

# Uwagi o formie umowy w sprawie zamówienia publicznego w czasie stanu epidemii Covid-19 na tle odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych

## 1. Uwagi ogólne

Polski system prawa przewiduje odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w szeregu przypadków związanych z gromadzeniem i wydatkowaniem środków publicznych. Poszczególne rodzaje czynów stanowiących naruszenia dyscypliny finansów publicznych (nazywanych też niekiedy skrótowo „deliktami finansowymi”) przewidziane są w art. 5–18c ustawy z 17.12.2004 r. o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych<sup>2</sup>. Dotyczy to także niektórych nieprawidłowości przy udzielaniu i wykonywaniu zamówień publicznych – naruszenia z tym związane określone są w art. 17 DyscypFinPubU.

Biorąc pod uwagę tematykę niniejszego opracowania, szczególne znaczenie ma art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU, zgodnie z którym naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego lub umowy ramowej bez zachowania formy określonej przepisami o zamówieniach publicznych. Należy zatem stwierdzić, że ustawodawca uznał, iż nieprzestrzeganie wymagań co do formy umowy charakteryzuje się wysokim stopniem szkodliwości dla ładu finansów publicznych, uzasadniającym penalizację takiego czynu właśnie jako deliktu finansowego.

Naruszenia dyscypliny finansów publicznych związane z zamówieniami publicznymi mogą być popełnione także w czasie obowiązywania w Polsce stanu epidemii<sup>3</sup>. Pamiętać

<sup>1</sup> Nr ORCID: 0000-0001-7904-7677.

<sup>2</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 289 ze zm.; dalej jako: DyscypFinPubU.

<sup>3</sup> W dalszej części artykułu stosowany będzie termin „epidemia”, choć – w ślad za terminologią WHO – używa się też określenia „pandemia”. Polskie ustawodawstwo przyjmuje jednak zasadniczo to pierwsze określenie. Ponadto należy zastrzec, że dla potrzeb niniejszego artykułu nie będziemy odrębnie wyróżniać stanu zagrożenia epide-

jednak należy, że w odniesieniu do wielu aspektów życia społecznego i gospodarczego ustawodawstwo szczególne z tego okresu wyłączyło stosowanie przepisów o zamówieniach publicznych. Konsekwencją tych regulacji jest ograniczenie zakresu odpowiedzialności za tego rodzaju naruszenia. Jeżeli bowiem nie stosuje się w takich przypadkach przepisów o zamówieniach publicznych, to nie można mówić o naruszeniach dyscypliny związanych właśnie z zamówieniami publicznymi<sup>4</sup>.

W prawie zamówień publicznych obowiązuje rozwiązanie, że umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga zachowania formy szczególnej, tj. formy pisemnej. Wynika to z art. 432 ustawy z 11.9.2019 r. – Prawo zamówień publicznych<sup>5</sup>, w świetle którego umowa w sprawie zamówienia publicznego wymaga, pod rygorem nieważności, zachowania formy pisemnej, chyba że przepisy odrębne wymagają surowszej formy szczególnej. Przypadki zastrzeżenia innej formy szczególnej niż pisemna są stosunkowo rzadkie. Jako przykład podać można obowiązek zastosowania formy pisemnej z podpisami notarialnie poświadczonymi dla zbycia przedsiębiorstwa (art. 75<sup>1</sup> § 1 KC) albo zbycia udziału w spółce z ograniczoną odpowiedzialnością (art. 180 § 1 KSH)<sup>6</sup>.

Jak wynika z treści art. 432 PZP, mamy w tym przypadku do czynienia z formą zastrzeżoną pod rygorem nieważności (*ad solemnitatem*). Analogiczne rozwiązanie było przewidziane w poprzednio obowiązującej ustawie<sup>7</sup>.

Rozwiązanie przyjęte przez ustawodawcę w odniesieniu do formy umowy w sprawie zamówienia publicznego stanowi istotny wyjątek od zasady swobody formy wyrażonej w art. 60 KC. W literaturze podkreśla się, że: „Ograniczenie swobody wyboru formy ma w odniesieniu do umów w sprawach zamówień publicznych wymiar powszechny. Każda umowa w sprawie zamówienia publicznego, chociażby nie przewidywała tego przepisy regulujące dany typ umowy, musi pod rygorem nieważności zostać zawarta z zachowaniem formy pisemnej”<sup>8</sup>. Oczywiście nie dotyczy to wspomnianych wyżej wyjątkowych przypadków, w których przewidziany jest obowiązek zachowania innej formy szczególnej niż określona w art. 432 PZP.

Oprócz formy pisemnej umowa w sprawie zamówienia publicznego może być zawarta także w formie elektronicznej, co w szczególności dotyczy stanu epidemii, o czym będzie mowa w poniższych rozważaniach.

---

micznego. W zasadniczych kwestiach rozwiązania, które będą przedmiotem dalszych wywodów, dotyczą zarówno stanu epidemii, jak i stanu zagrożenia epidemicznego. Co do kwestii terminologicznych związanych z epidemią/pandemią zob. *W. Robaczyński*, *Dyscyplina finansów publicznych a stan epidemii*, *Kontrola Państwowa* Nr 5/2021, s. 18–19.

