

Krzysztof Stefaniuk

Zawarcie umowy w drodze przetargu według ustawy o gospodarce nieruchomościami

Ustawa z dnia 21.08.1997 roku o gospodarce nieruchomościami¹, zwana dalej „ustawą”, poza statuowaniem - z wyjątkami w niej przewidzianymi - zasady stosowania trybu przetargowego przy sprzedaży i oddaniu w użytkowanie wieczyste nieruchomości Skarbu Państwa i jednostek samorządu terytorialnego, w ograniczonym jedynie zakresie reguluje ten tryb zawarcia umowy. Ponadto, z mocy upoważnienia zawartego w art. 42 ustawy, który stanowi, że „szczegółowe zasady i tryb przeprowadzenia przetargów na nieruchomości” określi w drodze rozporządzenia Rada Ministrów, procedurę przetargową reguluje rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 13.01.1998 roku w sprawie określenia szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania przetargów na zbycie nieruchomości stanowiących własność Skarbu Państwa lub własność gminy². Przepisy ustawy normujące przetarg i rozporządzenia są przepisami szczególnymi w stosunku do przepisów kodeksu cywilnego o zawarciu umowy w drodze przetargu. Te ostatnie więc mają zastosowanie do przetargów podlegają-

¹ Dz.U. Nr 115, poz. 741 z późn. zm.

² Dz.U. Nr 9, poz. 30. Należy oczekiwać, że omawiane rozporządzenie - 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 je stosować *per analogiom*.

cych omawianej ustawie tylko w zakresie nie uregulowanym odmiennie w przepisach tej ustawy i rozporządzenia.

Przechodząc po tym wstępie do omawiania poszczególnych kwestii związanych z tematem opracowania, chciałbym już w tym miejscu zaznaczyć, że pominię w dalszych rozważaniach problematykę wyboru formy przetargu oraz w zasadzie problematykę ogłoszenia przetargu i wniesienia wadium, gdyż zagadnieniom tym poświęcony jest osobny artykuł.

2. Przetarg ustny - poza tym, że dotyczą go przepisy ogólne wspomnianego na wstępie rozporządzenia wykonawczego - uregulowany jest w rozdziale 2, a przetarg ustny ograniczony ponadto w rozdziale 3 tegoż rozporządzenia. Natomiast ustawa, wymieniając te „formy” przetargu, ogranicza się do wskazania, gdy chodzi o założenia konstrukcyjne przetargu ustnego, że „przetarg ustny ma na celu uzyskanie najwyższej ceny (art. 40 ust. 2 zd. 1). Zanim przystąpię do analizy tych szczególnych uregulowań, należy przypomnieć, że według kodeksu cywilnego (art. 70²) „oferta złożona w toku przetargu ustnego przestaje wiązać, gdy inny licytant złoży ofertę korzystniejszą albo przetarg zostanie zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej” (§ 1); zaś zawarcie umowy w drodze tego przetargu „następuje z chwilą wybrania oferty” (§ 2).

Przepisy rozporządzenia, choć oczywiście nawiązują do kodeksowej konstrukcji przetargu ustnego, wprowadzają rozwiązania nadające mu „własne oblicze”. Nie chodzi tylko o to, że rozporządzenie - w ślad za cytowanym postanowieniem ustawy, z którego wynika, iż przetarg ustny ma zapewnić uzyskanie najwyższej ceny - dookreśla „ofertę korzystniejszą”: jest to oferta z wyższą ceną, ponadto ustala, iż pierwsze postąpienie (oferta) musi przewyższać co najmniej o 1% tzw. cenę wywoławczą, zaś kolejne postąpienia (oferty korzystniejsze) muszą wynosić nie mniej niż 1% tejże ceny (§ 13 ust. 4 w zw. z § 12 pkt 1 rozp.); określa też szczegółowo sposób zakończenia składania ofert (postąpień) - nie jest to już możliwe po trzecim wywołaniu ostatniej (najwyższej) ceny (§ 13 ust. 2, 3 i 6).

Swoistość przyjętych w rozporządzeniu rozwiązań polega przede wszystkim na tym, że w przeciwieństwie do kodeksu cywilnego (zob. art. 70² § 1 *in fine*) nie przewiduje ono możliwości - oraz, jak sądzę, wyłącza zastrzeżenie takiego uprawnienia w warunkach przetargowych - zamknięcia

przetargu „bez wybrania którejkolwiek z ofert”, a więc możliwości uchylenia się organizatora przetargu (komisji przetargowej) od „wybrania” oferty, jeżeli po otwarciu przetargu choćby jedna osoba „dopuszczona do przetargu” (§ 13 ust. 1 i § 15 pkt 3) złożyła ważną ofertę, czyli dokonała wobec komisji przetargowej (p. § 8 ust. 1 i § 13 ust. 1 rozp.) postąpienia odpowiadającego wymaganiom przewidzianym w § 13 ust. 4 rozp. Podstawy dla takiego wniosku nie należy co prawda upatrywać w treści § 13 ust. 5, który stanowi jedynie, że „Przetarg jest ważny bez względu na liczbę uczestników, jeżeli chociaż jeden uczestnik zaofferował co najmniej jedno postąpienie powyżej ceny wywoławczej”. Uzasadnia go natomiast § 8 ust. 3 rozp., z którego pośrednio wynika, że po dokonaniu choćby jednego ważnego postąpienia komisja przetargowa nie podejmuje już w głosowaniu decyzji w sprawie jego przyjęcia; jak też zwłaszcza § 13 ust. 6 rozp., którego kategoryczne brzmienie nie pozostawia wątpliwości, że po ustaniu postąpień, działająca w imieniu organizatora przetargu komisja (p. niżej pkt 3) nie może oświadczyć, iż żadnej oferty nie przyjmuje (odmówić tzw. przybicia), przeciwnie - jej przewodniczący obowiązany jest, zamykając przetarg, ogłosić (*verbum legis*: „ogłasza”), że przetarg wygrała osoba, która dokonała ostatniego postąpienia (złożyła najwyższą cenowo, spełniającą wymogi z § 13 ust. 4, ofertę).

Nie uważam jednakże, by treść cytowanych przepisów dawała podstawę do wniosku, że w rozporządzeniu przyjęta została **całkowicie** odmienna niż w kodeksie cywilnym konstrukcja przetargu ustnego; że mianowicie kolejne, złożone w nim propozycje zapłaty wyższej ceny (postąpienia) nie są ofertami zawarcia umowy, lecz oświadczeniami woli o przyjęciu oferty, którą miałyby być ogłoszenie przetargowe.

Sądzę natomiast, że jedną z możliwych interpretacji tych przepisów mogłoby być uznanie, że przyznają one ostatniemu licytantowi roszczenie o przyjęcie jego oferty. Raczej jednak należy wnioskować, iż umożliwienie przez komisję przetargową uczestnikowi spełniającemu warunki przetargu złożenia wobec niej oferty (postąpienia), potwierdzone wywołaniem proponowanej przez niego ceny, stanowi - w świetle cytowanych przepisów oraz art. 65 k.c. - warunkowe przyjęcie oferty; przyjęcie pod warunkiem, że nie zostanie złożona, zgodnie z procedurą, kolejna ważna oferta (postąpienie), a więc, że jego oferta (postąpienie) okaże się ostatnią.

Umowa³ zatem dochodzi do skutku z ostatnim oferentem, po trzykrotnym wywołaniu proponowanej przez niego najwyższej ceny, gdy nie jest już możliwe złożenie kolejnej oferty (§ 13 ust. 2, 3 i 6 rozp.); ogłoszenie zaś dokonywane przez przewodniczącego komisji przetargowej ma znaczenie jedynie porządkowe.

Proponowana interpretacja unormowań rozporządzenia dotyczących przyjęcia oferty w przetargu ustnym „honoruje”, co oczywiście, kompetencje komisji przetargowej do wyłączenia od udziału w przetargu osób nie spełniających jego warunków (p. § 13 ust. 1 i § 15 pkt 3 rozp.). Nie wyklucza też, jak sądzę, możliwości odrzucenia przez komisję, gdy poweźmie w toku przetargu wiadomość o bezprawnych działaniach (o których mowa w art. 70⁴ § 1 k.c.) jednego z uczestników przetargu, oferty tegoż uczestnika.

