

STANOWISKO
Polskiej Izby Informatyki i Telekomunikacji [PIIT]
w zakresie uznania za ważną oferty stworzonej i złożonej w postaci skanu papierowego
formularza oferty do pliku podpisanego następnie
kwalifikowanym podpisem elektronicznym

W wyroku z dnia 4 stycznia 2019 r. (KIO 2611/18) Krajowa Izba Odwoławcza (dalej: „KIO” lub **Izba**) uznała, że skan wydrukowanego (papierowego) formularza oferty, podpisany elektronicznie kwalifikowanym podpisem elektronicznym, nie stanowi oryginału oferty, co czyni ją w świetle tego orzeczenia nieważną w rozumieniu przepisów ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: „**ustawa Pzp**”) i podlegającą odrzuceniu. Z treści wyroku wynika, że złożony plik zawierał ostemplowany, podpisany odręcznie przez osobę uprawnioną do reprezentacji spółki wypełniony formularz oferty, następnie zeskanowany do pliku PDF. Plik ten został opatrzony podpisem elektronicznym przez tę samą osobę uprawnioną do reprezentacji wykonawcy, z uwidocznionym znakiem graficznym podpisu elektronicznego. W ocenie Izby, oferta wykonawcy nie została złożona prawidłowo, gdyż dokument zamieszczony na platformie zakupowej stanowi kopię oryginalnej oferty sporządzonej w formie pisemnej, która została poświadczona za zgodność z oryginałem w formie elektronicznej. Oferta w oryginale, w postaci elektronicznej, opatrzonej podpisem elektronicznym nie została przez wykonawcę złożona.

Polska Izba Informatyki i Telekomunikacji (dalej: „**PIIT**”) odnosi się krytycznie do ww. orzeczenia KIO. PIIT popiera inne orzeczenie Izby, tj. wyrok w sprawie o sygnaturze KIO 119/19, z którego wynika, że złożenie oferty w postaci papierowego formularza zeskanowanego do pliku podpisanego kwalifikowanym podpisem elektronicznym nie stanowi podstawy do jej odrzucenia. Zastrzegamy, że nie znamy uzasadnienia do wyroku KIO 119/19, stąd poniższa argumentacja jest w całości wypracowana przez PIIT i nie opiera się o uzasadnienie Izby.

Wskazujemy, że naszym zdaniem sprzeczność pomiędzy wyrokami KIO 2611/18 i KIO 119/19 oraz problemy z właściwą interpretacją przepisów, wynikają przede wszystkim z krótkiej, niewiele ponad dwudziestoletniej historii tworzenia ram prawnych i stosowania dokumentu elektronicznego w przeciwieństwie do ukształtowanej przez wielowiekową praktykę obrotu prawnego opartego na dokumencie papierowym. Przede wszystkim istotne jest rozumienie „dokumentu”, ugruntowane tradycją, jako podpisanego dokumentu papierowego, które trudno wprost odnieść do dokumentu elektronicznego.

W dokumencie papierowym zazwyczaj jest wskazane lub domniemane miejsce, w którym należy ten dokument podpisać przez osobę (osoby), która (które) przyjmuje (które łącznie przyjmują) odpowiedzialność za oświadczenie woli wyrażone treścią dokumentu. Jeżeli przed złożeniem podpisów przez osoby odpowiednio umocowane, treść dodatkowo sprawdza np. radca prawny, to często składa on swój podpis poza wyznaczonym miejscem na „formalne” podpisy. Nikt nie ma wówczas wątpliwości jak interpretować znaczenie złożonych na papierowym dokumencie podpisów własnoręcznych przez poszczególne osoby.

W przypadku dokumentu elektronicznego, pod względem leksykalnym, trudno mówić nawet o złożeniu podpisu „na dokumencie” lub „pod treścią”. Podpis elektroniczny, co do zasady (ale mogą

być wyjątki), obejmuje całą treść niezależnie od tego, gdzie znajduje się wizualizacja tego podpisu lub czy ta wizualizacja w ogóle występuje. Może powstać trudność z ustaleniem w jakim charakterze i z jaką intencją został złożony podpis, jeżeli w momencie jego składania nie została dodana odpowiednia adnotacja (atrybut). Dodanie takiej informacji, mimo że możliwe pod względem technicznym, nie jest wymagane żadnym ogólnie obowiązującym przepisem.