<sup>4</sup> W zakresie wyłączeń obowiązku stosowania przepisów o zamówieniach publicznych w czasie obowiązywania stanu epidemii zob. przykładowo *I. Sobieraj*, *Zamówienia publiczne a COVID-19. Analiza zmian*, *Przegląd Prawa Publicznego* Nr 10/2021, s. 75–76; *W. Robaczyński*, *op.cit.*, s. 23–26.

<sup>5</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1129 ze zm.; dalej jako: PZP.

<sup>6</sup> *Por. R. Szostak* [w:] *J. Sadowy* (red.), *System zamówień publicznych w Polsce*, Warszawa 2013, s. 313.

<sup>7</sup> *Por. art. 139 ust. 2 ustawy z 29.1.2004 r. – Prawo zamówień publicznych* (t. jedn.: Dz.U. z 2019 r. poz. 1843 ze zm.).

<sup>8</sup> *J. Jerzykowski* [w:] *W. Dzierżanowski, J. Jerzykowski, M. Stachowiak*, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wyd. VII, Warszawa 2018 (objaśnienia do art. 139, pkt 2).

## 2. Cywilnoprawne skutki niezachowania wymaganej formy umowy

Zauważmy, że regulacja ustawowa prawa zamówień publicznych jest konsekwencją ogólnych zasad wyrażonych w art. 73 § 1 i art. 74 § 1 zd. 1 KC, z których wynika, że jeżeli ustawa zastrzega dla czynności prawnej m.in. formę pisemną, dokumentową albo elektroniczną, czynność dokonana bez zachowania zastrzeżonej formy jest nieważna tylko wtedy, gdy ustawa przewiduje rygor nieważności, zaś niezachowanie formy pisemnej nie pociąga za sobą nieważności czynności prawnej, lecz powoduje wskazane w tym przepisie ograniczenia dowodowe (zastrzeżenie formy dla celów dowodowych – *ad probationem*). Gdyby zatem w art. 432 PZP nie byłoby wskazanej wprost sankcji nieważności, umowa – przy wszystkich ewentualnych ograniczeniach dowodowych – pozostawałaby ważna.

Należy też zaznaczyć, że sankcja przewidziana w art. 432 PZP polega na bezwzględnej nieważności umowy, tj. występuje z mocy samego prawa od chwili dokonania tej czynności. Przypadek ten odróżnić trzeba od niektórych innych sytuacji, w których możliwe jest unieważnienie umowy. Nie mamy tu bowiem do czynienia z rozwiązaniem przyjętym w art. 459 ust. 1 pkt 2 PZP, tzn. że Prezes Urzędu Zamówień Publicznych może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy, o której mowa w art. 457 ust. 1 PZP, przy czym uprawnienie to wygasa z upływem 4 lat od dnia zawarcia umowy (art. 457 ust. 2 PZP). Skoro następuje bezwzględna nieważność z mocy prawa, to nie ma podstaw do żądania unieważnienia umowy, natomiast pojawia się pole do żądania stwierdzenia (deklaratywnego), że umowa jest nieważna – na podstawie art. 189 KPC<sup>9</sup>. Tymczasem zgodnie z art. 457 ust. 4 PZP z przyczyn, o których mowa w art. 457 ust. 1 oraz art. 458 PZP, nie można żądać stwierdzenia nieważności umowy na podstawie art. 189 KPC. *A contrario* – z przyczyn określonych w art. 432 PZP (brak wymaganej formy) można żądać stwierdzenia nieważności umowy na tej właśnie kodeksowej podstawie.

Nieważność bezwzględna pociąga za sobą wszystkie konsekwencje nieważnej umowy – w szczególności nie można żądać wynagrodzenia za spełnienie świadczenia. W razie wykonania nieważnej umowy w całości lub części pojawi się za to roszczenie z tytułu bezpodstawnego wzbogacenia. Zgodzić się należy z poglądem, że „(...) dopuszczalne jest stosowanie przepisów o bezpodstawnym wzbogaceniu do umowy zawartej w trybie zamówienia publicznego, która z braku właściwej formy okazała się nieważna i nie może być podstawą dochodzenia wynagrodzenia. Podstawę taką stanowi art. 410 § 1 KC w zw. z art. 405 KC, ponieważ świadczenie zrealizowane w wykonaniu nieważnej umowy należy kwalifikować jako świadczenie nienależne. Strona, która skorzystała z efektów prac

<sup>9</sup> Zgodnie z art. 189 KPC powód może żądać ustalenia przez sąd istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa, gdy ma w tym interes prawny, przy czym w świetle art. 189<sup>1</sup> KPC uprawnienie, o którym mowa w art. 189, przysługuje również, w toku prowadzonego postępowania, organowi podatkowemu, jeżeli ustalenie istnienia lub nieistnienia stosunku prawnego lub prawa jest niezbędne dla oceny skutków podatkowych.

wykonanych na podstawie nieważnej umowy, jest bowiem bezpodstawnie wzbogacona<sup>10</sup>. Pogląd ten jest zbieżny ze stanowiskiem orzecznictwa<sup>11</sup>.