3. Charakteryzując wyżej przetarg ustny, kilkakrotnie wspominałem o komisji przetargowej. Podkreślić należy, że komisja ta jest koniecznym elementem przetargu zarówno ustnego, jak i pisemnego. Powoływany już § 8 ust. 1 rozp. stanowi bowiem, że „czynności związane z przeprowadzeniem przetargu wykonuje komisja przetargowa w składzie od 3 do 7 osób”, a taką rolę komisji (oraz jej przewodniczącego) potwierdzają dalsze przepisy tego aktu normatywnego. Rozporządzenie niejako więc „przenosi” na komisję przetargową - ustanawianą wszelako przez „właściwy organ” (§ 8 ust. 2) - dokonanie zespołu czynności składających się na „przeprowadzenie” przetargu, które w myśl art. 38 ust. 1 należy do tegoż organu (*verba legis*: „Przetarg... przeprowadza właściwy organ”); co jednak nie wydaje się wykraczać poza granice zawartego w art. 42 ustawy upoważnienia do określenia „szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania przetargów”, zwłaszcza gdy się uwzględni, że komisja podejmuje decyzje w ramach warunków i kryteriów ustalonych przez wspomniany organ.

W świetle uregulowań zawartych w rozporządzeniu, organizator przetargu (właściwy organ) nie może odstąpić od wyznaczenia komisji przetargowej i przeprowadzić przetargu osobiście; nie ma jednak - moim zdaniem - przeszkód, by do składu komisji organ jednoosobowy (staro-

³ Umowa przedwstępna, nie zaś umowa sprzedaży lub o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste; p. niżej pkt 11.

sta) wyznaczył również siebie, zaś zarząd gminy⁴ (powiatu, województwa) poszczególnych swoich członków.

Komisja przetargowa, a zwłaszcza jej przewodniczący, wykonuje szereg czynności o charakterze faktycznym czy technicznym. Poza tym jednak - co ważniejsze - komisja, a raczej jej członkowie są przedstawicielami (specyficznymi łącznymi - por. art. 107 zd. 1 *in fine* k.c. w zw. z § 8 ust. 3 i 4 rozp.) „właściwego organu”, a ściślej - osoby prawnej, którą tenże organ reprezentuje. W przetargu ustnym komisja występuje w takim charakterze, gdy składane są wobec niej oferty, czyli postąpienia (por. art. 109 k.c.), jak również wtedy, gdy dokonuje czynności, które należy zakwalifikować jako oświadczenia woli lub co najmniej jako przejawy woli podobne do oświadczeń woli. W szczególności gdy przyjmuje ofertę, jak też gdy oświadcza, że określone osoby nie będą dopuszczone do przetargu, a więc zgłaszania postąpień, z powodu niespełnienia ustalonych w ogłoszeniu przetargowym warunków. Jeśli natomiast chodzi o przetarg pisemny, któremu poświęcone są kolejne punkty, wystarczy w tym miejscu zasygnalizować takie „przedstawicielskie” czynności komisji, jak wybór określonej pisemnej oferty lub odrzucenie wszystkich ofert (§ 21 pkt 1), odmowa zakwalifikowania oferty do części niejawnego przetargu (§ 20) albo do przetargu ustnego dodatkowego (§ 23 ust. 1 rozp.).

4. Uregulowany w rozporządzeniu przetarg pisemny nie odbiega zasadniczo w swoich założeniach konstrukcyjnych - poza tym, że obligatoryjnie występuje w nim komisja przetargowa (p. pkt 3) - od modelu przetargu pisemnego, przyjętego w kodeksie cywilnym⁵. Jednakże rozporządzenie

moim zdaniem - upoważnić do powołania komisji przetargowej wójta (burmistrza, prezydenta).

⁵ Wypada zauważyć, że w odróżnieniu od ustawy z dnia 10 czerwca 1994 roku o zamówieniach publicznych (p. art. 37 ust. 1), która jednakże przewiduje tylko przetarg pisemny, omawiana ustawa nie zastrzega *expressis verbis*, że pisemna forma oferty jest formą pod rygorem nieważności. Mimo to należy uznać, że przyjęcie (wybranie) w przetargu pisemnym oferty złożonej ustnie byłoby nieważne. Pisemność oferty jest cechą konstrukcyjną tego trybu zawarcia umowy, zatem ustnej oferty nie można traktować jako złożonej w ramach przeprowadzonego przetargu, przyjęcie zaś oferty (zawarcie umowy) poza przetargiem (obligatoryjnym) jest nieważne. Nie oznacza to, że w toku przetargu oferent nie może zgłosić ustnie nieistotnych danych, standardowo zamieszczanych w pisemnych ofertach (np. adresu czy nawet oświadczenia o zapoznaniu się z warunkami

formułuje szereg szczegółowych wymagań - po części porządkowej natury - odnośnie do toku i sposobu „dochodzenia” do wybrania oferty.

Wraz z podziałem w § 19 procedury przetargowej na dwa niejako etapy, rozporządzenie (ust. 3) ustala zespół czynności komisji przetargowej stanowiących tzw. część jawną przetargu, przy wykonywaniu których mogą być obecni oferenci (ust. 2); jedynie dla porządku dodajmy, że nieskorzystanie przez oferenta lub nawet przez wszystkich oferentów z tego uprawnienia nie wpływa na bieg przetargu.

Jak wynika z treści § 26 pkt 2 rozp., w przetargu pisemnym **ograniczonym** część jawną przetargu poprzedza, podobnie jak otwarcie przetargu ustnego (*arg.* z § 13 ust. 1 i § 15 pkt 3 rozp.), niejawne postępowanie kwalifikacyjne, w którym „komisja przetargowa sprawdza, czy oferenci spełniają warunki przetargowe i kwalifikuje do uczestnictwa w przetargu”, o czym informuje lista osób zakwalifikowanych, którą wywiesza się w siedzibie właściwego urzędu „nie później niż na jeden dzień przed wyznaczonym terminem przetargu”.

Prawdę mówiąc, celowość wprowadzenia do procedury pisemnego przetargu ograniczonego omawianego postępowania wstępnego wydaje się mocno wątpliwa. Jedynie bowiem w wypadku, gdy organizator zastrzegł w ogłoszeniu przetargowym złożenie oddzielnie od oferty dokumentów stwierdzających kwalifikacje oferenta do udziału w przetargu ograniczonym, możliwa jest weryfikacja oferentów w tym zakresie przed terminem ustalonym dla części jawnej przetargu. W braku takiego zastrzeżenia, gdy wspomniane dokumenty złożone zostały razem z ofertą (co w praktyce jest regułą), uczynić się tego nie da. Bowiem, w myśl przepisów § 18 ust. 2 i 3 pkt 3, koperty z ofertami otwiera się w obecności oferentów w części jawnej przetargu. Postanowienia te zaś stosuje się również, zgodnie z dyspozycją § 26 *in principio*, do przetargu ograniczonego, skoro dalsze postanowienia tegoż paragrafu nie przewidują, zresztą słusznie, innego rozwiązania.

W części jawnej przetargu komisja przetargowa, po stwierdzeniu niewadliwości ogłoszenia przetargu (w przeciwnym razie procedura przetar-

przetargu - p. pkt 5), jak również nie oznacza, że po przyjęciu oferty (wygraniu przetargu) nie jest możliwa zmiana postanowień umowy (np. co do ceny) na bardziej korzystne dla organizatora przetargu niż ustalone w przetargu (*arg.* z art. 76 ust. 1 i 2 ustawy o zamówieniach publicznych, t.j. Dz.U. z 1998 r. Nr 119, poz. 773).

gowa nie mogłaby być kontynuowana), otwiera koperty z ofertami oraz odrzuca oferty nie spełniające wymagań, o których mowa w § 20 rozp., bez ich „szczegółowej analizy” (p. § 21 pkt 1).

