

Krzysztof Stefaniuk

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami

1. Ustawa z dnia 21.08.1997 roku o gospodarce nieruchomościami¹ - a w ślad za nią rozporządzenie wykonawcze z 13 stycznia 1998 roku² - przewiduje cztery, jak to określa, formy przetargu: przetarg ustny nieograniczony, przetarg ustny ograniczony, przetarg pisemny nieograniczony, przetarg pisemny ograniczony. Nie trudno jednak zauważyć, że powyższe, dokonane w art. 40 ust. 1 ustawy, rozróżnienie „form” przetargu opiera się na dwóch odrębnych kryteriach, którymi są: sposób (procedura) składania i wyboru ofert oraz zakres podmiotowy zaproszenia do przetargu i przetargu. Można więc uznać, gdy się przyjmie jednolite kryteria klasyfikacyjne, że w istocie rzeczy ustawa przewiduje dwa rodzaje przetargów: ustny i pisemny, a zarazem stanowi, że każdy z nich może mieć - jeśli chodzi o zakres zaproszonych i dopuszczonych do udziału w przetargu oferentów - charakter nieograniczony lub ograniczony

² Rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13 stycznia 1998 roku w sprawie określenia szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania przetargów na zbycie nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub własność gminy (Dz.U. Nr 9, poz. 30). Należy oczekiwać, że rozporządzenie to - dotyczące w obecnej postaci, jak wynika z jego tytułu, nieruchomości Skarbu Państwa i gmin - niebawem zostanie zmienione. Do tego czasu do przetargów obejmujących nieruchomości innych jednostek samorządu terytorialnego powinno się stosować je *per analogiam*.

Szczegółowa analiza konstrukcji obu trybów przetargowych (ustnego i pisemnego) w ujęciu omawianej ustawy i wspomnianego rozporządzenia wykracza poza ramy zakreślone tytułem niniejszego artykułu i stanowić będzie przedmiot odrębnego opracowania.

2. Wybór formy przetargu w odniesieniu do nieruchomości stanowiących własność jednostek samorządu terytorialnego należy do zarządów tych jednostek. Zarząd bowiem jest w świetle art. 4 pkt 9 ustawy i § 1 ust. 2 pkt 1 rozp. „właściwym organem” w rozumieniu art. 38 ust. 1 ustawy, stanowiącego, że organizatorem przetargu, któremu z mocy art. 40 ust. 3 przysługuje uprawnienie do decydowania o formie przetargu, jest tenże organ. Powyższa kompetencja zarządu wynika poza tym z uregulowań ogólnych ustawy dotyczących gospodarowania zasobami nieruchomości tych jednostek; przepisy te obejmują pojęciem gospodarowania zasobem nieruchomości również ich zbywanie oraz wskazują, że gospodarowanie to należy do kompetencji zarządów jednostek (art. 25 ust. 1 i 2 oraz art. 25b i 25d w zw. z art. 23 ust. 1 ustawy) i podkreślają *expressis verbis* (art. 11) reprezentację zarządu w sprawach związanych z tym gospodarowaniem. Nawiasem mówiąc, te ostatnie uregulowania w sposób widoczny odbiegają od dyspozycji art. 2 ust. 1 ustawy z 29 kwietnia 1985 roku o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości³, który gospodarke gruntami gminy zaliczał „do właściwości rad gmin i zarządów gmin”.

Stwierdzając powyższe, nie można wszak przeoczyć, że przepisy art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a ustawy o samorządzie gminnym⁴, art. 12 pkt 8 lit. a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie powiatowym⁵ i art. 18 pkt 19 lit. a ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o samorządzie województwa⁶ przewidują określanie przez radę (sejmik) w szczególności „zasad nabywania, zbywania i obciążania nieruchomości”; odnośnie zaś do nieruchomości gmin i województw stanowią, że do czasu określenia takich zasad zarząd może dokonywać tych czynności wyłącznie za zgodą rady gminy (sejmiku województwa). Co prawda, statuowanie powyższych

³ Tekst jedn.: Dz.U. z 1991 roku Nr 30, poz. 127 z późn. zm.

⁴ Tekst jedn.: Dz.U. z 1996 roku Nr 13, poz. 74 z późn. zm.

⁵ Dz.U. Nr 91, poz. 578.

⁶ Dz.U. Nr 91, poz. 576.

kompetencji organów stanowiących połączone jest z zastrzeżeniem „chyba że przepisy szczególne stanowią inaczej”. Oznacza to jednak, jak sądzę, tylko - gdy chodzi o relację pomiędzy cytowanymi uregulowaniami i unormowaniem ustawy o gospodarce nieruchomościami - że „zasady” uchwalane na podstawie powołanych ustaw samorządowych odnośnie do nieruchomości jednostek samorządu terytorialnego i przewidziana w tych ustawach „indywidualna” zgoda rady (sejmiku) nie mogą naruszać unormowań (zasad) zawartych w omawianej ustawie, nie zaś, że nie mogą w ogóle dotyczyć nieruchomości objętych regulacją tej ostatniej ustawy. Przeciwna wykładnia pozbawiałaby cytowane przepisy ustaw samorządowych w ogóle treści normatywnej, ponieważ wszystkie nieruchomości tych jednostek tworzą ich „zasoby nieruchomości”, którymi gospodarowanie, w tym zbywanie i obciążanie, podlega ustawie o gospodarce nieruchomościami.

W świetle cytowanych przepisów ustaw samorządowych problem nie polega więc na tym, czy organy stanowiące mogą wpływać na rozporządzanie przez zarządy jednostek samorządu terytorialnego nieruchomościami tych jednostek⁷. Rozstrzygnięcia wymaga natomiast - w kontekście unormowań omawianej ustawy - charakter i zakres przewidzianych w ustawach samorządowych instrumentów prawnych zapewniających ten wpływ, a więc „zasad” i - do czasu ich określenia - „zgody” na rozporządzenie nieruchomością (należącą do gminy lub województwa).

W literaturze reprezentowany jest pogląd⁸ - jak sądzę, trafny - iż znaczenie (skutki) prawne „zasad” i wynikających z nich ograniczeń co do rozporządzania nieruchomościami nie wykracza poza sferę wewnętrzną jednostki samorządu terytorialnego jako osoby prawnej będącej właścicielem nieruchomości, poza relację rada (sejmik) - zarząd jednostki.

⁷ Pod rządem ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 roku o gospodarce gruntami i wywłaszczaniu nieruchomości (p. przyp. 3) reprezentowany był jednakże, w szczególności w orzecznictwie NSA, pogląd, iż „w sprawach objętych zakresem jej obowiązywania nie ma zastosowania przepis art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a (w pierwotnym brzmieniu - przyp. m. K..S.) ustawy z dnia 9 marca 1990 roku o samorządzie terytorialnym”; zob. orzeczenie NSA z dnia 19 maja 1992 roku, OSP 1994, poz. 17, z głosem K. Podgórskiego, tamże.

⁸ Por. S. P i ą t e k, *Przepisy gminne o zasadach zarządu mieniem gminnym*, Samorząd Terytorialny 1992, nr 1-2, s. 19; E. D r o z d, [w:] E. D r o z d, Z. T r u s z k i e w i c z, *Gospodarka gruntami i wywłaszczanie nieruchomości. Komentarz*, Kraków 1995, s. 26 i nast. oraz cyt. tam literatura i orzecznictwo.