Jak już wyżej zaznaczono, w przypadku niezachowania wymogów co do formy nie ma podstaw – w odróżnieniu od unieważnienia umowy na podstawie art. 459 ust. 1 PZP – do wydania konstytutywnego orzeczenia sądu orzekającego o nieważności. Konsekwencją zastosowania sankcji nieważności bezwzględnej jest bowiem to, że w razie sporu ewentualne orzeczenie sądu może mieć charakter wyłącznie deklaracyjny. Uzyskanie takiego orzeczenia nie jest jednak niezbędne dla wyciągnięcia konsekwencji na gruncie prawa finansów publicznych. Organ orzekający w sprawach o naruszenie dyscypliny finansów publicznych dokonuje bowiem samodzielnych ustaleń w przedmiocie naruszenia art. 432 PZP. W ten sposób nieprzestrzeganie ustawowych wymagań w zakresie formy umowy może być autonomicznie stwierdzone przez organ orzekający jako podstawa odpowiedzialności za delikt finansowy. Dodać wypada, że – jak będzie jeszcze niżej mowa – nieważność umowy jest cywilnoprawnym skutkiem niezachowania wymaganej formy, nie jest natomiast przesłanką odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych – dla tej odpowiedzialności wystarcza stwierdzenie niezastosowania właściwej formy, bez względu na konsekwencje cywilnoprawne.

### 3. Szczególna regulacja formy umowy zawieranej w czasie stanu epidemii

Problematyka formy umowy w sprawie zamówienia publicznego stała się także przedmiotem regulacji ustawowej związanej z przeciwdziałaniem epidemii Covid-19. Zgodnie z art. 15r ust. 10 ustawy z 2.3.2020 r. o szczególnych rozwiązaniach związanych z zapobieganiem, przeciwdziałaniem i zwalczaniem COVID-19, innych chorób zakaźnych oraz wywołanych nimi sytuacji kryzysowych<sup>12</sup> w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się umowy w sprawie zamówienia publicznego zawierane są pod rygorem nieważności w formie pisemnej albo za zgodą zamawiającego w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym.

Konstrukcja powołanego przepisu budzi istotne wątpliwości. Zauważyć bowiem trzeba, że aktualnie, zgodnie z art. 78<sup>1</sup> § 2 KC<sup>13</sup>, z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej równoważne jest oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej (ustawodawca wprost nazywa tę formę formą elektroniczną). Pojawia się pytanie, jaki w istocie

<sup>10</sup> A. Mościcka, Konsekwencje niezachowania pisemnej umowy, Monitor Zamówień Publicznych Nr 1/2014, s. 37.

<sup>11</sup> Zob. przykładowo: wyrok SN z 7.2.2013 r. (II CSK 248/12), Legalis; wyrok SA w Katowicach z 8.10.2019 r. (I ACa 445/18), Legalis; wyrok SA w Łodzi z 27.3.2018 r. (I ACa 1380/17), Legalis.

<sup>12</sup> T. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 2095 ze zm.; dalej jako: ustawa covidowa.

<sup>13</sup> Art. 78<sup>1</sup> KC wprowadzony ustawą z 5.9.2016 r. o usługach zaufania oraz identyfikacji elektronicznej (t. jedn.: Dz.U. z 2021 r. poz. 1797).

nowy element został dodany przez ustawodawcę w art. 15r ust. 10 ustawy covidowej. Zauważmy, że według ogólnej „przedcovidowej” (a zapewne także i „pocovidowej”) zasady wyrażonej w art. 78<sup>1</sup> § 1 KC do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. W dotychczasowej praktyce nie budziło wątpliwości to, że treść art. 432 PZP nie stoi na przeszkodzie zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego w formie elektronicznej<sup>14</sup>. Kwestia ta została już wcześniej dostrzeżona w praktyce, stając się przedmiotem opinii Urzędu Zamówień Publicznych<sup>15</sup>. Zgodnie z tą opinią: „(...) w świetle art. 8 ust. 1 ustawy PZP do czynności podejmowanych przez zamawiającego, wykonawców oraz uczestników konkursu w postępowaniu o udzielenie zamówienia i konkursie oraz do umów w sprawach zamówień publicznych stosuje się przepisy ustawy z dnia 23 kwietnia 1964 r. – Kodeks cywilny (...), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej. W związku z powyższym należy odwołać się do art. art. 78<sup>1</sup> § 1 Kodeksu cywilnego, zgodnie z którym do zachowania elektronicznej formy czynności prawnej wystarczy złożenie oświadczenia woli w postaci elektronicznej i opatrzenie go kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Natomiast w świetle art. 78<sup>1</sup> § 2 Kodeksu cywilnego oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej”. W efekcie przytoczona opinia Urzędu Zamówień Publicznych kończy się konkluzją: „A zatem umowę w sprawie zamówienia publicznego można zawrzeć również w postaci elektronicznej opatrzonej kwalifikowanym podpisem elektronicznym”<sup>16</sup>. Takie samo stanowisko odnajdujemy w treści „urzędowego komentarza” do ustawy – Prawo zamówień publicznych, opublikowanego przez UZP<sup>17</sup>. Pogląd zaprezentowany powyżej zasługuje na pełną akceptację, właśnie ze względu na art. 78<sup>1</sup> § 2 KC. Zgodzić się także należy z poglądem wyrażonym w literaturze, że „(...) skoro zgodnie z art. 78<sup>1</sup> § 2 KC oświadczenie woli złożone w formie elektronicznej jest równoważne z oświadczeniem woli złożonym w formie pisemnej, to za prawidłowe należy uznać działanie którejkolwiek ze stron korzystającej z kwalifikowanego podpisu elektronicznego i składającej taki podpis na umowie; przy czym ustawodawca nie uzależnia wyboru, czy będzie to podpis własnoręczny czy kwalifikowany podpis elektroniczny, od zgody drugiej strony”<sup>18</sup>.