W części niejawnej, która może się odbyć w tym samym co część jawna lub innym terminie (p. § 16 ust. 3 pkt 5 rozp.), komisja przetargowa „dokonuje szczegółowej analizy ofert i wybiera najkorzystniejszą z nich lub stwierdza, że nie wybrano żadnej ze złożonych ofert”. Dodajmy, że „wyboru” oferty zarówno w przetargu ograniczonym (p. § 26 pkt 3), jak i nieograniczonym (p. § 18) można dokonać, chociażby złożona została tylko jedna oferta spełniająca warunki przetargu.

5. Z faktu, że wskazane w § 20 rozp. okoliczności stanowią w świetle tego przepisu, podstawę odmowy zakwalifikowania ofert do części niejawnej przetargu (ich odrzucenia), nie wynika bynajmniej samo przez się, iż w wypadku dopuszczenia do tego etapu przetargu i wybrania oferty, o której mowa w tym przepisie, decyzja komisji przetargowej byłaby nieważna. Jedyne dla porządku wypada zauważyć, iż takie „defekty” oferty, jak jej nieczytelność czy niejednoznaczność treści (p. § 20 pkt 4) są w przypadku wyboru danej oferty w ogóle bezprzedmiotowe, gdyż fakt ten dowodzi, że komisja ofertę odczytała i ustaliła jej treść. Podobnie należy potraktować pominięcie w ofercie niektórych danych personalnych czy adresu oferenta (§ 17 ust. 1 pkt 1 w zw. z § 20 pkt 3), skoro jednoznaczne oznaczenie oferenta - czemu właśnie dane te mają służyć - okazało się możliwe, o czym świadczy wybranie oferty. Wyłącznie porządkowe znaczenie należy też przypisać umieszczeniu w ofercie daty jej sporządzenia (§ 17 ust. 3 pkt 2). Trudno w ogóle dociec, jaki jest sens wymagania określenia w ofercie sposobu zapłaty oferowanej ceny (§ 17 ust. 3 pkt 4 *in fine*)\ w każdym razie nie sposób suponować, by nieokreślenie w ofercie, czy zapłata ceny nastąpi gotówką w kasie urzędu lub może przelewem na jego konto bankowe, mogło mieć jakikolwiek wpływ na ważność przyjęcia (wyboru) takiej oferty. Nie ma też, moim zdaniem, żadnego wpływu na ważność wyboru oferty pominięcie w niej klauzuli o zapoznaniu się z warunkami przetargu i przyjęciu ich bez zastrzeżeń (§ 17 ust. 3 pkt 3), już choćby z tego względu, że oferent, składając ofertę w odpowiedzi na ogłoszenie określające warunki przetargu, godzi się na te warunki, nawet jeśli nie wyartykułował wyraźnie tej zgody w treści oferty.

Nie jest natomiast - co oczywiste - możliwe przyjęcie (wybranie) oferty, w której nie została określona proponowana cena nabycia nieruchomości (§ 17 ust. 3 pkt 4 *in principio*). Nie można bowiem przyjąć „oferty”, która nie jest w świetle art. 66 k.c. ofertą. Przy tej okazji należy zauważyć, że nieważne byłoby wybranie oferty z ceną nie przewyższającą wywoławczej. W świetle bowiem § 10 ust.1 rozp., minimalną ceną „uzyskaną w wyniku przetargu” (por. art. 67 ust. 2 pkt 3 ustawy), za którą może być sprzedana nieruchomość, jest cena wyższa choćby niewiele od wywoławczej (w przetargu ustnym - wyższa o jedno postąpienie); inna wykładnia pozbawiałaby ten przepis treści normatywnej.

Nieco szerszej analizy wymaga kwestia ważności wyboru (przyjęcia) oferty pisemnej złożonej po wyznaczonym przez organizatora terminie (§ 16 pkt 3 rozp.) lub oferty nie odpowiadającej innym, jednakowym dla wszystkich uczestników, formalnym warunkom udziału w przetargu, ustalonym przez organizatora w ogłoszeniu. Odrębną, omawianą w kolejnym punkcie kwestią jest niewłaściwe zastosowanie przez komisję przetargową merytorycznych kryteriów oceny ofert.

Zapowiedzianą analizę wypada rozpocząć od uwag dotyczących przetargu nieobligatoryjnego, a więc stosowanego do zawarcia umowy z woli strony teje umowy, podlegającego wyłącznie przepisom kodeksu cywilnego. Moim zdaniem, jest niewątpliwe, że w przypadku takiego przetargu, wybór przez jego organizatora oferty, dokonany z naruszeniem ustalonych w ogłoszeniu warunków, w szczególności oferty złożonej po wyznaczonym terminie, jest ważny. Ogłoszenie i przystąpienie do przetargu stwarza co prawda swoisty stan przedkontraktowy, więc proceduralną pomiędzy ogłaszającym i uczestnikami przetargu, której treścią jest po stronie uczestników - oprócz związania ofertami - oczekiwanie, że organizator przy wyborze oferty przestrzeże będzie ustalonych warunków przetargu; korelatem tego oczekiwania jest po stronie organizatora powinność lojalnego stosowania tych warunków wobec każdego z uczestników przetargu⁶. Z naruszeniem powyższej powinności można wszakże wiązać wyłącznie odpowiedzialność odszkodowawczą organizatora wobec pozostających

⁶ Por. Z. Radwański, *Prawo cywilne - część ogólna*, Warszawa 1997, s. 263; J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, nr 1, s. 4; jak też cyt. przez tych autorów prace G.Ćmikiewicza i M.Jasiakiewicza; zob. też

stałych uczestników, oceniając to naruszenie w kategorii *culpa in contrahendo*, a więc w granicach interesu negatywnego⁷. Natomiast nie powoduje to nieważności wyboru oferty. Opisywana wyżej sytuacja nie różni się, moim zdaniem, gdy chodzi o skutki, od zawarcia przez ogłaszającego przetarg - w jego toku - umowy, która miała być zawarta w tymże przetargu, z osobą nie będącą w ogóle jego uczestnikiem.

Pora się zastanowić, czy w przetargu podlegającym omawianej ustawie, przy braku w niej przepisu statuującego *expressis verbis* taki skutek, nieważność wyboru (przyjęcia) oferty, dokonanego z naruszeniem ustalonych przez organizatora warunków, nie wynika z obligatoryjnego charakteru tego przetargu.

Jak się wydaje, nieważnością byłby dotknięty wybór w przetargu **ograniczonym** oferty złożonej przez osobę spoza określonego warunkami przetargu kręgu podmiotów⁸. Taki bowiem wybór oznaczałby w istocie rzeczy przeprowadzenie innego pod względem zakresu podmiotowego przetargu niż ogłoszony, przy braku możliwości uczestniczenia w nim wszystkich potencjalnie zainteresowanych osób, które spełniają zmienione *via facti* warunki przetargu. Jest to, jak sądzę, dostateczny powód, by wybór ten traktować na równi z zawarciem umowy poza przetargiem; taka zaś umowa jest nieważna ze względu na obligatoryjność przetargu.

R. Szostak, *Charakter prawny wadium przetargowego w obrębie zamówień publicznych*, PS 1998, nr 11-12, s. 80; zob. orzeczenia SN z dnia 2 sierpnia 1994 roku (OSN 1995, poz. 11) i z dnia 25 kwietnia 1995 roku (OSN 1996, poz. 115). Zob. również uwagi na temat więzi proceduralnej powstającej w następstwie złożenia oferty w monografii B. G a w l i k a, *Procedura zawierania umowy na tle ogólnych przepisów prawa cywilnego (art. 66-72 k.c.)*, Kraków 1977.