Innymi słowy, określane przez radę (sejmik), w oparciu o cytowane przepisy ustrojowe, zasady w zakresie rozporządzania nieruchomościami gminy, powiatu czy województwa stanowią wytyczne czy dyrektywy wiążące (jeśli nie są sprzeczne z bezwzględnie obowiązującymi przepisami materialnymi regulującymi to rozporządzenie) zarząd jednostki odnośnie do przesłanek i sposobu rozporządzenia. Można też w nich dostrzegać skonkretyzowane „zasady prawidłowej gospodarki”, którymi - stosownie do dyspozycji art. 12 ustawy o gospodarce nieruchomościami - powinien kierować się zarząd. Nie tworzą one natomiast imperatywnych norm powszechnie obowiązujących. Ich więc naruszenie przez zarząd, gdy chodzi w szczególności o przesłanki „wystawienia” nieruchomości na przetarg oraz kryteria wyboru formy przetargu, może skutkować odpowiedzialnością organizacyjną i odszkodowawczą członków zarządu, nie wpływa jednakże na ważność przetargu (umowy będącej jego wynikiem).

Nie sądzę jednakże, by powyższą ocenę dotyczącą „zasad” dało się przenieść na przewidzianą w dwóch ustawach samorządowych - wymaganą do czasu określenia zasad - zgodę rady (sejmiku) na rozporządzenie nieruchomością⁹; bez względu na to, jak krytycznie ocenia się ustanowienie tego, „alternatywnego” do określenia zasad, wymagania i bez względu na widoczną niekonsekwencję ustawodawcy, który je pominął (zresztą słusznie) w ustawie „powiatowej”. Nie widzę bowiem podstaw, by zgodę na dokonanie określonej czynności prawnej, przewidzianą w powyższych przepisach, traktować inaczej, gdy chodzi o jej charakter prawny, niż zgodę rady (sejmiku) zastrzeżoną dla określonych rozporządzeń w ustawie o gospodarce nieruchomościami (zob. np. art. 13 ust. 2, art. 14 ust. 5, art. 37 ust. 2 pkt 3 w zw. z art. 68 ust. 1 pkt 2, art. 37 ust. 3), której zewnętrzne znaczenie nie budzi, jak sądzę, wątpliwości¹⁰. Taką ocenę zgody rady (sejmiku) na zbycie nieruchomości uzasadnia wykładnia systemowa tego

niektórych wypowiedzi NSA można wnioskować, iż nie kwestionuje ważności takich uchwał (p. przyp. 7), „redukuje” jednakże ich znaczenie do sfery wewnętrznej gminy, do roli tzw. „aktów kierownictwa wewnętrznego”.

¹⁰ Nie da się zaprzeczyć, że uregulowanie, z których jedno (zawarte w dwóch ustawach samorządowych) wymaga zgody rady (sejmiku) na każde rozporządzenie nieruchomością, drugie zaś (ustawa o gosp. nieruch.) tylko na niektóre, są niespójne; co jednak nie upoważnia do traktowania jednego z nich *per non est* ani do odmiennego interpretowania charakteru zgody, zależnie od tego, z której ustawy jej wymóg wynika. Wątlým, ale jednak

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

wymagania. Otóż w prawie prywatnym ustawodawca niejednokrotnie ogranicza reprezentację w stosunkach cywilnoprawnych, powierzoną w sposób ogólny określone organowi osoby prawnej, uzależniając, ze skutkiem wobec osób trzecich, możliwość dokonywania pewnych czynności prawnych, w szczególności przeniesienia własności nieruchomości, od zgody innego organu tej osoby¹¹. Mimo publicznego charakteru tych osób prawnych, brak jest przekonujących argumentów, by inaczej traktować omawiany wymóg zgody rady gminy czy sejmiku województwa¹². Wypada też zauważyć, że wspomniany już art. 11 ustawy o gospodarce nieruchomościami, ustalający odnośnie do gospodarowania nieruchomościami jednostki samorządu terytorialnego kompetencję zarządu do reprezentowania tej jednostki w stosunkach cywilnoprawnych, sygnalizuje zarazem w swej treści istnienie ograniczeń tej reprezentacji¹³, odsyłając w tej materii zarówno do unormowań zawartych w innych jej przepisach, jak i w odrębnych ustawach.

Z treści analizowanych przepisów ustaw samorządowych nie wynika jednak, by ustanowione w nich wymaganie zgody rady (sejmiku) na sprzedaż nieruchomości lub jej oddanie w użytkowanie wieczyste rozciągało się na określenie formy przetargu, w wyniku którego następują te

pewnym usprawiedliwieniem takiego uregulowania jest okoliczność, że „totalne” wymaganie zgody, zawarte w ustawach samorządowych, ma w intencji ustawodawcy obowiązywać jedynie przejściowo, do czasu określenia przez radę (sejmik) zasad; natomiast wymóg zgody przewidziany w ustawie o gospodarce nieruchomościami dla określonych rozporządzeń jest trwałym elementem ustawowych zasad gospodarowania nieruchomościami.

¹¹ Zob. np. art. 369 § 2 k.h. i art. 38 § 1 pkt 5 w zw. z art. 10 § 1 pkt 7 pr. spółdz.; zob. też K. S t e f a n i u k, *Glosa do orz. SN z 6 marca 1991 roku*, OSP 1993, poz. 85 i *Glosa (cz. II) do orz. SN z 9 sierpnia 1993 roku*, OSP 1994, poz. 135.

¹² Ze względu jednakże na publiczny charakter tych osób prawnych uchwałę rady (sejmiku) udzielającą zgody na rozporządzenie nieruchomością należy, jak sądzę, postrzegać jako czynność prawa publicznego (będącą zdarzeniem cywilnoprawnym „niesamodzielnym”), nie zaś kwalifikować jako czynność prawną podlegającą, gdy chodzi o jej dokonanie i ważność, regulom art. 56 i nast. k.c. Zob. A. Wo 11 e r, J. I g n a t o w i c z, K. S t e f a n i u k, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 119, przyp. 32.

¹³ Nie ma, moim zdaniem, powodu, by przez wyjątki od zasady reprezentacji przez zarząd jednostki samorządu terytorialnego lub przez starostę (gdy chodzi o nieruchomości Skarbu Państwa), których istnienie sygnalizuje ten przepis, rozumieć tylko „przekazanie” szczególnym przepisem tej reprezentacji innemu organowi, nie zaś również uzależnienie kompetencji wymienionych tam organów do dokonywania czynności prawnych od zgody innych organów.

rozporządzenia. Wskazanie w treści zgody formy przetargu byłoby więc - jak się wydaje - tylko poleceniem adresowanym do zarządu, nie mającym znaczenia prawnego w stosunkach zewnętrznych; zatem przetarg ogłoszony i przeprowadzony w innej niż wskazana przez radę formie byłby ważny. W ogóle bezprzedmiotowe jest natomiast określenie w treści zgody, że sprzedaż nieruchomości (oddanie w użytkowanie wieczyste) ma nastąpić w drodze przetargu, skoro obowiązek stosowania tego trybu do dokonania tych czynności jest ustawową zasadą.