Jeżeli dokument papierowy jest wielostronicowy, to dla zapewnienia integralności parafowane są zazwyczaj wszystkie strony a dodatkowo dokument jest podpisany na końcu w miejscu do tego przeznaczonym. Jeżeli z kolei mamy do czynienia z pakietem (paczką) dokumentów papierowych to utrwaliła się praktyka, że podpisany (a nie tylko parafowany) jest każdy z tych dokumentów z osobna we wskazanych miejscach przez upoważnione osoby.

W przypadku postaci elektronicznej wszystkie składane dokumenty mogą być scalone przykładowo do jednego dokumentu PDF¹, który podpisują osoby upoważnione do wyrażania woli w imieniu podmiotu, który składa te dokumenty. Podpis – w jednym z możliwych wariantów - może być też złożony na pliku skompresowanym zawierającym wewnątrz szereg dokumentów obejmując tym samym je wszystkie.

Dokument papierowy może być sporządzony w ściśle określonej liczbie egzemplarzach, ograniczając w ten sposób liczbę istniejących oryginałów. „Powielanie” takiego oryginalnego dokumentu może nastąpić tylko w postaci potwierdzonej (lub nie) kopii, która oczywiście nie stanowi oryginału. Podpisany elektronicznie dokument może być dowolnie „powielany” tworząc kolejne egzemplarze stanowiące de facto oryginały tego dokumentu.

Interpretacja przepisów w każdym przypadku powinna brać pod uwagę cel, który przyświecał ustawodawcy krajowemu oraz kontekst międzynarodowy stosowania prawa krajowego, które nie może być sprzeczne z nadrzędnym prawem UE. W przypadku wątpliwości, to prawo UE powinno być rozstrzygające. Ten aspekt jest szczególnie istotny w elektronicznym postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, o które mogą ubiegać się wykonawcy z różnych państw członkowskich. W tym kontekście dyrektywy zdecydowanie wskazują na to, że ich celem jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego, a nie tworzenie kolejnych utrudnień, tym bardziej o charakterze proceduralnym i formalnym.

Biorąc powyższe pod uwagę wskazujemy jak poniżej.

1. Zgodnie z ustawą z dnia 17 lutego 2005 r. o informatyzacji działalności podmiotów realizujących zadania publiczne (Dz.U.2017.570 t.j. z późn. zm.) art. 3 pkt. 2) (zwana dalej: „**ustawą o informatyzacji**”) **dokument elektroniczny** zdefiniowano jako:

„stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych”.

W celu ustalenia ważności oferty w świetle przepisów ustawy Pzp, kluczowe jest ustalenie, kiedy mamy do czynienia z dokumentem elektronicznym. Zgodnie z przytoczoną definicją musi to być stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej. **Odwołując się do ww. definicji z ustawy o informatyzacji należy**

¹ Warto przy tym zaznaczyć, że przyjęcie formatu PDF jest jedną z możliwości, format może być oczywiście inny np. DOCX, wielostronicowy TIF, pptx. W niniejszym stanowisku przyjęto PDF, jako przykład.

uznać, że skan papierowego formularza oferty do pliku, który zostaje następnie podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym spełnia wymagania definicji. Wyjaśniamy, że każdy dokument zapisany w formatach takich jak PDF, JPG, DOCX stanowi jako zbiór danych odrębną całość znaczeniową w określonej strukturze wewnętrznej i musi być zapisany na nośniku danych, aby można go było odczytać. Dzięki uporządkowaniu struktury wewnętrznej komputery są w stanie zinterpretować obraz, dźwięk, zapisy tekstowe. **W szczególności skan posiada strukturę wewnętrzną pozwalającą na interpretację odpowiednich bitów zapisu jako obrazu zeskanowanego dokumentu. Innymi słowy, z technicznego i prawnego punktu widzenia, skan formularza oferty podpisany elektronicznie przyjmuje postać elektroniczną w rozumieniu art. 10a ust. 5 ustawy Pzp i jest dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji.**

2. Warto wskazać, że Rozporządzenie Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 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 uchylające dyrektywę 1999/93/WE (zwane dalej: „eIDAS”) w art. 3 pkt. 35 również zawiera definicję dokumentu elektronicznego:

„dokument elektroniczny” oznacza każdą treść przechowywaną w postaci elektronicznej, w szczególności tekst lub nagranie dźwiękowe, wizualne lub audiowizualne”

Wymaga stwierdzenia, że definicja z eIDAS nie jest sprzeczna z definicją z ustawy o informatyzacji. Definicja eIDAS jest wręcz bardziej otwarta, gdyż odnosi się do „każdej treści przechowywanej w postaci elektronicznej”.