⁷ Nawet gdyby uznać, co zdaje się wynikać z niektórych wypowiedzi powołanych w poprzednim przypisie (zob. również S. R u d n i c k i, [w:] S. D m o w s k i, S. R u d n i c k i, *Komentarz do kodeksu cywilnego - część ogólna*, Warszawa 1998, s. 180 i 183), że przez przystąpienie do przetargu powstaje zobowiązanie w rozumieniu art. 353, w którym „dlugiem” jest obowiązek przestrzegania warunków przetargu, nie sposób przyjąć, że jego naruszenie wywołuje dalej idące skutki odszkodowawcze niż niewykonanie umowy przedwstępnej (art. 390 § 1 k.c.). Zob. K. S t e f a n i u k, *Wybór formy przetargu i jego ogłoszenie oraz wniesienie wadium w świetle ustawy o gospodarce nieruchomościami*, Rejent 1999, nr 10, s. 98, przyp. 28.

⁸ Uwagi te dotyczą również zawarcia umowy w przetargu ustnym ograniczonym.

Wątpliwe jest natomiast, by można było tak samo zakwalifikować wybór (przyjęcie) oferty złożonej po wyznaczonym przez organizatora terminie lub bez ustalonego wadium. Co najmniej bowiem dyskusyjną przesłanką takiej oceny przyjęcia oferty jest uznanie, że oferta nie spełniająca powyższych wymogów formalnych nie jest ofertą złożoną w ramach procedury przetargowej, a więc jej wybór jest zawarciem umowy poza przetargiem. Raczej zatem należy uznać, że uchybienia tym i tego typu warunkom powodują tylko, o ile miały wpływ na wynik przetargu, przewidzianą w § 11 rozp. wzruszalność tego wyniku przez wskazane w tymże paragrafie organy; gdy zaś przed zawarciem umowy ostatecznej (p. pkt 11) wzruszenie to nie nastąpiło, nie mają one wpływu na ważność tej umowy (p. pkt 13). Można też, jak się wydaje, bronić poglądu, że w wypadku wyboru oferty przez komisję przetargową z naruszeniem takich warunków, organizator przetargu może odmówić zawarcia umowy ostatecznej - nawet jeśli decyzja komisji nie zostanie zaskarżona przez uczestnika przetargu w trybie § 11 rozp. - z powodu przekroczenia przez komisję granic umocowania wyznaczonych tymi warunkami (art. 103 § 1 k.c.).

6. W § 22 rozp. zawarte jest wskazanie, że „przy wyborze oferty komisja przetargowa kieruje się zaoferowaną ceną oraz innymi kryteriami wpływającymi na wybór najkorzystniejszej oferty, ustalonymi w warunkach przetargu”. Z cytowanego przepisu niewiele wynika, poza tym, że również w przetargu pisemnym cena stanowi, choć nie jedyne, kryterium rozstrzygnięcia przetargu. Nie określa on natomiast, gdyż *in abstracto* uczynić się tego nie da, znaczenia (wagi) poszczególnego z kryteriów, w tym i ceny, przy dokonywaniu wyboru najlepszej oferty i nie wyznacza granicy kompetencji komisji przetargowej do uznania, że jedna oferta kryteria te łącznie spełnia w większym stopniu niż pozostałe. Powyższe stwierdzenia należy uzupełnić oczywistą uwagą, że kwestii tych samo przez się nie przesądza ustalenie w warunkach przetargu kryteriów wyboru.

Organizator przetargu może oczywiście wprowadzić w warunkach przetargu np. punktowy system kwalifikacji ofert lub zaznaczyć, że wysokość ceny jest kryterium podstawowym, zaś pozostałe dodatkowymi. Jednak także w takich wypadkach pozacenowe walory ofert podlegać

będą mniej lub bardziej subiektywnej ocenie członków komisji przetargowej, która znajdzie wyraz w głosowaniu (§ 8 ust. 3 rozp.)⁹.

Jak się wydaje, jedynie wówczas, gdy wybór oferty został dokonany bez żadnego obiektywnego związku z ustalonymi kryteriami, a więc jest całkowicie dowolny¹⁰ i w rezultacie, w świetle tychże kryteriów, oczywiście niekorzystny dla zbywcy reprezentującego interes publiczny, decyzję komisji przetargowej (a w ślad za tym umowę ostateczną, gdy do niej doszło) należałoby uznać za bezwzględnie nieważną. Takie bowiem rozstrzygnięcie byłoby zaprzeczeniem celów przetargu obligatoryjnego i stanowiłoby - przy pozornym zachowaniu trybu przetargowego - w rzeczy samej obejście ustawowego nakazu ustalenia nabywcy nieruchomości w drodze przetargu (art. 58 § 1 k.c.).

7. Odnośnie do przetargu pisemnego (inaczej co do przetargu ustnego - p. pkt 2) rozporządzenie nie zmienia przyjętego w kodeksie cywilnym, a będącego oczywistym elementem konstrukcji takiego przetargu, rozwiązania, w myśl którego przetarg może być zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert (por. art. 70³ § 1 i 2 k.c.). Przeciwnie, w § 16 pkt 9 i w § 21 *in fine* potwierdza taką możliwość. Różnica polega na tym, że rozporządzenie w pierwszym z tych przepisów przewiduje włączenie do ogłoszenia przetargowego „zastrzeżenia, że właściwemu organowi przysługuje prawo zamknięcia przetargu bez wybrania którejkolwiek z ofert”. Znaczenie prawne tego zastrzeżenia nie jest oczywiste, a ściślej - nie są oczywiste skutki jego braku w ogłoszeniu o przetargu. Zdaniem moim, niedokonanie wyboru oferty (a więc odrzucenie w części niejawniej wszystkich ofert zakwalifikowanych do tego etapu przetargu), przy braku w ogłoszeniu - wbrew treści § 16 pkt 9 rozp. - omawianego zastrzeżenia,

sów; przy obliczaniu głosów nie bierze się - moim zdaniem - pod uwagę głosów „wstrzymujących”, taki wniosek uzasadnia wykładnia systemowa odwołująca się do reguł ustalania większości przyjmowanych z zasady zarówno w prawie prywatnym, jak i publicznym.

¹⁰ Odrębną kwestią jest dokonanie wyboru pod wpływem sprzecznego z prawem lub zasadami współżycia społecznego działania wybranego uczestnika przetargu lub będącej z nim w zmwowie osoby trzeciej (np. przekupstwa członka komisji). Stanowiłoby to podstawę do zaskarżenia wyboru przez innych uczestników przetargu w trybie § 11 rozp., jak też do dochodzenia przez organizatora przetargu unieważnienia umowy ostatecznej przez sąd. Zob. dalej pkt 13 i 14.

można co najwyżej, acz i to stanowisko jest dyskusyjne, oceniać w kategorii *culpa in contrahendo*¹¹. W każdym natomiast razie nie należy z brakiem omawianego zastrzeżenia w ogłoszeniu przetargowym wiązać powstania - nadającego się do realizacji w trybie art. 64 k.c. i 1047 k.p.c. - roszczenia o dokonanie wyboru oferty; to oczywiste stwierdzenie nie wymaga, jak sądzę, uzasadnienia¹².

8. Decyzja komisji przetargowej o wybraniu określonej pisemnej oferty nie jest sama przez się złożeniem oświadczenia woli w rozumieniu art. 60 i 61 k.c., a więc przyjęciem tej oferty. Taki charakter uzyska natomiast w następstwie i z chwilą dojścia do oferenta zawiadomienia (oświadczenia) o dokonaniu wyboru jego oferty¹³. Powyższe rozwiązanie uzasadnia, skoro kwestii tej omawiane przepisy ustawy i rozporządzenia nie normują w sposób szczególny (p. pkt 1), treść art. 70³ § 3 k.c., który do ustalenia chwili zawarcia umowy w drodze przetargu pisemnego każe stosować ogólne przepisy dotyczące przyjęcia oferty. Oświadczenie o wybraniu oferty nie powoduje oczywiście, o czym będzie jeszcze mowa, zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości lub umowy o oddaniu jej w użytkowanie wieczyste; należy mu natomiast przypisać sens zawarcia - na podstawie złożonej i wybranej oferty - umowy przedwstępnej.