3. W odniesieniu do nieruchomości Skarbu Państwa organizatorem przetargu jest - od 1 stycznia 1999 roku¹⁴ - „starosta, wykonujący zadanie z zakresu administracji rządowej”. Wraz z reformą ustrojową państwa stał się on bowiem, z mocy znowelizowanego art. 4 pkt 9 ustawy o gospodarce nieruchomościami, „właściwym organem” w rozumieniu art. 38 ust. 1 tejże ustawy. Kompetencje starosty (wykonującego zadanie z zakresu administracji rządowej) w sferze rozporządzania nieruchomościami potwierdza art. 23 ust. 1 omawianej ustawy, powierzający temu organowi gospodarowanie zasobem nieruchomości Skarbu Państwa. Powyższym uregulowaniom towarzyszą jednakże unormowania istotnie ograniczające - zresztą słusznie (co nie znaczy jurydycznie poprawnie) - uprawnienia starosty w sferze rozporządzania. Niezależnie od nie mającego znaczenia dla niniejszych rozważań - obowiązującego również w poprzednim stanie prawnym, gdy „gospodarzem” zasobu Skarbu Państwa był kierownik urzędu rejonowego - wymogu uzyskania zgody wojewody na niektóre bezprzetargowe rozporządzenia nieruchomościami¹⁵, ustawa w pkt 7 wspomnianego art. 23 ust. 1 wprowadza ogólne postanowienie, iż starosta zbywa nieruchomości wchodzące w skład zasobu Skarbu Państwa „na podstawie pełnomocnictwa wojewody”; w terminologii omawianej ustawy „zbycie” oznacza zarówno przeniesienie własności, jak i oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste.

Bez względu na zastosowaną w cytowanym przepisie cywilistyczną terminologię, „pełnomocnictwo”, o którym w nim mowa, nie jest - moim

¹⁴ To jest od dnia wejścia w życie ustawy z dnia 24 lipca 1998 roku o zmianie niektórych ustaw określających kompetencje organów administracji publicznej - w związku z reformą ustrojową państwa (Dz.U. Nr 106, poz. 668).

¹⁵ Zob. np. art. 13 ust. 2, art. 14 ust. 5, art. 37 ust. 3.

zdaniem - pełnomocnictwem w rozumieniu kodeksu cywilnego, podlegającym jego przepisom. Jest w istocie **zgoda** wojewody na zbycie nieruchomości, wymogiem uzyskania której ograniczona została, ze skutkiem wobec osób trzecich, wynikająca z art. 11 ustawy o gospodarce nieruchomościami kompetencja starosty, jako *statio fisci*, do reprezentowania Skarbu Państwa w stosunkach cywilnoprawnych związanych z gospodarowaniem jego zasobem nieruchomości¹⁶. Nie jest to, rzecz jasna, zgoda osoby trzeciej w rozumieniu art. 63 k.c., lecz czynność innej *statio fisci* (art. 26 pkt 2 ustawy z dnia 5 czerwca 1998 roku o administracji rządowej w województwie - Dz.U. Nr 94, poz. 577) „uruchamiająca” odnośnie do określonych nieruchomości ustawowe, ogólne upoważnienie starosty do reprezentowania tej samej osoby prawnej (Skarbu Państwa) przy zbywaniu jej nieruchomości¹⁷. Konsekwencją takiej konstrukcji „pełnomocnictwa”, o którym mowa w art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy, jest w szczególności to, że odnośnie do jego udzielenia bezprzedmiotowe jest wymaganie formy aktu notarialnego.

Wojewoda, udzielając zgody na sprzedaż lub oddanie w użytkowanie wieczyste określonych nieruchomości Skarbu Państwa, może w treści tej zgody wskazać też formę przetargu (gdy rozporządzenie ma nastąpić, zgodnie z zasadą ogólną, w drodze przetargu). W odróżnieniu jednakże od samej zgody na zbycie i określenia w niej rodzaju rozporządzenia, dyspozycja wojewody co do formy przetargu wiązałaby wprawdzie starostą, ale nie miałyby, jak sądzę, znaczenia prawnego w stosunkach zewnętrznych; a więc zastosowanie przez starostę innej formy przetargu niż wskazana przez wojewodę nie powodowałoby nieważności przetargu. Z

¹⁶ W świetle art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy, wymaganie zgody wojewody na niektóre rozporządzenia, zawarte w innych przepisach tej ustawy (zob. poprzedni przypis), wydaje się być „zaszłością historyczną”, dostosowaną do sytuacji, gdy reprezentacja kierownika urzędu rejonowego w zakresie rozporządzania nieruchomościami Skarbu Państwa nie była ograniczona w sposób określony obecnie w znowelizowanym art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy.

¹⁷ Jeśliby uznać, iż w art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy o gosp. nieruch. chodzi o udzielenie przez wojewodę pełnomocnictwa w rozumieniu prawa cywilnego, należałoby konsekwentnie przyjąć, że organem reprezentacji Skarbu Państwa przy zbywaniu nieruchomości należących do zasobu, o którym mowa w art. 21-23 ustawy, jest wojewoda, czego nie da się, moim zdaniem, pogodzić ani z treścią art. 4 pkt 9 w zw. z art. 38 ust. 1 i art. 41 oraz art. 11 tejże ustawy, ani (zwłaszcza) z treścią przepisów art. 20 ust. 1 i 2 ustawy o administracji rządowej w województwie (powołanej w tekście).

treści art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy nie wynika bowiem, by ustanowione w tym przepisie ograniczenie kompetencji starosty w zakresie reprezentacji Skarbu Państwa rozciągało się również na zastrzeżone w sposób jednoznaczny w art. 40 ust. 3 teź ustawy dla starosty, jako organizatora przetargu, uprawnienie do decydowania o formie przetargu.

4. Ustawa nie narzuca organowi ogłaszającemu przetarg ani rodzaju trybu przetargowego (ustny, pisemny), ani zakresu podmiotowego (nieograniczony, ograniczony). Deklaruje bowiem w art. 40 ust. 3, iż o formie przetargu decyduje jego organizator.

Prima facie można by sądzić, iż wbrew powyższej dyspozycji ustawy ograniczenia, gdy chodzi o możliwość organizowania przetargów **ograniczonych**, wprowadzają postanowienia § 14 i § 25 rozp. Analiza ich treści nie potwierdza jednak tej supozycji. Ten drugi przepis stanowi wprawdzie, że „pisemny przetarg ograniczony przeprowadza się, jeżeli warunki przetargowe mogą być spełnione tylko przez ograniczoną liczbę osób”. Oznacza to jednak tylko tyle, że organizator (właściwy organ) może nadać przetargowi charakter ograniczony, jeżeli zarazem ustali takie warunki przetargu, które z góry zawężają grono potencjalnych nabywców; rzecz natomiast w tym, że ustalanie takich eliminacyjnych, wyznaczających ograniczony krąg osób, warunków nie zostało poddane - choć być może powinno (acz w ustawie, nie zaś w rozporządzeniu) - ustawowym restrykcjom. Opinię tę można odnieść również do § 14 dotyczącego przetargu **ustnego** ograniczonego, zważywszy na pkt 3, a zwłaszcza pkt 4 tego paragrafu, którego treść jest analogiczna do treści § 25 rozp. Granice swobody w określaniu warunków ograniczających krąg uczestników przetargu, w celu przeprowadzenia w oparciu o te warunki przetargu ograniczonego, wyznacza ogólny zakaz działania *in fraudem legis* (art. 58 § 1 k.c.). Jako mianowicie działanie zmierzające do obejścia ustawowej zasady stosowania do zbycia nieruchomości trybu przetargowego, należałoby zakwalifikować ogłoszenie przetargu ograniczonego z warunkami obejmującymi, jako przesłankę dopuszczenia do przetargu, indywidualne cechy określonego tylko podmiotu, sformułowanymi w taki sposób wyłączenie po to, by z góry wykluczyć od udziału w przetargu wszystkie pozostałe, potencjalnie zainteresowane nabyciem nieruchomości osoby.