3. Ustawa o informatyzacji zawiera ponadto jeszcze dwie istotne definicje biorąc pod uwagę analizowane zagadnienie:

„wzór dokumentu elektronicznego (art. 3 pkt. 24) – zbiór danych określających zestaw, sposób oznaczania oraz wymagalność elementów treści i metadanych dokumentu elektronicznego, a także mogących określać sposób zapisu danych dla wskazanych elementów oraz kolejność i sposób wyświetlania na ekranie lub drukowania poszczególnych elementów (wizualizacji)”;

„formularz elektroniczny – oprogramowanie służące do przygotowania i wygenerowania dokumentu elektronicznego zgodnego z odpowiadającym mu wzorem dokumentu elektronicznego, mogące stanowić część usługi udostępnionej na ePUAP lub w innym systemie teleinformatycznym;”

Wyjaśniamy, że dla dokumentu elektronicznego zgodnie z ustawą o informatyzacji, można ustanowić wzory. W przypadku, gdy dla dokumentu zostanie określony wzór, stanowi on dokładny opis struktury wewnętrznej dokumentu elektronicznego. W takiej sytuacji, aby dokument mógł być uznany za elektroniczny zgodny ze wzorem, musi dokładnie odzwierciedlać strukturę wzoru. W przypadku jednak braku takiego ustawowego wzoru, struktura wewnętrzna dokumentu elektronicznego ma postać przyjętą dla danego formatu dokumentu obrazu, dźwięku, tekstu lub inną. Wskazujemy, że przepisy ustawy Pzp ani aktów wykonawczych nie zawierają ustalonych wzorów dla formularzy oferty. Co więcej, wieloletnia linia orzecznicza KIO wskazuje, że wykonawcy nie można narzucić wzoru formularza pod

rygorem nieważności. Wykonawca zawsze może złożyć ofertę na własnym formularzu pod warunkiem, że będzie ona zawierała wszystkie wymagane przez siwz i przepisy prawa informacje. **Zatem tak długo jak złożona oferta spełni definicję dokumentu elektronicznego powinna być uznana za ważną, również wówczas, gdy ma postać skanu tj., gdy oryginalna postać elektroniczna powstała poprzez zeskanowanie dokumentu papierowego i jego elektroniczne podpisanie.**

4. Należy dalej wskazać, że dokument w postaci pliku PDF można utworzyć w różny sposób, a jednym z nich jest tzw. drukowanie do PDF. Ten proces może być realizowany w sposób, gdzie w PDF są tworzone zapisy reprezentujące tekst lub może być oparty o wykonanie obrazowania. W zależności od przyjętego interfejsu obrazowania może być ono wykrywalne lub nie. Innymi słowy, nie zawsze jest możliwe ustalenie, czy w wykonaniu tego obrazowania (w procesie tworzenia dokumentu) był wykorzystany wcześniej papierowy nośnik (skanowanie) czy było to realizowane od razu w systemie komputerowym. W szczególności obrazowanie pozwala na dodawanie dodatkowych znaków, w tym także naniesienie faksymile podpisu lub obrazu pieczęci (udających pieczęcie tradycyjne). **W związku z tym nie należy rozróżniać i inaczej traktować dokumentów takich, w których wykorzystano tylko system komputerowy do utworzenia ostatecznego dokumentu, czy też korzystano z technik pośrednich - drukowanie lub faksowanie, gdyż zamawiający nie zawsze będą w stanie dokonać takiego rozróżnienia.** Innymi słowy, przyjęcie założeń z wyroku KIO 2611/18 spowoduje, że **odrzucone będą tylko oferty, z których wyraźnie będzie wynikało, że powstały ze skanu dokumentu papierowego (np. z uwagi na zeskanowanie ręcznego podpisu), a pozostaną ważne oferty, które powstały w dokładnie taki sam sposób, z tą różnicą, że nie można tego stwierdzić.** Podkreślamy, że rozróżnienie może być realizowane w zakresie czytelności, natomiast wszystkie wymagania dotyczące sposobu utworzenia tego PDF mogą pozostawać zapisami ostatecznie nieweryfikowalnymi.