9. Szczególne rozwiązanie odnośnie do sposobu dokonania wyboru najkorzystniejszej oferty złożonej w przetargu pisemnym przewiduje § 23 rozp. Przepis ten stanowi mianowicie, iż w wypadku równorzędności ofert komisja przetargowa organizuje dodatkowy przetarg ustny dla oferentów, którzy złożyli takie równorzędne oferty. Ten dodatkowy przetarg odbywa się według stosowanych odpowiednio reguł przetargu ustnego, określonych w § 13, przy czym ceną wyjściową dla postępień (a więc „wywoławczą”) staje się w nim najwyższa z cen zaproponowanych w ofertach

¹¹ Zob. przyp. 7.

¹² Dla porównania przypomnę, że ustawa o zamówieniach publicznych wyklucza *expressis verbis* wszelkie roszczenia oferentów z tytułu odrzucenia ofert (art. 47), jak również - gdy odrzucone zostały wszystkie oferty - wyłącza możliwość składania protestów i odwołań od takiego rozstrzygnięcia (art. 79 ust. 2 pkt 3).

¹³ Por. Z. Radwański, jw., s. 264; J. Rajski, jw., s. 6; A. Wołłowicz, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, Warszawa 1998, s. 289.

równorzędnych (§ 23 pkt 3), z których treścią oferty zakwalifikowani do tego przetargu mogą się zapoznać (§ 23 pkt 2).

Uregulowanie powyższe zasługuje niewątpliwie na komentarz. Najpierw należy zauważyć, że o tym, czy i które oferty są równorzędne rozstrzyga komisja przetargowa. Jest ona zdeterminowana kryteriami wyboru ofert wynikającymi z warunków przetargu, jednakże do niej należy ocena walorów poszczególnych ofert w świetle każdego z tych kryteriów i wszystkich łącznie (p. pkt 6) oraz uznanie w następstwie tej oceny określonych ofert za równorzędne. Można wszak sądzić, że zasadnicze znaczenie dla oceny ofert jako równorzędnych powinny mieć pozacenowe kryteria ich wyboru. U podstaw bowiem przyjętej w rozporządzeniu koncepcji dodatkowego przetargu ustnego, w którym o „wyborze” oferty decydować będzie już tylko cena, tkwi niejako założenie, że wszystkie zakwalifikowane do przetargu dodatkowe oferty są dla organizatora przetargu korzystne w porównywalnym stopniu w aspekcie pozacenowych kryteriów wyboru najlepszej oferty, i każda z nich - z tego punktu widzenia - mogłaby być wybrana bez uszczerbku dla jego interesów; istotne jest więc już tylko dla niego uzyskanie poprzez zwykłą licytację jak najwyższej ceny.

Podjęcie decyzji o dodatkowym przetargu ustnym nie znosi w zasadzie skutków czynności dokonanych do tego momentu w ramach przetargu pisemnego i nie rozpoczyna całkowicie nowej, oderwanej od dotychczasowej procedury zawierania umowy. Z tą chwilą ustaje wprawdzie, co oczywiste, związanie oferentów nie zakwalifikowanych do przetargu dodatkowego. Wiązą natomiast w dalszym ciągu pisemne oferty złożone przez oferentów do niego zakwalifikowanych. Jeżeli następnie w dodatkowym przetargu ustnym nie zostanie dokonane żadne ważne postąpienie (p. § 13 ust. 4 w zw. z § 23 ust. 3), nie spowoduje to zakończenia przetargu z wynikiem negatywnym (p. § 10 ust. 1 rozp.), lecz - zdaniem moim - powrót do *status quo ante* z tym że wybór jest ograniczony do ofert złożonych przez oferentów zakwalifikowanych do przetargu dodatkowego, związanie bowiem pozostałymi ustalo - jak zaznaczyłem wyżej - wraz z podjęciem decyzji o tym dodatkowym przetargu; wznowiony przetarg pisemny może też zostać zamknięty bez dokonania wyboru.

Jednak nawet postąpienie w przetargu dodatkowym nie pozbawia ofert pisemnych, dopuszczonych do tego przetargu, prawnego znaczenia.

Wprawdzie z tą chwilą ustaje związanie nimi pozostałych zakwalifikowanych oferentów, z jednym jednakże istotnym zastrzeżeniem, które zresztą dotyczy również oferenta dokonującego pierwszego postąpienia. Otóż każde postąpienie w przetargu dodatkowym stanowi złożenie oferty, której treścią są, gdy chodzi o inne, poza ceną, postanowienia, również propozycje oferenta zawarte w jego ofercie pisemnej. Wraz z pierwszym ważnym postąpieniem, choćby okazało się ono jedyne, następuje natomiast nieodwracalna zmiana sposobu „wyboru” najkorzystniejszej oferty, a co za tym idzie, nie jest też już możliwe zamknięcie przetargu bez wybrania oferty. Odsyłając w tej kwestii do uwag na temat przetargu ustnego (p. pkt 2), należy jedynie zauważyć, że w wypadku dodatkowego przetargu ustnego zakwalifikowanie do udziału w nim oznacza zarazem zgodę na przyjęcie tej z równorzędnych ofert, której treść w zakresie ceny ustalana zostanie przez ostatnie postąpienie dokonane w tym trybie.

10. Stosownie do treści § 24 ust. 2 rozp., przewodniczący komisji przetargowej powinien powiadomić na piśmie o wyniku przetargu pisemnego w ciągu trzech dni od jego zamknięcia uczestników tego przetargu¹⁴. Według ust. 2 tegoż paragrafu „przetarg uważa się za zamknięty z chwilą podpisania protokołu”.

Intencją tych przepisów miało być, jak można się domyślać, uściślenie odnośnie do przetargów, których dotyczą, obowiązku uregulowanego w art. 70³ § 2 k.c., co chyba nie do końca się udało. Zważywszy na to, że w tym ostatnim przepisie rozróżnia się powiadomienie uczestników przetargu pisemnego o jego wyniku, przez który rozumie się wyłącznie wybranie określonej oferty, i powiadomienie o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru - słowna redakcja § 24 ust. 2 rozp. przemawia za tym, że nie dotyczy on zamknięcia przetargu bez wybrania oferty, skoro jest w nim mowa o zawiadomieniu na piśmie jedynie o **wyniku** przetargu. W tej pierwszej zatem sytuacji ma zastosowanie - wbrew, jak mniemam, zamierzeniom redaktorów § 24 ust. 2 rozp. - ogólny przepis art. 70³ § 2 k.c.

¹⁴ Przepis ten z natury rzeczy nie dotyczy powiadomienia o wyniku tzw. dodatkowego przetargu ustnego uczestników tego przetargu, jest on bowiem ustalany i ogłaszany w obecności tychże uczestników (§ 13 ust. 6 w zw. z § 23 ust. 3 zd. 2 rozp.).

Jak się wydaje, w wypadku niepowiadomienia w terminie o wyniku przetargu pisemnego lub zamknięciu bez wybrania oferty, jego uczestnicy mogliby się domagać odszkodowania za wynikłą stąd szkodę¹⁵.

11. Jak już sygnalizowałem, przyjęcie oferty zarówno w przetargu ustnym, jak i pisemnym nie powoduje zawarcia umowy sprzedaży nieruchomości (nawet o skutkach wyłącznie obligacyjnych) lub umowy o oddanie w użytkowanie wieczyste. Omawiana bowiem ustawa, wprowadzając obligatoryjny przetarg dla określonych w niej rozporządzeń, nie uchyla - i trudno nawet sobie wyobrazić, by mogło być inaczej - ogólnych reguł kodeksu cywilnego, w myśl których przeniesienie własności nieruchomości, jak też umowa zobowiązująca do przeniesienia własności (art. 158) oraz umowa o oddanie w użytkowanie wieczyste (art. 234) wymagają dla swej ważności formy aktu notarialnego; przeciwnie - reguły te potwierdza art. 27 ustawy¹⁶.

W literaturze przyjmuje się, że jeżeli celem przetargu jest zawarcie umowy, dla której ważności wymagana jest forma szczególna (w przetargu pisemnym - inna niż zwykła pisemna), bezpośrednim skutkiem przyjęcia (wyboru) oferty złożonej w tym trybie, a więc wynikiem przetargu jest zawarcie umowy przedwstępnej (art. 389 k.c.) do umowy będącej celem przetargu, przy czym wywołuje ona tzw. słabsze skutki prawne (art. 390 § 1 k.c.)¹⁷.