5. Pozostawiając organizatorom przetargów rozstrzygnięcie o zastosowaniu do zbycia nieruchomości przetargu ustnego lub pisemnego, ustawa

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

wprowadza jednocześnie zależność pomiędzy decyzją o przeprowadzeniu przetargu w jednym lub w drugim trybie i kryteriami, jakie mogą być stosowane do wyłonienia spośród jego uczestników nabywcy nieruchomości. Taki mianowicie sens normatywny należy przypisać art. 40 ust. 2, który stwierdza, że „przetarg ustny ma na celu uzyskanie najwyższej ceny”, zaś „przetarg pisemny ma na celu wybór najkorzystniejszej oferty”.

Abstrahując od niezbyt fortunnej redakcji tych postanowień, wynika z nich, iż w wypadku wyboru, jako sposobu zawarcia umowy, i ogłoszenia przetargu ustnego, jedynym kryterium, w oparciu o które dokonuje się w tym trybie ustalenia nabywcy nieruchomości, jest najwyższa zaoferowana cena. Natomiast ustalone przez organizatora, podane w ogłoszeniu, warunki przetargu pisemnego mogą przewidywać również inne, poza ceną, kryteria wyboru przez komisję przetargową najlepszej oferty, co *expressis verbis* potwierdza § 22 rozp.

Powyższe uwagi należy uzupełnić stwierdzeniem, że niemożność stosowania w przetargu ustnym dodatkowych kryteriów „wyboru” oferty nie jest tożsama z zakazem ustalenia w warunkach takiego przetargu określonych postanowień, które staną się treścią umowy zawieranej w wyniku przetargu. Treść tych postanowień nie podlega oczywiście licytacji, jest jednakowa dla każdego oferenta - potencjalnego nabywcy, który przez przystąpienie do przetargu godzi się na włączenie tych postanowień do umowy.

6. Ogłoszenie przetargu powinno być poprzedzone - co wynika z art. 38 ust. 2 i art. 35 ust. 1 ustawy - podaniem do publicznej wiadomości wykazu nieruchomości przeznaczonych do sprzedaży lub oddania w użytkowanie wieczyste. Jedynie na marginesie należy zauważyć, że obowiązek upublicznienia informacji w ten sam sposób dotyczy również nieruchomości przeznaczonych do oddania w użytkowanie, dzierżawę lub najem.

Wykaz powinien zawierać informacje, o których mowa w art. 35 ust. 2 ustawy. Wywiesza się go na okres 21 dni w siedzibie urzędu „obsługującego” organ właściwy do gospodarowania zasobem nieruchomości, do którego wchodzi nieruchomości objęte wykazem, zaś informacje o tym fakcie podaje się ponadto w sposób zwyczajowo przyjęty do publicz-

nej wiadomości. Przetarg ogłasza się nie wcześniej niż po upływie okresu wywieszenia wykazu (art. 38 ust. 2 *in principio*)ⁿ.

Skutki prawne ogłoszenia i przeprowadzenia przetargu z naruszeniem przytoczonych wyżej postanowień nie są oczywiste. Zważywszy wszak na tożsamość organu sporządzającego i upubliczniającego wspomniany wykaz oraz organu ogłaszającego przetarg, tudzież na cel tych pierwszych czynności, którym jest, jak można sądzić, udostępnienie wszystkim zainteresowanym informacji o zamiarze i sposobie rozporządzenia oznaczonymi nieruchomościami - nie wydaje się¹⁹, by uchybienia organizatora przetargu w zakresie sporządzenia i upublicznienia wykazu nieruchomości przeznaczonych do sprzedaży lub oddania w użytkowanie wieczyste powodowały nieważność publicznie ogłoszonego przetargu (umowy zawartej w jego wyniku)²⁰. Byleby organizator przetargu uzyskał wymaganą - stosownie do art. 23 ust. 1 pkt 7 ustawy o gospodarce nieruchomościami lub art. 18 ust. 2 pkt 9 lit. a zd. 2 ustawy o samorządzie gminnym i art. 18 pkt 19 lit. a zd. 2 ustawy o samorządzie województwa - zgodę na zbycie „wystawionej” do przetargu nieruchomości; o zgodzie tej była mowa wyżej w pkt 2 i 3.

7. Przetarg ogłasza, a tym samym wszczyna procedurę zawierania umowy „w drodze przetargu”, właściwy organ (art. 38 ust. 1 ustawy),

wyrażoną w nim oczywistą dyspozycję traktować inaczej, iż organy gospodarujące zasobami nieruchomości stanowiącymi własność publiczną powinny respektować postanowienia art. 34 ustawy, przyznające określonym osobom „pierwszeństwo” do nabycia nieruchomości; innymi słowy, przepis ten „instruuje” właściwy organ, że nie należy ogłaszać przetargów na nieruchomości objęte tym pierwszeństwem, chyba że na mocy art. 34 ust. 4 i 5 wygasło. Problematyka tzw. pierwszeństwa z art. 34 ustawy stanowi odrębny od problematyki przetargu kompleks zagadnień i zasługuje na osobne opracowanie. Dość obszerne wywody na ten temat - bywa, że kontrowersyjne - pióra G. B i e n i e k a zawiera *Komentarz do ustawy o gospodarce nieruchomościami*, 1.1, Warszawa-Zielona Góra 1998, s. 145 i nast. W kontekście rozważań o przetargu zwrócić należy jedynie uwagę, że określone w art. 36 ustawy skutki dokonanej z naruszeniem pierwszeństwa rozporządzenia nieruchomością nie wiążą się w żaden sposób z trybem zawarcia umowy.

nie SN z dnia 13 sierpnia 1968 roku (OSN 1969, poz. 173), które zresztą zostało wydane na gruncie całkiem innego stanu prawnego.

²⁰ Tak również - pod rządem ustawy z dnia 29 kwietnia 1985 roku (art. 23) - E. D r o z d, jw., s. 130; odmiennie G. B i e n i e k, jw., s. 162 (uw. 1 *in fine* do art. 35 ustawy).

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

wskazany wyżej w pkt 2 i 3, będący organizatorem przetargu. Ogłoszenie przetargu powinno zawierać informacje o nieruchomości, zamieszczane w wykazie, o którym mowa w art. 35 ust. 2 ustawy, oraz określać czas, miejsce i warunki przetargu (art. 38 ust. 2 zd. 2 ustawy; zob. też art. 70' § 2 k.c.).

Ogłoszenie powinno wskazywać - co oczywiste - formę przetargu (art. 40 ust. 1 i 3 ustawy i § 2 ust. 1 rozp.) oraz rodzaj rozporządzenia: sprzedaż lub oddanie w użytkowanie wieczyste. Obserwacja praktyki przetargowej pozwala dostrzec występujące w niej zjawisko zastrzegania w ogłoszeniach o pisemnych przetargach możliwości, alternatywnie, sprzedaży nieruchomości lub jej oddania w użytkowanie wieczyste. Taka treść ogłoszenia przetargowego oznacza, że organizator przetargu, włączając podjęcie decyzji w tej kwestii w procedurę przetargową, uzależnia tę decyzję od treści złożonych ofert. Jak się wydaje, przyjęcie takiego rozwiązania w przetargu pisemnym jest dopuszczalne²¹. Jedyne dla porządku należy zauważyć, że nie jest to możliwe w przetargu ustnym. Określona bowiem w rozporządzeniu konstrukcja tego przetargu, w szczególności sposób ustalania jego wyniku, przesądza o stosowaniu w nim wyłącznie jednego, a przy tym jednolitego kryterium „wyboru” oferty, jakim jest najwyższa zaoferowana cena za to samo świadczenie. Treść warunków przetargu, a tym samym treść ogłoszenia (art. 28 ust. 2 zd. 1 ustawy) jest w istotnym stopniu zdeterminowana „celem” (zob. art. 40 ust. 2 ustawy) i zakresem podmiotowym (nieograniczony lub ograniczony) przetargu. W każdym wypadku składnikiem tych warunków powinna być cena wywoławcza nieruchomości²², która nie może być w pierwszym przetargu niższa od ustalonej przez rzeczoznawcę wartości nieruchomości (art. 67 ust. 2 pkt 1 ustawy), oraz wysokość wadium i termin wniesienia (§ 4 ust. 1-5 rozp.). Poza tym - w zależności od tego, według jakich kryteriów ma

²¹ Tylko o tyle jednak, o ile zgoda, o której była mowa w pkt 2 i 3, nie ustala wyłącznie jednego z tych rodzajów rozporządzeń.