5. W przypadku przepisów Pzp w kontekście analizowanego zagadnienia, należy zwrócić uwagę na zapisy art. 10a ust. 5 ustawy Pzp, § 5 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 (Dz.U.2017.1320) oraz § 14 Rozporządzenia Ministra Rozwoju z dnia 26 lipca 2016 r. w sprawie rodzajów dokumentów, jakich może żądać zamawiający od wykonawcy w postępowaniu o udzielenie zamówienia (Dz.U.2016.1126) oraz przepisy Kodeksu Cywilnego.

Zgodnie z art. 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**”.*

Zgodnie z art. 78 (1) Kodeksu Cywilnego:

*„§ 1. Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej **wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym.** §2. Oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”.*

Przypominamy, że w świetle ustawy o informatyzacji dokument elektroniczny zdefiniowano jako stanowiący odrębną całość znaczeniową zbiór danych uporządkowanych w określonej strukturze wewnętrznej i zapisany na informatycznym nośniku danych. Definicję tę spełnia – jak już wykazano – również dokument PDF powstały poprzez zeskanowanie dokumentu papierowego do pliku (wytworzenie dokumentu elektronicznego) i jego podpisanie elektroniczne. Zatem również oferta (w rozumieniu art. 10a ust. 5 Pzp) sporządzona w ten sposób będzie dokumentem „sporządzonym” w postaci elektronicznej, gdyż istotny jest efekt końcowy tj. zaistnienie dokumentu elektronicznego w postaci pliku prawidłowo podpisanego elektronicznie, który następnie zostaje złożony jako oferta. **Nie ma żadnego znaczenia, czy dokument powstawał jako skan dokumentu papierowego czy od razu na komputerze. Efektem jest sporządzenie (i złożenie) dokumentu elektronicznego w rozumieniu ustawy o informatyzacji.**

Znajduje to potwierdzenie w art. 78 (1) KC, który w § 1 wskazuje „Do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarcza złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym”. Inaczej mówiąc, w świetle przepisów **każde oświadczenie woli złożone w postaci elektronicznej jest jednocześnie dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji oraz rozporządzenia eIDAS**. Oczywiście nie każdy dokument elektroniczny podpisany przez konkretnego wykonawcę będzie oświadczeniem woli tego wykonawcy (np. referencje) ale nie ma to znaczenia dla oceny głównego analizowanego problemu.

6. W treści § 5 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 ustawodawca wskazał:
 1. Jeżeli oryginał dokumentu lub oświadczenia, o których mowa w art. 25 ust. 1 ustawy, lub inne dokumenty lub oświadczenia składane w postępowaniu o udzielenie zamówienia, nie zostały sporządzone w postaci dokumentu elektronicznego, wykonawca może sporządzić i przekazać elektroniczną kopię posiadanego dokumentu lub oświadczenia.
 2. W przypadku przekazywania przez wykonawcę elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia, opatrzenie jej kwalifikowanym podpisem elektronicznym przez wykonawcę albo odpowiednio przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca na zasadach określonych w art. 22a ustawy, albo przez podwykonawcę jest równoznaczne z poświadczeniem elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia za zgodność z oryginałem.

