowego, stanowi graficzne odwzorowanie dokumentu papierowego. Dlatego też mówiąc o elektronicznej kopii dokumentu zasadniczo będzie to oznaczało graficzne odwzorowanie dokumentu pierwotnie sporządzonego w postaci papierowej.

Należy jednak wyraźnie podkreślić, iż nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. Należy bowiem w każdym przypadku brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu. Dla zobrazowania powyższego mogą posłużyć następujące dokumenty elektroniczne: skan referencji posiadanych przez wykonawcę oraz „skan oferty”. Skan referencji, które wykonawca uzyskał w postaci papierowej podpisanej przez podmiot wystawiający referencje, uznać należy za elektroniczną kopię referencji. Opatrzanie tego zeskanowanego pliku kwalifikowanym podpisem elektronicznym oznacza, że wykonawca zaświadcza, że graficzne odwzorowanie referencji (skan) w kopii elektronicznej jest tożsamy z posiadanymi przez niego referencjami w wersji papierowej. Istotna jest także okoliczność, że to nie wykonawca jest wystawcą referencji w postaci papierowej, a zatem dokonując

powielenia elektronicznego i opatrząc to powielenie (skan) podpisem – wykonawca nie kreuje (bo nie może) elektronicznie wystawionej referencji, a jedynie potwierdza podpisem kwalifikowanym zgodność kopii z oryginałem. To o takich sytuacjach faktycznych stanowi, przepis § 5 ust. 2 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej, który nie określa w jakich okolicznościach występuje w obrocie kopia dokumentu elektronicznego. Oznacza on jedynie, że jeżeli dany dokument elektroniczny funkcjonalnie będzie kopią (np.: skanem referencji) to opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem tego dokumentu elektronicznego (tutaj: tej elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia) za zgodność z oryginałem.

Odnosząc powyższe do kwestii oferty należy mieć na względzie okoliczność, że stanowi ona oświadczenie woli. Zgodnie z art. 65 § 1 KC oświadczenie woli należy tak tłumaczyć, jak tego wymagają ze względu na okoliczności, w których złożone zostało, zasady współżycia społecznego oraz ustalone zwyczaje. W perspektywie funkcjonalnej znaczenie będzie miało uwzględnienie kontekstu w jakim dochodzi do złożenia tego oświadczenia. Opatrując dokument elektroniczny kwalifikowanym podpisem elektronicznym, podpisujący wyraża wolę wywołania określonych skutków prawnych to jest złożenia oferty. Zatem w przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty. W takich okolicznościach bez znaczenia będzie uprzednie opatrzenie oferty sporządzonej w postaci papierowej własnoręcznym podpisem.

Z perspektywy „technicznej”, zeskanowanie oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną tworzy dokument elektroniczny, a opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, nie oznacza potwierdzenia przez niego zgodności treści obydwu dokumentów (papierowego i skanu). Tym samym 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 opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym a oferta przekazana zamawiającemu w sposób umożliwiający zapoznanie się z jej treścią (art. 61 § 2 KC).

4. Wnioski

1. Ofertę pierwotnie sporządzoną w postaci papierowej następnie przekształconą do postaci elektronicznej np. poprzez jej zeskanowanie, winno uznać się za dokument elektroniczny.
2. Nie każdy dokument elektroniczny, podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, stanowiący odwzorowanie dokumentu, który pierwotnie został sporządzony w postaci papierowej (np. skan w PDF), będzie uznany za elektroniczną kopię. W każdym przypadku należy brać pod uwagę kontekst wystawienia i złożenia danego oświadczenia lub dokumentu.
3. W przypadku zeskanowania oferty wykonawcy pierwotnie wytworzonej przez niego w postaci papierowej, tj. przekształcenia jej w postać elektroniczną, a następnie opatrzenie powstałego w ten sposób dokumentu elektronicznego kwalifikowanym podpisem elektronicznym wykonawcy, oznacza wolę złożenia oferty, nie zaś kopii oferty.
4. 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 opatrzony kwalifikowanym podpisem elektronicznym.