²² Jeżeli przetarg dotyczy oddania w użytkowanie wieczyste nieruchomości zabudowanej, a więc jego treścią jest zarazem sprzedaż budynków i innych urządzeń znajdujących się na gruncie (art. 31 ustawy), w cenie wywoławczej wyodrębnia się - stosownie do § 3 rozp - cenę gruntu oraz tych budynków i urządzeń; co następnie służy do proporcjonalnego wydzielenia z ceny uzyskanej w przetargu części przypadającej na grunt, celem ustalenia pierwszej i dalszych opłat z tytułu użytkowania wieczystego, oraz części stanowiącej cenę sprzedaży budynków i urządzeń.

nastąpić rozstrzygnięcie przetargu (czy tylko ceny, czy również innych) oraz od tego, czy przetarg jest nieograniczony, czy ograniczony - warunki przetargu powinny obejmować postanowienia określające te kryteria oraz wymagania dotyczące kwalifikacji lub właściwości oferentów.

Gdy przetarg dotyczy oddania nieruchomości w użytkowanie wieczyste, w warunkach przetargu dotyczących treści przyszłej umowy należałoby określić okres tegoż użytkowania; brak takiego postanowienia oznaczać będzie - zgodnie z zasadą art. 236 § 1 k.c. - że okres ten wyniesie 99 lat. Poza tym, jeżeli grunt jest przeznaczony pod zabudowę, warunki powinny obejmować termin i sposób zabudowy (por. art. 35 ust. 2 pkt 4 i 5 w zw. z art. 38 ust. 2 zd. 2 ustawy). W wypadku przetargu pisemnego alternatywnym rozwiązaniem może być wskazanie, że propozycje w kwestii terminu zabudowy, sposobu zagospodarowania nieruchomości (w ramach wyznaczonych planem miejscowym) czy rodzaju zabudowy należą do treści ofert i liczą się przy wyborze najkorzystniejszej.

Jeżeli przedmiotem przetargu jest nieruchomość wpisana do rejestru zabytków, stanowiąca własność jednostki samorządu terytorialnego, zaś organizator przetargu nie uzyskał przed jego ogłoszeniem opinii wojewódzkiego konserwatora zabytków odnośnie do zamierzonego zbycia takiej nieruchomości (p. art. 13 ust. 4 pkt 2 ustawy), w warunkach przetargu należałoby umieścić zastrzeżenie, iż zarząd gminy, powiatu czy województwa może się uchylić od zawarcia z ustalonym w przetargu nabywcą umowy ostatecznej (sprzedaży, o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste)²³ w wypadku negatywnej opinii konserwatora na temat tego rozporządzenia²⁴.

²³ Ze względu na wymagania dla umów wymienionych w nawiasie („ostatecznych”) formy notarialnej, bezpośrednim wynikiem omawianych tutaj przetargów jest zawarcie jedynie umowy przedwstępnej do takiej umowy. Piszę o tym w osobnym opracowaniu, wspomnianym w pkt 1.

²⁴ Przy okazji wypada zauważyć, że jeżeli przedmiotem przetargu jest nieruchomość „zabytkowa” stanowiąca własność Skarbu Państwa, warunkiem prawnym, od którego zależy możliwość zawarcia umowy ostatecznej, gdy przesłanka ta nie została spełniona przed ogłoszeniem przetargu, jest uzyskanie zgody konserwatora zabytków na rozporządzenie nieruchomością (art. 13 ust. 4 pkt 1 ustawy). Podobnie należy zakwalifikować, odnośnie do cudzoziemców uczestniczących w przetargu, przewidziane w ustawie z dnia 24 marca 1920 roku o nabywaniu nieruchomości przez cudzoziemców (t.j. Dz.U. z 1996 roku Nr 54, poz. 245 z późn. zm.) zezwolenie na nabycie nieruchomości.

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

Do powyższych uwag należy dodać, że stosownie do § 16 pkt 4 rozp., wymaganie podania w ogłoszeniu o przetargu jego warunków (art. 38 ust. 2 zd. 2 ustawy) jest spełnione, gdy chodzi o tzw. „dodatkowe” warunki przetargu pisemnego, jeżeli ogłoszenie zawiera informację „o terminie i miejscu, w którym można zapoznać się” z tymi dodatkowymi warunkami. Nie dotyczy to kryteriów (warunków) wyznaczających zakres przedmioty przetargu ograniczonego; te bowiem, zgodnie z § 26 pkt 1 rozp., powinny być podane bezpośrednio w ogłoszeniu.

W treści ogłoszenia o pisemnym przetargu zamieszcza się również wzmiankę o końcowym terminie składania pisemnych ofert oraz zastrzeżenie o możliwości zamknięcia takiego przetargu bez wybrania oferty. O skutkach braku w ogłoszeniu takiego zastrzeżenia będzie mowa w zapowiedzianym w pkt 1 oddzielnym opracowaniu.

Ogłoszenie przetargu wywiesza się, jak stanowi art. 38 ust. 2 zd. 3 ustawy, w siedzibie urzędu „obsługującego” organ organizujący przetarg, a ponadto informuje się o tym w sposób zwyczajowo przyjęty w danej miejscowości. Jeżeli cena wywoławcza nieruchomości jest wyższa niż 50 000 zł, ogłoszenie zamieszcza się poza tym w lokalnej prasie (§ 6 ust. 3 rozp.).

Ogłoszenie powinno być podane do publicznej wiadomości co najmniej na dwa tygodnie przed terminem przetargu (§ 6 ust. 1 rozp.).

Z brzmienia cytowanych przepisów, jak też z ich wykładni funkcjonalnej wynika, że organizator przetargu nie może zastąpić, także w przetargu ograniczonym, publicznego ogłoszenia pisemnym zawiadomieniem skierowanym do imiennie określonych osób²⁵, bez względu na to, jak duża byłaby ich liczba. Nie oznacza to oczywiście, że organizator, podając ogłoszenie o przetargu do publicznej wiadomości w sposób przewidziany w powyższych przepisach, nie może poza tym zaprosić imiennie znanych mu potencjalnych nabywców. Zaproszenie takie, będące tylko informacją o ogłoszeniu przetargu dokonany publicznie, nie rodzi żadnych skutków prawnych.

²⁵ Co nie jest natomiast wykluczone na gruncie ogólnych przepisów k.c. o przetargu. Por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *juw.*, s. 228; S. Rudnicki, [w:] S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego - Część ogólna*, Warszawa 1998, s. 179.