¹⁵ W literaturze wskazuje się niekiedy, jako podstawę żądania odszkodowania z tytułu niewykonania obowiązku powiadomienia o rozstrzygnięciu przetargowym, art. 471 i nast. k.c.; por. Z. Radwański, jw., s. 265; J. Rajski, jw., s. 6; S. Rudnicki, jw., s. 183. Zdaniem moim, obowiązek ten ma zbliżony charakter do obowiązku zawiadomienia statuowanego w art. 736 k.c. (por. A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, jw., s. 289, przyp. 118), zaś niepowiadomienie należy ocenić jako *culpa in contrahendo*. Zob. też przyp. 7.

¹⁶ Jak też przewiduje konstytucyjny wpis ustanowienia i przeniesienia użytkowania wieczystego do księgi wieczystej.

¹⁷ Por. A. Klein, *Zawarcie umowy*, [w:] *Instytucje prawne w gospodarce narodowej*, Wrocław-Warszawa-Kraków-Gdańsk-Lódź 1981, s. 234; M. Jasiakiewicz, *Ofertowy system zawierania umów w polskim prawie cywilnym*, Toruń 1993, s. 84 i nast.; A. Brzozowski, [w:] *Kodeks cywilny. Komentarz*, 1.1, Warszawa 1997, s. 196; Z. Radwański, jw., s. 264; A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, jw., s. 288 i 289. Odmiennie S. Rudnicki, jw., s. 181 i 182, który twierdzi, że w takim wypadku zostaje zawarta

Przyjęciu powyższej konstrukcji odnośnie do wyników przetargów, o których mowa w tym opracowaniu, nie stoi na przeszkodzie ich obligatoryjność. Ma to natomiast takie znaczenie, że umowa przedwstępna zawierana w tym przetargu jest nie tylko instrumentem organizującym i zabezpieczającym - słabiej lub mocniej - przyszłą umowę, lecz stanowi konieczną, ustawową przesłankę zawarcia tej umowy. Konstrukcyjna tożsamość umowy stanowiącej wynik omawianego przetargu z umową przedwstępną w rozumieniu kodeksu cywilnego bynajmniej nie oznacza, że do umowy tej stosują się w całej rozciągłości przepisy tego kodeksu normujące umowę przedwstępną. Przeciwnie, mają one zastosowanie jedynie w takim zakresie, w jakim przepisy analizowanej ustawy i rozporządzenia nie zawierają szczególnych, odmiennych uregulowań.

Pod rządem poprzednio obowiązującej ustawy o gospodarce gruntami utrwalił się w orzecznictwie¹⁸ pogląd, że osoba ustalona w podlegającym tej ustawie przetargu jako nabywca nieruchomości może dochodzić zawarcia umowy sprzedaży (lub umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste) i uzyskać, w trybie art. 64 k.c. i 1047 k.p.c., orzeczenie sądu zastępujące tę umowę. Stanowisko to, jak można domniemywać, utrzyma się również na gruncie obowiązującej ustawy, a podstawę dla niego stanowi, jak sądzę, art. 41. Jeżeli nawet brzmienie tego przepisu nie przemawia jednoznacznie za takim jego sensem, to taką wykładnię uzasadnia cel zawartego w nim uregulowania. Nałożony w tym przepisie na organizatora przetargu obowiązek zawiadomienia o terminie zawarcia umowy ostatecznej (ust. 1) oraz wskazanie, w jakiej wyłączenie sytuacji może się on uchylić od zawarcia tej umowy (ust. 2), mają niewątpliwie na celu realne zabezpieczenie wygrywającemu przetarg zawarcia umowy

umowa *sui generis*, rodząca zaskarżalne roszczenie o zawarcie umowy ostatecznej podlegające 10- letniemu przedawnieniu. Ze stanowiskiem tym nie sposób się zgodzić, zwłaszcza - zważywszy na treść art. 158 zd. 1 k.c. - z sugestią, iż umowa będąca bezpośrednim wynikiem przetargu fakultatywnego, podlegającego wyłącznie przepisom kodeksu cywilnego, rodzi zaskarżalne roszczenie o zawarcie umowy przenoszącej własność nieruchomości. Roszczenie takie, owszem, statuuje jako *lex specialis* omawiana w niniejszym opracowaniu ustawa, co bynajmniej nie dyskwalifikuje umowy będącej wynikiem przetargu podlegającego tej ustawie jako przedwstępnej. Zob. dalej w tekście.

¹⁸ Por. orzeczenie SN z dnia 4 listopada 1982 r., OSN 1983, poz. 27; z dnia 30 października 1990 r., OSP 1991, poz. 239, a zwłaszcza z dnia 2 sierpnia 1994 r., OSN 1995, poz. 11.

ostatecznej; takim zaś zabezpieczeniem jest możliwość dochodzenia przed sądem zawarcia tej umowy.

Zatem stanowiąca wynik omawianego przetargu umowa przedwstępna, mimo iż nie spełnia wymagań co do formy umowy przyrzeczonej, wywołuje z mocy szczególnych przepisów ustawy, inaczej niż przewiduje to art. 390 k.c., tzw. silniejszy skutek prawny, jednak tylko po stronie osoby ustalonej w przetargu jako nabywca nieruchomości. Z żadnego bowiem przepisu ustawy nie wynika, by w razie uchylania się tego ostatniego od zawarcia umowy ostatecznej organizator przetargu mógł dochodzić jej zawarcia. W takim wypadku powstaje tzw. słabszy skutek, z tym jednakże zastrzeżeniem, iż przewidziane w art. 390 § 1 k.c. odszkodowanie w granicach interesu negatywnego zostaje, z mocy art. 41 ust. 1 ustawy, zastąpione kwotą wadium, które organizator przetargu może zatrzymać¹⁹. Do powyższego należy dodać, że w wypadku uchylania się organizatora przetargu od zawarcia umowy przyrzeczonej, osoba, która przetarg wygrała, może oczywiście zrezygnować z dochodzenia jej zawarcia i domagać się na podstawie art. 390 § 1 k.c. odszkodowania. Przepisy kodeksu cywilnego o umowie przedwstępnej (art. 390 § 3) mają również zastosowanie - z braku szczególnych unormowań w ustawie - do przedawnienia omawianych wyżej roszczeń o zawarcie umowy i o naprawienie szkody²⁰.

12. Rozporządzenie (§9) nakłada na przewodniczącego komisji przetargowej obowiązek sporządzenia protokołu „przeprowadzonego przetargu”, przy czym protokół podpisują wszyscy członkowie komisji (ust. 3). Ustala zarazem (ust. 2) treść protokołu, wskazując na „informacje”, które powinny być w nim zawarte. Z określenia zawartości protokołu oraz z faktu użycia w cytowanych przepisach wyrażenia „protokół przeprowadzonego przetargu” wynika, że protokół nie musi być sporządzany w sposób ciągły wraz z przebiegiem postępowania, z odnotowaniem w nim kolejnych czynności przetargowych w momencie ich podjęcia; może być natomiast sporządzony po dokonaniu przez komisję ostatecznych rozstrzygnięć.

dzianej w § 4 ust. 4 rozp., por. K. S t e f a n i u k, *Wybór formy przetargu...*, jw., pkt 10.

²⁰ Odmienne S. R u d n i c k i, jw., s. 180 i nast.