W naszej ocenie przepis rozporządzenia jest spójny z ustawą Pzp (oraz aktami wykonawczymi do niej) jak i z przepisami Kodeksu Cywilnego. Wynika z niego, że jeżeli dokument nie powstał w postaci elektronicznej, tj. w pewnym momencie czasu istnieje tylko na papierze, wykonawca może sporządzić i przekazać jego elektroniczną kopię poprzez zeskanowanie do pliku i podpisanie elektronicznie². Co więcej, zgodnie z ust. 2 samo opatrzenie kopii kwalifikowanym

² Będzie to bez wątpienia poświadczona kopia dokumentu papierowego.

podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem za zgodność z oryginałem. **Nie jest zatem potrzebne dokonywanie odrębnych adnotacji typu „potwierdzam za zgodność z oryginałem”.**

W celu ustalenia czy dokument elektroniczny składany jest w oryginale czy też w kopii poświadczonej za zgodność z oryginałem konieczne jest wzięcie pod uwagę kontekstu wystawienia i złożenia danego dokumentu. Dokument elektroniczny różni się bowiem od tradycyjnego i nie zawsze można go oceniać w tych samych kategoriach co papierowy. **W świecie elektronicznym nie występuje rozróżnienie pomiędzy oryginałem i kopią. Dokument elektroniczny ma dowolną liczbę oryginałów. Można zatem wskazać, że elektronicznie podpisany skan podpisanego własnoręcznie dokumentu papierowego stanowi jednocześnie potwierdzoną za zgodność kopię elektroniczną dokumentu papierowego i jednocześnie elektroniczny oryginał spełniający definicję dokumentu elektronicznego, o tej samej treści.**

W naszej ocenie, w odniesieniu do dokumentów elektronicznych - należy zatem zastosować prostą zasadę, zgodnie z którą, jeżeli w treści dokumentu nie określono wprost w jakim charakterze jest on podpisany elektronicznie (np. stwierdzenie wprost, że jest to kopia poświadczona za zgodność z oryginałem³) to konieczne jest przyjęcie, że **w przypadku dokumentów własnych (wykonawcy) prawidłowe podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym zawsze powoduje, iż mamy do czynienia z oryginałem.** W naszej ocenie nie ma przy tym znaczenia, czy osoba podpisana ręcznie (której skan ręcznego podpisu widnieje na dokumencie) jest tą samą osobą, która podpisuje się elektronicznie. Istotne jest jedynie, czy podpis elektroniczny jest prawidłowy z punktu widzenia zasad reprezentacji tego podmiotu. **W ten sposób powstaje bowiem „nowy” oryginał, tym razem w postaci elektronicznej.** Podpisy złożone ręcznie na dokumencie papierowym (później zeskanowanym i stworzonym niejako od nowa jako elektroniczny o tej samej treści) nie mają żadnego znaczenia dla prawidłowości zachowania kwalifikowanego podpisu elektronicznego. Podkreślamy, że podobnie jak podpisy złożone na papierze, dokument elektroniczny również umożliwia złożenie wielu podpisów elektronicznych, różnych osób, nie tylko takich które mogą stanowić reprezentację podmiotu. Dla przykładu pod dokumentem może być 5 podpisów, przy czym tylko dwa z nich stanowią reprezentację spółki. Taki dokument powinien być uznawany, jako podpisany zgodnie z reprezentacją o ile wśród złożonych podpisów znajdują się takie, które są złożone zgodnie z KRS lub udzielonym pełnomocnictwem. Tym bardziej „pozostałości” na skanie dokumentu w postaci podpisów ręcznych nie mają żadnego znaczenia dla oceny prawidłowości podpisów elektronicznych. Jeżeli podpisy elektroniczne zostały złożone prawidłowo, zgodnie z umocowaniem wynikającym z KRS lub pełnomocnictwem, to taki dokument należy uznać za dokument elektroniczny złożony w oryginale.

Podobnie, zgodnie z ww. zasadą, **w przypadku dokumentów pochodzących od podmiotów trzecich (nie będących oświadczeniem woli składającego je wykonawcy), jeżeli nie określono wprost w jakim celu dokument jest podpisywany w jego treści, to celem tym, jako**

³ Podpis elektroniczny ma również taką funkcjonalność pozwalającą na wskazanie celu w jakim dokument jest podpisany.

domyślnym, jest poświadczenie dokumentu za zgodność z oryginałem na mocy § 5 ust. 2 rozporządzenia. W takim przypadku dokument jest zatem domyślnie składany w poświadczonej kopii.

Należy zatem przyjąć założenie, że składając podpis elektroniczny (w szczególności kwalifikowany podpis elektroniczny) składający działa racjonalnie, tzn. podpisując dokumenty własne realizuje uprawnienia wynikające z udzielonych mu pełnomocnictw (tworząc oryginały), natomiast podpisując dokumenty cudze potwierdza co najwyżej ich autentyczność (zgodność z oryginałem).