Nie jest w tym miejscu potrzebna bliższa analiza zagadnień podpisu elektronicznego, wystarczy stwierdzić, że zarówno pod rządami przepisów kodeksowych, jak i na tle

<sup>14</sup> Por. R. Szostak, *Umowy o zamówienia publiczne w zarysie*, Warszawa 2018, s. 79; B. Artymowicz [w:] A. Kościńska-Paszowska (red.), *Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021 (objaśnienia do art. 17 DyscypFinPubU, pkt 16).

<sup>15</sup> Opinia dostępna na stronie UZP: <https://uzp.gov.pl/nowe-PZP/interpretacje/pytania-instytucji-kontrolujacych>.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

<sup>17</sup> H. Nowak, M. Winiarz (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2021, s. 1146–1147. Komentarz dostępny na stronie UZP: [https://uzp.gov.pl/\\_data/assets/pdf\\_file/0028/49852/Komentarz-Prawo-zamowien-publicznych.pdf](https://uzp.gov.pl/_data/assets/pdf_file/0028/49852/Komentarz-Prawo-zamowien-publicznych.pdf).

<sup>18</sup> B. Artymowicz, *op. cit.*

art. 15r ust. 10 ustawy covidowej forma elektroniczna jest równoprawną formą oświadczeń stron umowy w sprawie zamówienia publicznego<sup>19</sup>. Zgodzić się trzeba z poglądem, że w aktualnym stanie prawnym forma elektroniczna „stanowi odrębną formę dokonania czynności prawnej równorzędną formie pisemnej, a nie jedynie postać (podtyp) formy pisemnej”<sup>20</sup>, jak również ze stanowiskiem, że „nic nie stoi także na przeszkodzie, aby jedna strona złożyła oświadczenie w formie pisemnej, a druga w elektronicznej”<sup>21</sup>.

Jeśli spojrzymy raz jeszcze na art. 15r ust. 10 ustawy covidowej, to na pierwszy rzut oka wydawać by się mogło, że przepis ten wprowadzić powinien jakieś ułatwienie, uelastycznienie dla stron w zakresie formy. Ta tendencja jest oczekiwana przez uczestników obrotu zmagających się ze skutkami epidemii. Jednak wniosek taki nie jest oczywisty, nie znajduje także oparcia w wynikach analizy systemowej. Zestawiając bowiem treść art. 15r ust. 10 ustawy covidowej z rozwiązaniami zawartymi w Kodeksie cywilnym, zauważamy, że nowością jest wyłącznie użycie w tym przepisie w zwrocie „za zgodą zamawiającego”. Oznacza to, że forma elektroniczna umowy może być zastosowana, o ile zamawiający wyrazi zgodę na zawarcie umowy w tej właśnie formie. Takie ujęcie budzi wątpliwości. Na tle doświadczeń wynikających ze stosowania art. 78<sup>1</sup> Kodeksu cywilnego zbyt daleko idąca byłaby teza, że celem przepisu ustawy covidowej, o którym mowa, jest zakazanie wykonawcy „narzucenia” zamawiającemu formy elektronicznej. Skoro także w sferze zamówień publicznych forma elektroniczna może być zastosowana zgodnie z ogólną regułą z art. 78<sup>1</sup> § 1 KC, to warto podkreślić, że dla jej zastosowania nie jest oczekiwana wyrażona w jakikolwiek sposób zgoda zamawiającego. Przy zastosowaniu formy elektronicznej oświadczenia decydujące jest bowiem kryterium możliwości zapoznania się zamawiającego z treścią tego oświadczenia. Zauważmy, że zamawiający, choć z reguły nie jest przedsiębiorcą, to jednak może być uznany za przedstawiciela grupy profesjonalnych uczestników obrotu. Warto też zaznaczyć, że już krótko po wprowadzeniu do Kodeksu cywilnego regulacji dotyczącej formy elektronicznej (wówczas był to art. 78 § 2 KC) w literaturze zaprezentowano pogląd, że wprawdzie żadna ze stron „nie może drugiej stronie narzucić obowiązku posłużenia się elektroniczną postacią przekazu opatrzonego sankcjami prawnymi”, to jednak „za generalną zgodę na posłużenie się takimi środkami komunikowania się można wszakże uznać – przy braku odmiennych zastrzeżeń – już samo podanie przez przedsiębiorcę na blankietach firmowych lub w innych publikacjach swojego adresu komputerowego”<sup>22</sup>. Moim zdaniem, pogląd ten, zakładający daleko idące