8. Ogłoszeniem przetargu, które wyraża decyzję stosowania takiego sposobu zawarcia oczekiwanej przez ogłaszającego umowy i jest zaproszeniem do składania ofert w tym trybie, określającym warunki przyjęcia oferty, organizator jest związany²⁶. Nie tylko w tym sensie, że zawarte w ogłoszeniu postanowienia stają się treścią więzi proceduralnej pomiędzy ogłaszającym a uczestnikami przetargu i wyznaczają wraz z przepisami prawa reguły postępowania przetargowego²⁷. Chodzi poza tym o to, że organizator nie może bez powodu, według własnej woli, odwołać przetargu ani zastrzec sobie takiego prawa w ogłoszeniu. Według bowiem przepisu § 2 ust. 4 rozp.: „Właściwy organ może odwołać ogłoszony przetarg jedynie z uzasadnionej przyczyny, informując o tym niezwłocznie w formie właściwej dla ogłoszenia o przetargu”. Ten swoisty stan związania jest oczywiście nieporównywalny ze stanem powstającym na skutek złożenia oferty. Pomijając nawet, że cytowany przepis tylko ogranicza odwołanie przetargu, a nie wyłącza, nie stwarza on żadnemu z potencjalnych nabywców, nie wyłączając osób, które po ogłoszeniu przetargu wpłaciły wadium bądź również (w wypadku przetargu pisemnego) złożyły oferty nabycia, prawnych możliwości wymuszenia kontynuowania procedury przetargowej i zawarcia umowy. Jak się natomiast wydaje, nieuzasadnione lub nieprawidłowe odwołanie przetargu należy oceniać w kategoriach *culpa in contrahendo*, której skutkiem jest powstanie obowiązku zwrotu kosztów poniesionych przez osoby, które przed odwołaniem przetargu (lub przed dowiedzeniem się o odwołaniu, jeżeli dokonane zostało nieprawidłowo) wniosły wadium (w przetargu ustnym) lub również złożyły oferty (w przetargu pisemnym), związanych z dokonaniem tych czynności (odszkodowanie w granicach interesu negatywnego)²⁸.

²⁶ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 1997, s. 261 i nast.; J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, nr 1, s. 4; zob. też A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, jw.

²⁷ Por. Z. Radwański, jw., s. 263 oraz J. Rajski, jw., jak też cytowane przez tych autorów prace G. Ćmikiewicza i M. Jasiakiewicza; zob. też R. Szostak, *Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych*, PS 1998, nr 11-12, s. 80; z orzecznictwa zob. zwłaszcza orzeczenie SN z dnia 2 sierpnia 1994 roku (OSN 1995, poz. 11) i z dnia 25 kwietnia 1996 roku (OSN 1996, poz. 115).

²⁸ W niektórych z powołanych w przyp. 27 wypowiedziach (zob. też S. Rudnicki, jw., s. 180 i 183) sugeruje się, mniej lub bardziej wyraźnie, jakoby przystąpienie do przetargu powodowało powstanie - poza więzią, którą określiłem jako proceduralną - umow-

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

9. Upřednio już zaznaczyłem, że w treści ogłoszenia przetargowego umieszcza się wzmiankę o wysokości wadium i terminie jego wniesienia.

Wadium jest, z zastrzeżeniem postanowień § 5 rozp., warunkiem dopuszczenia każdego z potencjalnych oferentów do przetargu, a więc do składania postąpień w przetargu ustnym lub zakwalifikowania oferty do części niejawniej przetargu pisemnego. Takie znaczenie nadaje *expressis verbis* wadium § 4 ust. 1 w zw. z § 13 ust. 1 oraz § 19 ust. 3 pkt 2 i § 20 pkt 1 rozp.; jednakże możliwość zastrzeżenia wniesienia wadium przewiduje ustawa, określając w art. 41 ust. 2 jego skutki prawne po rozstrzygnięciu przetargu.

Do wadium²⁹, także wtedy, gdy jest wnoszone w gotówce (zob. niżej), nie mają zastosowania, nawet odpowiedniego, przepisy kodeksu cywilnego o zadatku, z uwagi na odrębne i samodzielne uregulowanie związanych z wadium skutków prawnych.

Z powołanego przepisu ustawy wynika, o czym powinno informować ogłoszenie przetargu (§ 12 pkt 6 i § 16 pkt 8 rozp.)³⁰ oraz zawiadomienie, o którym mowa w zd. 2 ust. 2 art. 41 ustawy, że organizator przetargu może odstąpić od zawarcia umowy ostatecznej³¹ i zatrzymać wadium

tego stosunku zobowiązaniowego, do którego stosuje się przepisy art. 471 i nast. k.c. Gdyby nawet przyjąć istnienie pomiędzy organizatorem i uczestnikami przetargu (oprócz warunkowego zobowiązania, o którym mowa w następnych punktach, związanego z wadium) stosunku zobowiązaniowego w rozumieniu art. 353 k.c., w którym „długiem” jest przestrzeganie regul przetargu, to z więzi, w ramach której może dojść do zawarcia oczekiwanej umowy z jednym z uczestników, nie mogą - *a maiori ad minus* - wynikać dalej idące skutki prawne, gdy chodzi o odszkodowanie, niż z umowy przedwstępnej, która przygotowując zawarcie oczekiwanej umowy, konkretyzuje i definitywnie ustala strony tej umowy oraz obowiązek i uprawnienie do jej zawarcia; skutki zaś odszkodowawcze tej umowy ograniczone są do szkody w granicach interesu negatywnego (art. 390 § 1 k.c.) Przy okazji wypada zauważyć, że w świetle ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (t.j. Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773), niezależnie od przyczyny odrzucenia ofert nie przysługują oferentom z tego tytułu żadne roszczenia przeciwko organizatorowi przetargu (art. 47).

²⁹ Problematyce wadium na gruncie ustawy o zamówieniach publicznych poświęca obszerne wywody R. S z o s t a k, jw., s. 77-108.

³⁰ Jednakże brak takiej wzmianki w ogłoszeniu nie pozbawia, moim zdaniem, wadium znaczenia, o którym niżej, byleby uczestnik przetargu został o konsekwencjach nieprzyjęcia do umowy ostatecznej poinformowany w sposób przewidziany w powołanym przepisie ustawy.

³¹ Zob. przypis 23.

wniesione przez osobę, na rzecz której rozstrzygnięty został przetarg, w wypadku nieprzystąpienia przez nią do zawarcia umowy w miejscu i czasie wyznaczonym przez organizatora przetargu, stosownie do art. 41 ust. 1 ustawy³² (nie ma oczywiście przeszkód, by miejsce i czas były wyznaczone na podstawie porozumienia pomiędzy stronami).

Z cytowanych uregulowań wynika, że wadium stanowi w chwili jego wniesienia swoistą kaucję zabezpieczającą przystąpienie do umowy ostatecznej (sprzedaży lub o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste) przez tego z uczestników przetargu, który go wygra. W razie zaś uchylenia się tegoż uczestnika od zawarcia umowy ostatecznej, staje się zryczałtowaną postacią odszkodowania za niewykonanie obowiązku zawarcia tej umowy³³; pełni więc funkcję zbliżoną do odszkodowania przewidzianego w art. 390 § 1 k.c., należnego jednakże bez względu na wysokość poniesionej przez organizatora przetargu szkody³⁴. Z chwilą zawarcia umowy sprzedaży lub umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste, wadium wniesione w gotówce zaliczone zostaje na poczet ceny sprzedaży lub pierwszej opłaty z tytułu użytkowania wieczystego. Poza tym wadia podlegają zwrotowi w ciągu trzech dni od zamknięcia lub odwołania przetargu (§ 4 ust. 6 rozp.). Tę ostatnią uwagę należy uzupełnić stwierdzeniem, że wniesienie wadium nie tworzy po stronie organizatora przetargu uprawnienia do jego zatrzymania w wypadku, gdyby osoba, która je wniosła, nie przystąpiła w ogóle do licytacji lub nie złożyła pisemnej oferty.