Powyższe pozostaje też zgodne z treścią § 14 ust. 2 i 3 rozporządzenia w sprawie rodzajów dokumentów.

7. Uważamy za istotne odrębne odniesienie się do zagadnienia złożenia „paczki” dokumentów elektronicznych (ZIP, „spakowane”) i przedstawienie postulatu w sprawie sposobu interpretacji § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. W naszej ocenie, w świetle przedstawionej wyżej argumentacji, „zipowanie” w jednym skompresowanym pliku dokumentów/oświadczeń własnych (np. oferta, JEDZ) oraz cudzych (np. referencje) i opatrzenie „paczki” jednym podpisem kwalifikowanym powinno również być uznane za prawidłowe, z logiką następującą – w odniesieniu do dokumentów własnych wykonawcy celem złożenia podpisu będzie ich podpisanie, czyli złożenie oświadczenia woli w wymaganej, elektronicznej formie w oryginale, a w odniesieniu do „cudzych” dokumentów celem tego podpisu będzie, zgodnie z rozporządzeniem, poświadczenie ich za zgodność z oryginałem. Co prawda rozporządzenie w § 5 ust. 2 stanowi o przekazywaniu przez wykonawcę „elektronicznej kopii dokumentu lub oświadczenia” nic nie wspominając o oryginale, jednakże w naszej ocenie przyjęcie przedstawionej koncepcji nie jest z tym przepisem sprzeczne a stanowi jego uprawnioną interpretację. Zgodnie z możliwościami technicznymi i przyjętą powszechnie praktyką, podpisy elektroniczne stosuje się zarówno do pojedynczych dokumentów elektronicznych jak i skompresowanych paczek dokumentów elektronicznych. We wszystkich tych przypadkach, zgodnie z definicją podpisu elektronicznego z eIDAS podpisy wywołują takie same skutki prawne. **Złożenie podpisu pod paczką jak i pod każdym dokumentem z osobna daje ten sam efekt.** Podpis elektroniczny dotyczy bowiem danych jako takich, a nie plików/dokumentów. Innymi słowy niezależnie od tego, czy dojdzie do podpisania pojedynczych plików każdego z osobna, czy wszystkich łącznie poprzez podpisanie pliku skompresowanego, należy uznać, że podpis złożony pod zestawem plików (w tym ZIP) obejmuje całość zawartych w nim danych.

Podkreślamy, że w przypadku dokumentu JEDZ powyższe znajduje potwierdzenie wprost w treści Rozporządzenia Wykonawczego Komisji (UE) 2016/7 z dnia 5 stycznia 2016 r. ustanawiającego standardowy formularz jednolitego europejskiego dokumentu zamówienia, gdzie ustawodawca wspólnotowy wskazał: *„Co się tyczy podpisu(-ów) na jednolitym europejskim dokumencie zamówienia, należy zauważyć, że **podpis na tym dokumencie może nie być konieczny, jeżeli dokument ten jest przesyłany jako część zestawu dokumentów, których autentyczność i integralność jest zapewniona dzięki wymaganemu(-ym) podpisowi(-om) na środkach przekazu.**”*

Podsumowując, w przypadku skompresowanego w pliku ZIP pakietu dokumentów własnych składając podpis zawsze tworzymy oryginał, w przypadku cudzych domyślnie tworzymy kopię poświadczoną za zgodność z oryginałem. Nie ma znaczenia czy dokumenty te są skompresowane razem czy osobno. Naszym zdaniem przepis rozporządzenia nie jest z tym rozumowaniem sprzeczny.