<sup>19</sup> Z literatury na temat podpisu elektronicznego w sferze zamówień publicznych zob. przykładowo: *M. Moras*, Wdrożenie pełnej elektronicznej zamówień publicznych – wybrane zagadnienia, PZP Nr 1/2021; *W. Malecki*, Stosowanie kwalifikowanego podpisu elektronicznego – na pograniczu prawa administracyjnego i prawa cywilnego, PZP Nr 3/2018; *M. Drozdowicz*, Zawarcie umowy o zamówienie publiczne w formie elektronicznej. Część pierwsza, *Zam.Pub.Dor.* Nr 10/2019.

<sup>20</sup> *P. Sobolewski* [w:] *K. Osajda* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2021 (objaśnienia do art. 78<sup>1</sup> KC, pkt 1).

<sup>21</sup> *M. Załucki* [w:] *idem* (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*, Legalis 2020 (objaśnienia do art. 78<sup>1</sup> KC, pkt I.3).

<sup>22</sup> *Z. Radwański* [w:] *Z. Radwański* (red.) *System prawa prywatnego*, T. 2, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 169.

ujęcie dorozumianej zgody, zachował pełną aktualność także na gruncie art. 78<sup>1</sup> KC. Można jednak też wyobrazić sobie sytuację, że zamawiający nie wyrazi zgody na zastosowanie formy elektronicznej, co może wynikać np. z jego specyficznej sytuacji w zakresie oprzyrządowania informatycznego - wówczas pozostanie jedynie forma pisemna. W tym ujęciu użyte w art. 15r ust. 10 ustawy covidowej sformułowanie „za zgodą zamawiającego” powinno być raczej potraktowane jako potwierdzenie możliwości zawarcia umowy w formie elektronicznej, a nie jako norma, która tę możliwość dopiero w czasie stanu epidemii wprowadza. Gdyby bowiem tak przyjąć, to konsekwentnie należałoby uznać, że do tej pory forma elektroniczna dla umowy w sprawie zamówienia publicznego nie była dopuszczalna, co sprzeciwiałoby się wyżej przedstawionym jednoznacznym ustaleniom doktryny i praktyki.

Biorąc powyższe pod uwagę stwierdzić należy, że w kontekście regulacji kodeksowej omawiane rozwiązanie nie służy raczej uelastycznieniu obrotu w porównaniu z art. 78<sup>1</sup> § 1 KC. Wydaje się zatem, że w obliczu oczekiwań co do rozszerzenia w warunkach stanu epidemii możliwości posługiwania się narzędziami informatycznymi do zawierania umów rozwiązanie zawarte w art. 15r ust. 10 ustawy covidowej nie stanowi przełomu dla praktyki zamówień publicznych w tym trudnym czasie. Nie wnosi ono bowiem w zasadzie niczego nowego, co najwyżej można powiedzieć, że stanowi swego rodzaju dodatkową zachętę do stosowania formy elektronicznej<sup>23</sup>. Płynię stąd wnioszek, że także po zniesieniu stanu epidemii możliwe będzie – ze względu na powołaną już wyżej wykładnię art. 78<sup>1</sup> § 1 KC – zawarcie umowy w formie elektronicznej, oczywiście również w przypadku niewyłączenia z góry takiej możliwości przez zamawiającego.

Na marginesie zaznaczmy, że bez istotnego znaczenia interpretacyjnego pozostaje jeszcze ten fragment art. 15r ust. 10 ustawy covidowej, zgodnie z którym możliwość zawarcia umowy w formie elektronicznej występuje w okresie obowiązywania stanu zagrożenia epidemicznego albo stanu epidemii oraz „związanych z nimi ograniczeń w przemieszczaniu się”. Z tego fragmentu przepisu wynikać by mogło, że dopuszczalność zastosowania formy elektronicznej uzależniona jest od „ograniczeń w przemieszczaniu się” wprowadzonych w okresie stanu epidemii (stanu zagrożenia epidemicznego). Trudno oprzeć się wrażeniu, że w ten sposób ustawodawca zawarł w przepisie raczej fragment uzasadnienia wprowadzonego rozwiązania niż przesłankę jego stosowania. Analiza całokształtu analizowanych rozwiązań prawnych, tj. art. 432 PZP, art. 78<sup>1</sup> § 1 KC oraz art. 15r ust. 10 ustawy covidowej, prowadzi do wniosku, że niezasadna byłaby teza, iż forma elektroniczna mogłaby być zastosowana wyłącznie w przypadkach wprowadzenia ograniczeń