Sporządzenie protokołu nie jest przesłanką ważności przetargu, tym bardziej nie jest taką przesłanką nadanie mu kształtu zgodnego ze wszystkimi wymaganiami co do jego treści, sformułowanymi w § 9 ust. 2 rozp. Stosownie jednakże do dyspozycji art. 28 ust. 3 ustawy, protokół z przeprowadzonego przetargu stanowi podstawę do zawarcia notarialnej umowy sprzedaży lub umowy o oddanie nieruchomości w użytkowanie wieczyste; jest dla notariusza wyłącznym dowodem ustalenia nabywcy nieruchomości w drodze przetargu. Waleru takiego dowodu nie pozbawiają protokołu, moim zdaniem, ewentualne uchybienia niektórym wymaganiom § 9 ust. 2 przy jego sporządzeniu, byleby protokół przetargu zawierał dane dotyczące okoliczności stanowiących przesłanki ważności umowy zawieranej w tym trybie, a więc stwierdzał, że przetarg odbył się w określonym terminie i został przeprowadzony przez komisję przetargową w oznaczonym składzie, wskazywał nieruchomość będącą przedmiotem przetargu, rodzaj rozporządzenia nią (sprzedaż, użytkowanie wieczyste) i ustaloną w przetargu cenę oraz stwierdzał wygranie przetargu przez określonego uczestnika przetargu.

13. Rozporządzenie w § 11 przewiduje odnośnie do przetargu podlegającego omawianej ustawie swoisty, gdyż trudno go przyporządkować którejkolwiek ze znanych konstrukcji cywilistycznych, mechanizm weryfikacji jego rezultatu. Zgodnie z brzmieniem przepisów tego paragrafu, uczestnik przetargu może zaskarżyć „czynności związane z przeprowadzeniem przetargu” do wojewody, gdy przetarg dotyczy nieruchomości Skarbu Państwa albo do zarządu jednostki samorządu terytorialnego, gdy przetarg dotyczy nieruchomości tych jednostek (ust. 1), w następstwie czego (wniesienia skargi - ust. 2) możliwe jest unieważnienie przetargu albo nakazanie przez te organy „powtórzenia czynności przetargowych” (ust. 3). Cytowane przepisy nasuwają istotne wątpliwości. Naprzód należy zauważyć, że z treści ust. 3 § 11 nie wynika jednoznacznie, czy przewidziane w nim rozwiązania, pomijając uznanie skargi za niezasadną, mogą być stosowane alternatywnie do każdego zakończonego przetargu, bez względu na sposób jego rozstrzygnięcia.

Określenie w ust. 1 tego paragrafu przedmiotu zaskarżenia: czynności przetargowe - niczego w powyższej kwestii nie przesądza. Natomiast ust. 2 pośrednio wskazuje, że omawiane uregulowanie dotyczy tylko przetar-

gu, w którym nastąpiło wybranie (przyjęcie) oferty. Według bowiem tego przepisu, termin do zaskarżenia (wniesienia skargi) liczy się od ogłoszenia wyniku przetargu ustnego lub zawiadomienia o wyniku przetargu pisemnego; to zaś wyrażenie oznacza - w kontekście § 13 ust. 6 rozp., według którego ogłasza się o wygraniu przetargu ustnego, oraz w świetle art. 70³ § 2 k.c. (p. wyżej pkt 10) - rozstrzygnięcie polegające na wybraniu (przyjęciu) oferty. Również pośrednio wskazuje na taki zakres przedmiotowy analizowanej regulacji treść ust. 4 § 11 rozp., w którym mówi się o wstrzymaniu „dalszych czynności związanych ze zbyciem nieruchomości”; takie zaś „dalsze czynności” podejmuje się w następstwie przetargu zakończonego wyborem oferty.

Głównie jednak chodzi o to, że sens przewidzianego w ust. 3 § 11 rozp. powtórzenia czynności przetargowych jest odnośnie do przetargu zakończonego bez wybrania oferty co najmniej wątpliwy, skoro takie rozstrzygnięcie nie zamyka żadnemu z uczestników szansy na nabycie przedmiotowej nieruchomości, natomiast rozwiązanie alternatywne zawarte w tym przepisie, czyli unieważnienie przetargu, nie ma w ogóle przy takim jego zakończeniu sensu jurystycznego. Dla porównania dodajmy, że ustawa o zamówieniach publicznych, która tworzy specjalny system odwoławczy odnośnie do rozstrzygnięć podejmowanych w regulowanych w niej postępowaniach, wyklucza możliwość złożenia protestu i odwołania w wypadku, gdy żadna z konkurujących ofert nie została przyjęta (p. art. 79 ust. 2 pkt 3).

Rekapitułując, trafne wydaje się stanowisko, że przepisy § 11 rozp. odnoszą się tylko do przetargu zakończonego przyjęciem (wybraniem) oferty.

Podstawowa jednak wątpliwość, zważywszy zwłaszcza na to, że § 11 nie wskazuje ani podstaw zaskarżenia czynności przetargowych, ani podstaw unieważnienia przetargu lub powtórzenia czynności przetargowych (co też stanowi podważenie wyniku przetargu), dotyczy charakteru czy natury instytucji uregulowanej w tym paragrafie.

Jak można przypuszczać, odwołując się w szczególności do intuicji językowej, gdy chodzi o treść zastosowanych w § 11 terminów „skarga” i „zaskarżenie” oraz „unieważnienie”, intencją i sensem tego unormowania miało być statuowanie sankcji wadliwości czynności przetargowych i będącego następstwem tych czynności wybrania (przyjęcia) oferty. Pro-

blem nie polega na tym, że przepis ten nie określa okoliczności powodujących zaskarżalną, do wskazanych w nim organów, wadliwość czynności przetargowych i (tym samym) wyniku przetargu; kwestią zasadniczą jest rozstrzygnięcie wątpliwości, czy unormowanie to mieści się w zakresie delegacji z art. 42 ustawy upoważniającej do określenia „szczegółowych zasad i trybu przeprowadzania przetargów”.

Powyższą wątpliwość uchyla, jak sądzę, przyjęcie następującego rozwiązania co do normatywnej treści omawianego przepisu.

Zawarte w nim uregulowanie nie dotyczy lub raczej dotyczy tylko w swoisty sposób, o czym niżej, wadliwości czynności przetargowych polegającej na ich sprzeczności z *ius cogens* lub na ich dokonaniu z takim istotnym naruszeniem ustalonych przez organizatora warunków przetargu, które odbiera wyborowi oferty charakter przyjęcia jej w drodze przetargu, co prowadzi do obejścia zasady obligatoryjności przetargu (p. pkt 5 i 6). Zakres bowiem delegacji z art. 42 ustawy wyklucza supozycję, że odnośnie do wadliwości wyniku przetargu objętych hipotezą art. 58 § 1 k.c. (jak również co do wadliwości objętych hipotezami innych przepisów ustawowych) przepisy § 11 rozp. są przepisami szczególnymi w rozumieniu tego przepisu kodeksu, wyłączającymi ustawowe skutki takich wadliwości. W opisanych zatem wyżej sytuacjach przetarg czy raczej jego wynik (umowa przedwstępna) jest *ex lege*, z mocy art. 58 § 1 k.c., bezwzględnie nieważny; nieważna też byłaby, gdyby została zawarta, umowa ostateczna, dla której umowa przedwstępna, stanowiąca wynik przetargu, jest konieczną przesłanką (p. pkt 11).

Unormowanie zawarte w § 11 rozp. dotyczy natomiast, jak należy sądzić, takich mniej istotnych uchybień warunkom przetargu ustalonym przez organizatora, które nie powodują nieważności bezwzględnej, gdyż nie odbierają temu wyborowi cech przyjęcia oferty w drodze przetargu; wpływają jednakże na wynik przetargu. W odniesieniu do takich uchybień rozporządzenie wprowadza - na skutek skargi uczestnika przetargu²¹ - wzruszalność przetargu (jego wyniku) przez wskazane w nim organy, co - moim zdaniem - nie wykracza poza zakres delegacji ustawowej. Wzruszalność ta nie obejmuje umowy ostatecznej; jeśli zatem przed zawarciem umowy ostatecznej wynik przetargu nie zostanie z powodu takich uchy-

²¹ Podstawą skargi mogłyby być również, jak sądzę, okoliczności wskazane w przypisie 10.

bień wzruszony lub w ogóle zaskarżony, nie będą one miały wpływu, w przeciwieństwie do uchybień powodujących bezwzględną nieważność przetargu (umowy przedwstępnej), na ważność umowy ostatecznej.