Wypada też zauważyć, że z wadium - inaczej niż z zadatkiem, który działa niejako w obie strony - ustawa nie wiąże skutków „dyscyplinujących” organizatora przetargu do zawarcia umowy ostatecznej³⁵.

³² Odnośnie do uczestników przetargu podlegających zwolnieniu od wniesienia wadium na podstawie i na warunkach § 5 rozp., tenże przepis przewiduje obowiązek zapłaty w takiej sytuacji kwoty w wysokości wadium.

³⁵ Por. Z. R a d w a Ń s k i, jw., s. 264.

wygra! przetarg podlegający omawianym przepisom - dochodzić zawarcia umowy ostatecznej (p. przyp. 23) w trybie art. 64 k.c. i 1047 k.p.c. Problematykę tę omawiam w innym artykule.

³⁵ Uczestnik przetargu może natomiast dochodzić przed sądem zawarcia tej umowy; zob. poprzedni przepis.

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

10. Szczególne problemy rodzi wniesienie wadium w innych niż gotówka formach, którą to możliwość przewiduje § 4 ust. 4 rozp. Stosownie do tego przepisu, wadium może być wnoszone również w „obligacjach państwowych, papierach wartościowych dopuszczonych do obrotu giełdowego, listach gwarancyjnych lub wekslach”. Wyboru formy czy form wniesienia wadium dokonuje organizator przetargu (właściwy organ) informując o tych formach w ogłoszeniu (§ 4 ust. 5 rozp.).

Powyższe stwierdzenia, będące prawie dosłownymi cytataми powołanych przepisów, nie oddają jednakże istoty zawartych w nich unormowań. Otóż, wbrew pozorom stworzonym przez ich redakcję słowną, pozagotówkowe „formy wnoszenia wadium” nie tyle są alternatywnymi do gotówki postaciami wadium, co raczej formami zabezpieczenia³⁶ warunkowego zobowiązania pieniężnego do zapłaty kwoty równej wadium w sytuacji, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy, a więc w razie nieprzyjęcia uczestnika wygrywającego przetarg do umowy ostatecznej. To warunkowe, zabezpieczone jedną z pozagotówkowych „form wnoszenia wadium”, zobowiązanie powstaje na skutek „wniesienia wadium” w takiej formie za zgodą organizatora przetargu. Zawartą w § 4 ust. 5 rozp. dyspozycję, iż wyboru wadium dokonuje organizator, informując o tym w ogłoszeniu przetargowym, należy rozumieć właśnie jako możliwość wyrażenia przez organizatora przetargu zgody na kreowanie, zamiast realnego wpłacenia wadium przez uczestnika, warunkowego zobowiązania tegoż uczestnika do zapłaty kwoty równej wadium w wypadku określonym we wspomnianym wyżej przepisie ustawy, zabezpieczonego „inną formą wadium”.

Sposób „wniesienia” wadium w innych niż gotówka formach jest zdeterminowany uregulowaniami określającymi zasady rozporządzania poszczególnymi (wymienionymi w § 4 ust. 4 rozp.) papierami wartościowymi lub też zasady ich kreowania oraz uregulowaniami dotyczącymi „listów gwarancyjnych”.

Jeśli chodzi o te ostatnie, dodatkowym problemem jest to, że nie jest pewne, co redaktorzy rozporządzenia „ukryli” pod tym terminem. Można

³⁶ Por. R. Szostak, jw., s. 87 i 88.

jedynie domniemywać, że chodzi o gwarancję bankową lub może także o poręczenie udzielone przez bank bądź inny podmiot³⁷. Jeśli przyjąć to założenie, to stosownie do przepisów prawa bankowego, wniesienie wadium w formie gwarancji bankowej polegałoby na jednostronnym zapewnieniu przez bank - na zlecenie osoby przystępującej do przetargu (p. art. 80 pr. bank.) - iż na żądanie organizatora przetargu zapłaci mu określoną kwotę pieniężną, odpowiadającą wysokości wymaganego wadium, gdy zleceniodawca tej gwarancji wygra przetarg i uchyli się od zawarcia umowy ostatecznej; zapewnienie to może określać, jakie dokumenty potwierdzające powyższe okoliczności powinien dołączyć do żądania zapłaty organizator przetargu (art. 81 pr. bank.). Z kolei wniesienie wadium w formie poręczenia za warunkowe zobowiązanie uczestnika przetargu do zapłaty kwoty wadium (p. wyżej) wymagałoby zawarcia, przed upływem wyznaczonego w ogłoszeniu terminu wnoszenia wadium, umowy poręczenia pomiędzy poręczycielem (bankiem lub innym podmiotem) i organizatorem przetargu, stosownie do art. 876 i nast. k.c. (zob. też art. 84 i art. 80 pr. bank.)³⁸.

W wypadku gdy jedną ze wskazanych przez organizatora form wnoszenia wadium są „papiery wartościowe dopuszczone do obrotu giełdowego”, a więc zdematerializowane, ich „wniesienie” w charakterze wadium może nastąpić z zastosowaniem reguł ustalonych w rozporządzeniu Rady Ministrów z dnia 22 grudnia 1998 roku w sprawie trybu i warunków postępowania domów maklerskich i banków prowadzących działalność maklerską oraz banków prowadzących rachunki papierów wartościowych (Dz.U. Nr 163, poz. 1159). W świetle tego rozporządzenia, jak też przede wszystkim ustawy z dnia 21 sierpnia 1997 roku - Prawo o publicznym obrocie papierami wartościowymi (Dz.U. Nr 118, poz. 754 z późn. zm.),

³⁷ Zob. art. 41 ust. 2 ustawy o zamówieniach publicznych, w którym jest mowa m.in. o gwarancji bankowej, poręczeniu i gwarancji ubezpieczeniowej. W przepisie tym nie została wymieniona akredytywa zabezpieczająca, przewidziana w art. 87 ust. 4 pr. bank., co skłania - zgodnie z regułami wykładni systemowej - do rezygnacji z domniemania, iż termin „listy gwarancyjne” obejmuje również otwarcie przez bank takiej akredytywy, mimo że ta forma wnoszenia wadium mogłaby, moim zdaniem, z powodzeniem spełniać tę samą funkcję, co inne formy niegotówkowe.

³⁸ Trudno však uznać poręczenie za atrakcyjny - z punktu widzenia organizatora przetargu - instrument do „zastępczego”, w stosunku do wadium gotówkowego, zabezpieczenia jego interesów; zwłaszcza gdyby poręczycielem miał być inny podmiot niż bank.

wniesienie wadium w formie tych papierów wartościowych nie może **polegać** na ich przeniesieniu na właściwy organ (p. art. 89 tej ustawy). Może natomiast polegać na ustanowieniu na rachunku papierów wartościowych osoby przystępującej do przetargu blokady określonej liczby papierów wartościowych, połączonej z ustanowieniem pełnomocnictwa dla osoby uprawnionej z tytułu blokady (czyli organizatora przetargu) do sprzedaży zablokowanych papierów i zaspokojenia się z uzyskanych w ten sposób środków pieniężnych; podstawą dokonania tej blokady przez dom maklerski byłaby umowa pomiędzy organizatorem przetargu i osobą do niego przystępującą oraz złożenie przez tę ostatnią pisemnej dyspozycji blokady (§ 67 i nast. rozp. RM z dnia 22 grudnia 1998 roku). Przeszkodą dla ustanowienia tej formy zabezpieczenia nie jest, jak sądzę, warunkowy charakter zobowiązania do zapłaty kwoty nie wpłaconego przed przystąpieniem do przetargu wadium. Przeciwnie stanowisko oznaczałoby, że wbrew treści omawianego § 4 ust. 4 rozp. wnoszenie wadium w „papierach wartościowych dopuszczonych do obrotu giełdowego” nie jest *de facto* możliwe. Nie wydaje się bowiem, aby adekwatną do potrzeb formą wnoszenia wadium w tychże papierach było ustanowienie na nich zastawu, przewidziane w § 73 i nast. cyt. rozp. RM z dnia 22 grudnia 1998 roku, z uwagi na konieczność uzyskania tytułu wykonawczego i prowadzenia postępowania egzekucyjnego dla zaspokojenia się z zastawionych papierów (§ 78)³⁹.