---

<sup>23</sup> Wydaje się, że w tym kierunku zmierza wypowiedź *M. Falkowskiej*, która stwierdza: „Wprawdzie w doktrynie przyjmuje się, że zawarcie umowy w formie elektronicznej było dopuszczalne również przed wprowadzeniem tego przepisu na podstawie art. 78<sup>1</sup> KC, w zw. z art. 139 PrZamPubl, jednak jednoznaczne potwierdzenie takiej możliwości wprost w ustawie rozwiewa wątpliwości, jakie pojawiały się po stronie zamawiających, co do możliwości zawarcia umowy w tej formie”, *idem* [w:] *K. Szmid* (red.), *Art. 15r KoronawirusU*, Legalis 2020 (objaśnienia do art. 15r ustawy covidowej, pkt 51).

w przemieszczaniu się. Wniosek taki nie znajdowałby uzasadnienia systemowego. Ze względu jednak na poczynione wyżej ustalenia ogólne co do możliwości zastosowania art. 15r ust. 10 ustawy covidowej w kontekście rozwiązań kodeksowych, kwestia ta nie ma istotnego znaczenia.

#### **4. Niezachowanie wymaganej formy umowy jako naruszenie dyscypliny finansów publicznych**

Ustalenia dotyczące cywilnoprawnego charakteru skutków nieprzestrzegania wymagań w zakresie formy umowy w sprawie zamówienia publicznego nie rozstrzygają zagadnienia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Odpowiedzialność ta nie jest bowiem zależna od zakwalifikowania umowy jako ważnej lub nieważnej w rozumieniu prawa cywilnego – decydujące znaczenie ma tylko to, czy umowa została zawarta w przewidzianej przez ustawę formie, czy też nie. Dodać trzeba, że nie dotyczy to oczywiście tych przypadków, w których obowiązek stosowania przepisów o zamówieniach publicznych został wyłączony przez przepisy ustawy covidowej lub innych ustaw wprowadzonych w związku z epidemią.

Jak już wyżej stwierdzono, obowiązująca konstrukcja art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU nie uzależnia odpowiedzialności od skutecznego udzielenia zamówienia publicznego – wystarczy samo zawarcie umowy, bez zachowania przewidzianej dla tej umowy formy. Jest to istotna różnica w porównaniu z rozwiązaniem zawartym w art. 17 ust. 1b PZP. Jak trafnie zauważono w literaturze, deliktem finansowym jest na gruncie art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU „zawarcie umowy w sprawie zamówienia publicznego”, a nie „udzielenie zamówienia publicznego”, jak w przypadku art. 17 ust. 1b DyscypFinPubU. W konsekwencji: „W przypadku niezachowania formy pisemnej umowy w sprawie zamówienia publicznego czynność prawna jest nieważna (nie dochodzi do zawarcia ważnej umowy), a zatem nie może być mowy o udzieleniu zamówienia. Penalizacją objęte jest niezachowanie formy określonej przepisami o zamówieniach publicznych, czyli formy pisemnej. Skoro zatem przepisy o zamówieniach publicznych w art. 432 PZP określają jako wymaganą pod rygorem nieważności formę pisemną dla umowy w sprawie zamówienia publicznego, poza hipotezą art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU, pozostają inne formy szczególne (np. forma aktu notarialnego). Niezachowanie wymaganej formy szczególnej pociąga za sobą nieważność umowy o zamówienie publiczne, nie stanowi jednak naruszenia dyscypliny finansów publicznych”<sup>24</sup>.

<sup>24</sup> B. Artymowicz, *op.cit.*



## 5. Podmiotowe przesłanki odpowiedzialności

Należy zauważyć, że z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych istotne znaczenie mają elementy podmiotowe. Krąg osób zdolnych do ponoszenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych wskazany jest w art. 4 i 4a DyscypFinPubU, przy czym ustawodawstwo związane z epidemią nie zmienia zakresu podmiotowego odpowiedzialności. Na gruncie art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU, aby mówić o odpowiedzialności, umowa w sprawie zamówienia publicznego, nawet dotknięta nieważnością, musi być zawarta przez osobę uprawnioną do reprezentowania zamawiającego. Zgodzić się należy zatem z poglądem, że czyn, o którym mowa, może popełnić kierownik zamawiającego lub inna osoba uprawniona do reprezentowania jednostki, gdyż prawo do zawierania umów w imieniu jednostki wiąże się z umocowaniem do reprezentowania tej jednostki na zewnątrz<sup>25</sup>. Jeżeli umowa byłaby zawarta przez osobę nieuprawnioną, nie będzie spełniony warunek podmiotowy odpowiedzialności, ponieważ „poniesienie odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w tym zakresie będzie uzależnione w szczególności od zdolności dyscyplinarnej tych osób”<sup>26</sup>.

Odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych oparta jest na zasadzie winy, zgodnie z art. 19 ust. 2 zd. 1 DyscypFinPubU, zgodnie z którym odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych ponosi osoba, której można przypisać winę w czasie popełnienia naruszenia. Oznacza to, że dla przypisania odpowiedzialności nie wystarczy samo stwierdzenie faktu niezachowania wymaganej formy, konieczne jest stwierdzenie możliwości postawienia zarzutu zawinonego zachowania. Natomiast w świetle art. 19 ust. 2 zd. 2 DyscypFinPubU nie można przypisać winy, jeżeli naruszenia nie można było uniknąć mimo dołożenia staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za wykonanie obowiązku, którego niewykonanie lub nienależyte wykonanie stanowi czyn naruszający dyscyplinę finansów publicznych. W świetle powołanych przepisów wina – w odniesieniu do czynu z art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU – ujęta jest zatem jako niezachowanie staranności wymaganej od osoby odpowiedzialnej za należyte zawarcie umowy, tj. zawarcie jej w przepisanej przez prawo formie. Mimo ograniczenia do przypadków zarzucalności spojrzenie na praktykę funkcjonowania zamawiających publicznych wskazuje, że przypisanie odpowiedzialności w takich przypadkach nie powinno być sprawą szczególnie trudną. O ile bowiem odrzucimy przypadki nieprzestrzegania wymagań co do formy w sposób umyślny jako marginalne (nawiasem mówiąc, ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych nie wprowadza rozróżnienia między umyślnością a nieumyślnością), to najprawdopodobniej w większości przypadków można będzie postawić zarzut niezachowania należytej staran-

<sup>25</sup> M. Winiarz [w:] W. Misiąg (red.), Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych. Komentarz, Warszawa 2019, s. 1094.

<sup>26</sup> *Ibidem*.

ności. Obowiązek zachowania formy pisemnej jest jednym z podstawowych obowiązków, które powinny być respektowane przy zawieraniu umowy. Od osób uprawnionych do reprezentowania zamawiających można wymagać podstawowej wiedzy związanej z zawieraniem umów, w tym w szczególności w zakresie formy. Brak takiej wiedzy, przy jednoczesnym braku działań zmierzających do uzyskania stosownych informacji, ocenić trzeba jako niedołożenie wymaganej staranności. Ze względu na ograniczone ramy objętościowe niniejszego opracowania nie rozwijam w tym miejscu tego zagadnienia. Kwestie winy, podstawowe z punktu widzenia odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych są przedmiotem innych rozważań<sup>27</sup>.

Na marginesie warto zaznaczyć, że nie wydaje się prawdopodobna możliwość zwolnienia od odpowiedzialności za niezachowanie właściwej formy umowy ze względu na zaistnienie zdarzenia losowego na podstawie art. 27 ust. 1 DyscypFinPubU. Zgodnie z tym przepisem, nie dochodzi się odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych w przypadku działania lub zaniechania podjętego wyłącznie w celu ograniczenia skutków zdarzenia losowego. O ile oczywiście wybuch epidemii i wprowadzone w związku z nią ograniczenia można potraktować jako zdarzenie losowe zdefiniowane w art. 27 ust. 2 DyscypFinPubU, co w pewnych wypadkach może usprawiedliwiać np. niezastosowanie określonego trybu udzielenia zamówienia, o tyle nie wydaje się możliwe wykazanie, że w warunkach epidemii Covid-19 w konkretnym przypadku w ogóle nie było możliwe zawarcie umowy w formie pisemnej lub elektronicznej.

## 6. Niezachowanie wymaganej formy umowy a zaniedbanie kontroli zarządczej

Dodać należy, że nieprawidłowość związana z niezastosowaniem wymaganej przez prawo zamówień publicznych formy może się wiązać z jeszcze jednym typem naruszenia dyscypliny finansów publicznych, określonym w art. 18c DyscypFinPubU. Artykuł ten typizuje szereg przypadków odpowiedzialności związanej z, ogólnie mówiąc, niedostatkami w zakresie kontroli zarządczej. W tym przypadku odpowiedzialność przypisana może być kierownikowi jednostki. Oczywiście, dotyczy to także okresu, w którym obowiązuje stan epidemii.

Zgodnie z art. 18c pkt 6 DyscypFinPubU naruszeniem dyscypliny finansów publicznych jest niewykonanie lub nienależyte wykonanie przez kierownika jednostki sektora finansów publicznych obowiązków w zakresie kontroli zarządczej w jednostce sektora finansów publicznych, jeżeli miało ono wpływ na zawarcie umowy w sprawie zamówienia

<sup>27</sup> Obszerniej na temat winy jako przesłanki odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych i zachowania należytej staranności jako kryterium oceny zachowania zob. *W. Robaczyński* [w:] *W. Misiąg* (red.) *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*, Warszawa 2019, s. 1151–1154.

publicznego lub umowy ramowej z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących m.in. formy pisemnej umowy. Także w tym przypadku jest to odpowiedzialność oparta na zasadzie winy, dla jej przypisania konieczne jest zatem sformułowanie pod adresem kierownika zarzutu niedochowania staranności wymaganej w związku z realizacją obowiązków w zakresie kontroli zarządczej. Oczywiście jest, że warunkiem przypisania odpowiedzialności jest także istnienie związku przyczynowego między nieprawidłowym wykonywaniem (lub niewykonywaniem) zadań w zakresie kontroli zarządczej a czynem polegającym na zawarciu umowy bez zachowania formy pisemnej<sup>28</sup>. Podkreślić przy tym trzeba, że w razie zawarcia umowy w sprawie zamówienia publicznego bez zachowania właściwej formy przez inną osobę niż kierownik jednostki (ale umocowaną do reprezentacji jednostki) pojawić się może równoległa odpowiedzialność tej osoby za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU oraz kierownika jednostki – za czyn z art. 18c pkt 6 DyscypFinPubU. Jeżeli natomiast umowa została zawarta osobiście przez kierownika jednostki, prawidłowa będzie kwalifikacja jego czynu wyłącznie z art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU.