Powyższa interpretacja zakresu wzruszalności wyniku przetargu (unieważnienia przetargu lub powtórzenia czynności przetargowych) statuowanej w § 11 rozp. nie oznacza, że w trybie tego paragrafu nie może być „unieważniony” wynik przetargu nieważnego *ex lege*. Jednakże sens takiego unieważnienia polega wyłącznie na deklaratywnym stwierdzeniu przez organ reprezentujący stronę przetargu, że dokonany wybór oferty jest nieważny, oraz - tym samym - na zapobieżeniu zawarciu nieważnej umowy ostatecznej. Deklaratywność „unieważnienia” przetargu nieważnego *ex lege* oznacza, że może nastąpić również „z urzędu” (w taki sformalizowany, acz niekonieczny sposób organizator lub organ nadrzędny stwierdza, że nie zostanie zawarta umowa ostateczna z powodu nieważności bezwzględnej przetargu). Skarga uczestnika przetargu, jeśli zostanie wniesiona, jest tylko notyfikacją tej nieważności²².

Poza wskazanym sensem § 11 rozp., jego znaczenie prawne w odniesieniu do przetargu nieważnego *ex lege* polega na tym, że umożliwiałoby utrzymanie w mocy określonych elementów tego przetargu przez nakazanie powtórzenia tylko niektórych czynności przetargowych. W braku takiego uregulowania nieważność dokonanego w wadliwym przetargu wyboru oferty oznaczałaby konieczność rozpoczęcia procedury zawierania umowy (przetargu) od samego początku. W odróżnieniu od „unieważnienia” przetargu nieważnego *ex lege*, które z uwagi na deklaratywny charakter jest możliwe również „z urzędu”, powtórzenie czynności przetargowych (od określonego etapu postępowania) może nastąpić - analogicznie jak w przypadku wspomnianego wyżej unieważnienia przetargu z powodu uchybień warunkom przetargu wpływających na wynik, ale nie powodujących jego bezwzględnej nieważności - jedynie w następstwie

²² Jeśli przyjąć, zgodnie z sugestią wyrażoną w pkt 11 *in fine*, że wybranie oferty uchybiającej takim określonym przez organizatora wymogom formalnym, jak wniesienie przez osobę zgłaszającą się do przetargu wadium lub złożenie oferty pisemnej w określonym terminie przed dniem przetargu, stanowi przekroczenie przez komisję przetargową granic umocowania - „unieważnienie” przetargu z tego powodu byłoby podjęciem decyzji, iż wybór (przyjęcie) oferty nie zostanie potwierdzony; także w tej sytuacji skarga uczestnika przetargu nie byłaby konieczną przesłanką „unieważnienia”.

skargi wniesionej przez uczestnika w terminie określonym w § 11 ust. 2 rozp.

Dla całości obrazu należy dodać, że w wypadku nieważności przetargu *ex lege*, niepodjęcie decyzji o jego „unieważnieniu” lub wzruszeniu” i powtórzeniu czynności przetargowych w trybie § 11 rozp. nie stoi na przeszkodzie skutecznemu uchyleniu się od przystąpienia do zawarcia umowy ostatecznej z powodu nieważności przetargu ani - gdy umowa ta została zawarta - dochodzeniu na ogólnych zasadach ustalenia przez sąd nieważności tej umowy.

14. Do umowy zawartej w drodze przetargu podlegającego omawianym przepisom ma zastosowanie art. 70⁴ k.c., jeżeli któraś ze stron umowy lub działająca w porozumieniu z nią osoba trzecia „sprzecznie z prawem lub zasadami współzycia społecznego wpłynęła na wynik przetargu”; przepis ten wprowadza sankcję sądowej unieważnialności (nieważność względna) umowy na żądanie drugiej strony²³.

Hipotezą tego przepisu jest objęte takie zachowanie którejkolwiek ze stron (lub osoby trzeciej będącej z nią w zмовie) umowy zawartej w przetargu, które nie narusza wprawdzie wynikających z *ius cogens* zasad ogłaszania i przeprowadzania przetargów obligatoryjnych (wówczas umowa byłaby nieważna z mocy art. 58 § 1 k.c.), które natomiast polega na

²³ Należy podkreślić, że przepis ten przyznaje uprawnienie do dochodzenia unieważnienia umowy tylko stronom tej umowy, nie zaś również uczestnikom przetargu, których oferty zostały odrzucone. Również z innych przepisów nie wynika takie uprawnienie tychże uczestników. Nie można więc zgodzić się z S. R u d n i c k i m (jw., s. 184 i 185), że w wypadku wybrania oferty z naruszeniem warunków przetargu każdy uczestnik może wystąpić do sądu o unieważnienie umowy zawartej w drodze przetargu. Czym innym jest natomiast możliwość dochodzenia przez uczestnika przetargu deklaratywnego stwierdzenia przez sąd nieważności umowy. W przetargu obligatoryjnym również naruszenie ustalonych przez organizatora warunków przetargu powodować może nieważność wyboru oferty (zawarcia umowy); jeżeli mianowicie przewiduje taki skutek szczególnie przepis lub naruszenia są tak istotne, iż należy uznać, że przyjęcie oferty nastąpiło poza przetargiem, co wobec obligatoryjności przetargu czyni umowę nieważną. Była o tym mowa w tekście. Wywody powyższe należy również odnieść do stanowiska Sądu Najwyższego, które znalazło wyraz zwłaszcza w orzeczeniu z dnia 24 kwietnia 1996 r., OSN 1996, poz. 115. Odrębną kwestią jest możliwość wniesienia przez każdego uczestnika przetargu skargi w trybie § 13 rozp., do wymienionych tam organów, na decyzję o wyborze oferty podjętą pod wpływem działań wybranego uczestnika przetargu, objętych hipotezą art. 70⁴ § 1 k.c. Zob. przyp. 21.

korzystaniu z niedozwolonych (sprzecznych z prawem lub zasadami współżycia społecznego) środków w celu uzyskania korzystnego dla niej wyniku przetargu (który poza tym przebiega według ustalonej, zgodnej z prawem procedury). Jedynie dla przykładu można wskazać na takie stany faktyczne, jak rezygnacja uczestnika przetargu z kolejnego postąpienia pod wpływem groźby ze strony osoby, która w następstwie tego wygrała przetarg ustny, czy udział w rozstrzygnięciu przetargu pisemnego członka komisji przetargowej przekupionego przez drugą stronę umowy, jeżeli jego głos mógł wpłynąć na taki wynik przetargu.

Cytowane przepisy nie odróżniają wypadku, gdy przetarg bezpośrednio prowadzi do zawarcia umowy będącej jego celem, od sytuacji, w której przetarg determinuje zawarcie i treść tej umowy, ale z uwagi na wymaganie dla niej określonej formy szczególnej jego bezpośrednim wynikiem jest - jak w analizowanym tutaj przetargu - zawarcie umowy przedwstępnej. Wydaje się wszak oczywiste, że również umowę ostateczną zawartą w następstwie przetargu należy traktować - w rozumieniu tego przepisu - jako zawartą w drodze przetargu. Nie jest natomiast jasne, czy w wypadku dowiedzenia się przed zawarciem umowy ostatecznej o obciążających uczestnika, który wygrał przetarg, okolicznościach wskazanych w art. 70⁴ § 1 k.c., organizator przetargu powinien wystąpić w terminie przewidzianym w § 2 tego artykułu o unieważnienie umowy przedwstępnej, by zapobiec konwalidacji tej umowy i skutecznemu dochodzeniu na jej podstawie przez tegoż uczestnika zawarcia umowy ostatecznej (p. pkt 11). Raczej jednak należy przyjąć, że w takim wypadku organizator przetargu może po prostu odmówić - bez względu na upływ czasu - zawarcia umowy ostatecznej. Czy uzasadnienia dla oddalenia ewentualnego powództwa o zawarcie tej umowy należałoby wówczas upatrywać w wykładni art. 70⁴ k.c., czy może w treści art. 5 k.c., nie ma już większego znaczenia.