Powyższe uwagi należy również odnieść do „wniesienia”, zamiast wadium gotówkowego, znajdujących się na rachunku papierów wartościowych, obligacji państwowych, przez które należy rozumieć - z chwilą wejścia w życie ustawy z dnia 26 lutego 1998 roku o finansach publicznych (Dz.U. Nr 155, poz. 1014) - obligacje skarbowe, o których mowa w art. 54 pkt 2 i art. 58 tej ustawy.

Co się tyczy ostatniej z wymienionych w § 4 ust. 4 rozp. form wnoszenia wadium, a więc weksli, to adekwatne do funkcji wadium niego-

³⁹ Ustanowienie natomiast na papierach, zamiast wpłacenia wadium, zastawu rejestrowego - co w świetle art. 89 ust. 1 pkt 2 pr. o publ. obr. pap. wart. i § 77 ust. 2 rozp. RM z dnia 22 grudnia 1998 roku (cyt. w tekście) w zw. z art. 22 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 6 grudnia 1996 roku o zastawie rejestrowym i rejestrze zastawów (Dz.U. Nr 149, poz. 703 z późn. zm.) umożliwiłoby ich przejęcie, za zgodą Komisji Papierów Wartościowych, na własność - jest w postępowaniu przetargowym czystą abstrakcją.

tówkowego (którą jest, przypomnijmy, zabezpieczenie warunkowego zobowiązania do zapłaty kwoty wadium w razie nieprzystąpienia uczestnika przetargu do umowy ostatecznej) wydaje się być wystawienie przez osobę przystępującą do przetargu weksla *in blanco* (art. 10 pr. weksl.), ze względu właśnie na jego gwarancyjny charakter. Do weksla może być dołączona tzw. deklaracja wekslowa, w której wskazane zostaną okoliczności upoważniające organizatora przetargu do jego wypełnienia (nieprzystąpienie uczestnika do umowy ostatecznej) oraz suma wekslowa (w wysokości kwoty wadium), jeżeli nie została już oznaczona w wekslu (weksel częściowo wypełniony). Weksel *in blanco* może być zarówno wekslem trasowanym, jak i własnym.

Organizator przetargu może zażądać - co jest w jego interesie - aby składany mu weksel był poręczony, a jeżeli jest to weksel trasowany, by zawierał ponadto akcept (przyjęcie) trasata. Zakres tych wymagań ze strony organizatora przetargu zależy od okoliczności. Jeżeli np. akceptantem (w wypadku weksla trasowanego) jest tak wiarygodny podmiot jak bank, to bardziej sprawą banku niż organizatora przetargu jest ewentualne wymaganie od wystawcy (uczestnika przetargu), by poręczyła za niego określona liczba avalistów.

Raczej tylko teoretyczną możliwością jest wniesienie przez uczestnika przetargu wadium w formie weksla zupełnego, którego jest remitentem lub indosatariuszem, przez jego indosowanie na organizatora przetargu. Indos mógłby być dokonany *in blanco* (art. 12 ust. 3 i art. 13 ust. 2 pr. weksl.). Ze względu na cel, któremu w rozważanej sytuacji służy przeniesienie praw z weksla, interesy organizatora przetargu zabezpieczałby już dostatecznie indos zastawniczy, a więc zawierający wzmiankę „waluta na zabezpieczenie”, „waluta w zastaw” lub podobną (art. 19 pr. weksl.).

Na koniec kilka uwag na temat treści i sposobu wykonania omawianego w pkt 9 uprawnienia z art. 41 ust. 2 ustawy do zatrzymania wadium (*yerba legis*: „wplacone wadium nie podlega zwrotowi”), gdy wadium zostało wniesione w formie niegotówkowej. Najpierw należy zauważyć, że w wypadku nieprzystąpienia do umowy ostatecznej uczestnika przetargu, który wniósł wadium w takiej formie, staje się skuteczne i wymagalne jego zobowiązanie do zapłaty kwoty pieniężnej równej wadium, zabezpieczone „wniesionymi” jako wadium papierami wartościowymi (listami gwarancyjnymi). Organizatorowi przetargu przysługują zatem,

Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium.

moim zdaniem, wynikające z tego zobowiązania roszczenie wobec uczestnika przetargu o zapłatę kwoty wadium oraz uprawnienia wynikające z dokonanego - w następstwie wniesienia wadium w formie niegotówkowej - zabezpieczenia teje wierzytelności. Realizacja tych ostatnich uprawnień nie jest uwarunkowana bezskutecznością dochodzenia roszczenia ze wspomnianego zobowiązania uczestnika przetargu.

Sposób wykonania uprawnień wynikających z „wniesionych” jako wadium papierów wartościowych zależy - co oczywiste - od rodzaju tych papierów (listów gwarancyjnych) i od - przedstawionej wyżej - jurydycznej treści tego „wniesienia”.

I tak w szczególności w wypadku wystawienia weksla *in blanco*, organizator przetargu może go wypełnić i dochodzić wierzytelności wekslowej (stanowiącej kwotę wadium) od podmiotów zobowiązanych wekslowo. Może też skutecznie (por. art. 10 pr. weksl.), nawet wbrew deklaracji wekslowej, puścić weksel w obieg wekslowy (indosować), w szczególności w celu dyskonta, chyba że weksel zawierał zastrzeżenie „nie na zlecenie” lub inne równoznaczne (art. 11 ust. 2 pr. weksl.).

Jeżeli formą wniesienia wadium są papiery wartościowe lub obligacje skarbowe, organizator przetargu, dysponujący pełnomocnictwem uczestnika przetargu do sprzedaży zablokowanych na rachunku tegoż uczestnika papierów (p. wyżej), może - z chwilą bezskutecznego upływu terminu wyznaczonego uczestnikowi przetargu do zawarcia umowy ostatecznej - zlecić biurowi maklerskiemu sprzedaż tych papierów i z uzyskanych ze sprzedaży środków pieniężnych zaspokoić swoje roszczenie o zapłatę kwoty wadium należnej mu z powodu nieprzystąpienia uczestnika do teje umowy.

Wreszcie, w wypadku wniesienia wadium w formie gwarancji bankowej, organizator przetargu może wystąpić - po bezskutecznym upływie wyznaczonego uczestnikowi, który wygrał przetarg, terminu do zawarcia umowy sprzedaży lub o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste - z żądaniem zapłaty przez bank oznaczonej w gwarancji kwoty pieniężnej. W wypadku natomiast poręczenia, wraz z powstaniem roszczenia wobec uczestnika przetargu uchylającego się od zawarcia tej umowy, solidarnym z nim dłużnikiem staje się osoba, która poręczyła za warunkowe zobowiązanie tegoż uczestnika do zapłaty kwoty wadium w razie nieprzystąpienia do umowy.