Na marginesie można zauważyć, że art. 18c pkt 6 DyscypFinPubU nie jest sformułowany w sposób całkowicie prawidłowy, co prowadzić może do nieuzasadnionego ograniczenia zakresu jego zastosowania. O ile bowiem w art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU mowa jest o odpowiedzialności w razie niezachowania formy określonej przepisami o zamówieniach publicznych, o tyle na podstawie art. 18c pkt 6 DyscypFinPubU penalizowane są zaniebdania prowadzące do zawarcia umowy „z naruszeniem przepisów o zamówieniach publicznych dotyczących formy pisemnej umowy”. W ten sposób z zakresu odpowiedzialności związanej z kontrolą zarządczą wypadają te wszystkie przypadki nieprzestrzegania właściwej formy, w których wymagana jest nie forma pisemna, lecz inna forma szczególna. Choć wydaje się, że nie jest to problem o dużej skali, to jednak jest to pewna usterka legislacyjna prowadząca do wniosku niezamierzonego przez ustawodawcę<sup>29</sup>.

## Podsumowanie

W podsumowaniu powyższych rozważań należy stwierdzić, że prawo zamówień publicznych wprowadza istotne ograniczenie w zakresie wyboru formy umowy w sprawie zamówienia publicznego. Mówiąc o obowiązkowej formie umowy w sprawie zamówienia publicznego, mamy na myśli formę pisemną zwykłą, ale także – ze względu na treść

---

<sup>28</sup> Por. J. Kot [w:] W. Misiąg (red.), *Ustawa o finansach publicznych. Ustawa o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych*. Komentarz, Warszawa 2019, s. 1147.

<sup>29</sup> Podobny problem, wówczas o większej skali, występował na tle pierwotnego brzmienia ustawy o odpowiedzialności za naruszenie dyscypliny finansów publicznych, ponieważ odniesienie wyłącznie do niezachowania formy pisemnej zawarte było w „podstawowym typie” odpowiedzialności z tego tytułu, stanowiącym odpowiednik dzisiejszego art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU.

art. 78<sup>1</sup> § 1 KC – formę elektroniczną. Sytuacja ta nie ulegnie zmianie także po uchyleniu stanu epidemii, ponieważ art. 15r ust. 10 ustawy covidowej wyłącznie potwierdza rozwiązanie przyjęte w Kodeksie cywilnym, nie rozszerzając palety form będących do dyspozycji zamawiającego i wykonawcy.

Niezachowanie ustawowej formy przewidzianej dla umowy w sprawie zamówienia publicznego powoduje dwojakiego rodzaju sankcje. Pierwszą – występującą zawsze – jest sankcja cywilnoprawna w postaci bezwzględnej nieważności umowy. Drugą – występującą w razie spełnienia przesłanek przewidzianych w ustawie – jest odpowiedzialność za naruszenie dyscypliny finansów publicznych z art. 17 ust. 2 pkt 1 DyscypFinPubU i/lub z art. 18c ust. 6 DyscypFinPubU. Ma to znaczenie zarówno w odniesieniu do czynów popełnionych przed wprowadzeniem stanu epidemii, w czasie jego obowiązywania, jak i po jego ustaniu.

## Summary

### **Comments on the form of public procurement contract during the Covid-19 epidemic, against the background of liability for breach of public finance discipline**

The Polish law on public finances provides for a list of situations related to spending public funds, including awarding public procurement contracts, in which the liability for breaching public finance discipline applies. The same applies to contracts awarded during the Covid-19 epidemic, although it should be noted that a number of special provisions waive the application of public procurement law during the epidemic.

The Public Procurement Law introduces a general obligation that public procurement contracts must be made in writing or will be considered invalid. However, the Civil Code also states that an electronic form is equivalent to written form, and the electronic form is provided for in the Act on Counteracting the Covid-19 Epidemic.

Entering into a public procurement contract that is not in the form specified in the public procurement regulations, namely anything other than in writing or an electronic form, constitutes a violation of the public finance discipline specified in Article 17 paragraph 2 point 1) of the Act on Liability for a Breach of Public Finance Discipline, unless the application of the public procurement regulations is excluded in a certain case due to the epidemic. A failure to observe the form required by law invalidates the contract and, as a result, does not lead to the award of a public contract. Significantly, however, the contract is considered as having been concluded, even though it is invalid.

Liability for a breach of public finance discipline is incurred by the person who concluded the contract, but may also be borne by the head of the entity, in view of failures in management control that allowed the contract to be concluded in an improper form.

**Keywords:** form of a public procurement contract, written and electronic form of a contract, invalidity of a contract, breach of public finance discipline, public procurement and the Covid-19 epidemic