Warto przy tym zaznaczyć, że niektóre dokumenty np. JEDZ podmiotu trzeciego albo konsorcjanta muszą być podpisane przez wystawcę. Zatem umieszczenie go w paczce dokumentów ZIP (własnych i cudzych) i podpisanie elektroniczne może powodować wrażenie, że jest on niejako podpisany po raz drugi, tym razem przez wykonawcę składającego ofertę. W naszej ocenie nie ma to znaczenia, gdyż jak już wskazaliśmy wcześniej, istotne jest, czy uprawniony do reprezentacji podmiotu trzeciego podpisał prawidłowo dokument kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Zgodnie z zasadą z § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego ten „dodatkowy” podpis na pliku ZIP nie będzie brany pod uwagę w odniesieniu do plików wcześniej elektronicznie podpisanych przez wystawców – oryginalnych. Wykonawca składający ofertę tylko „wkłada” je do paczki. Przepis § 5 ust. 3 stanowi, że w przypadku przekazywania dokumentu elektronicznego skompresowanego, opatrzenie pliku zawierającego skompresowane dane kwalifikowanym podpisem elektronicznym jest równoznaczne z poświadczeniem przez wykonawcę za zgodność z oryginałem wszystkich elektronicznych kopii dokumentów zawartych w tym pliku, z wyjątkiem kopii poświadczonych odpowiednio przez innego wykonawcę ubiegającego się wspólnie z nim o udzielenie zamówienia, przez podmiot, na którego zdolnościach lub sytuacji polega wykonawca, albo przez podwykonawcę. Analogicznie, w przypadku dokumentów już wcześniej podpisanych przez wystawców (np. konsorcjanta czy podmiot udostępniający zasoby) uznawany będzie podpis wystawcy.

Proponujemy zatem stosować przyjazną wykonawcom wykładnię § 5 ust. 3 rozporządzenia w sprawie użycia środków komunikacji elektronicznej w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, tj. w przypadku złożenia oferty w pliku ZIP, na potrzeby konkretnego postępowania o udzielenie zamówienia rekomendujemy uznawanie takiej oferty za ważną i prawidłowo podpisaną.

8. Na koniec warto podkreślić, że celem dyrektyw wspólnotowych jest odformalizowanie postępowań o udzielenie zamówienia publicznego. Dyrektywa klasyczna w art. 22 ii stanowi *„jeżeli oferta jest podpisywana z wykorzystaniem kwalifikowanego certyfikatu, który jest umieszczony na zaufanej liście, instytucje zamawiające nie mogą stosować dodatkowych wymogów mogących utrudnić oferentom korzystanie z tych podpisów”*. W tym kontekście przedstawiony przez PIIT sposób interpretacji przepisów jest zgodny z dyrektywą. Przyjęcie argumentacji z wyroku KIO 2611/18 daje naszym zdaniem efekt odwrotny, tworząc w sposób nieuzasadniony postawę do odrzucania ofert z powodu rzekomego niedotrzymania postaci elektronicznej, w sytuacji, gdy de facto oferty te są złożone prawidłowo.

Należy zatem krytycznie oceniać stwierdzenia Izby z wyroku KIO 2611/18. Izba wskazała tam między innymi: „Elektroniczną kopią dokumentu jest zatem dokument, którego oryginał istnieje w formie pisemnej, zaś jego kopia została zapisana na informatycznym nośniku danych np. w formie skanu”; oraz „Kodeks cywilny wyraźnie rozróżnia wymogi formalne w zakresie

oferty w formie tradycyjnej - pisemnej od oferty sporządzonej w formie elektronicznej. Wskazać przy tym należy, iż Ustawodawca nie przewidział dodatkowej możliwości scalania tych dwóch, odrębnych form w kolejny byt prawny, uznając go tym samym za niedopuszczalny.

Stanowisko z orzeczenia KIO 2611/18 nie jest słuszne, gdyż jak wykazaliśmy, dokument stworzony w ten sposób, że zeskanowany zostaje dokument papierowy i następnie tak powstały plik zostaje podpisany kwalifikowanym podpisem elektronicznym, powoduje, że dokument ten jest oryginałem - dokumentem elektronicznym w rozumieniu ustawy o informatyzacji i rozporządzenia eIDAS. Nie mamy tu do czynienia z kopią czy tym bardziej „odrębną formą”, „kolejnym bytem prawnym”. Bez znaczenia przy tym jest czy dokument papierowy został uprzednio, czy też nie, opatrzony własnoręcznym podpisem. W obu przypadkach następcze jego podpisanie kwalifikowanym podpisem elektronicznym wypełniać będzie wymogi formy elektronicznej w rozumieniu przepisu art. 78 KC. Z tego względu w taki sposób podpisane oferty w postępowaniach o udzielenie zamówienia publicznego powinny być uznane za ważne.