

Przetarg fakultatywny

WALDEMAR GONTARSKI

Przetarg stanowi obok oferty i rokowań, jeden z trybów zawierania umów. Jako jedyny tryb zawarcia umowy charakteryzuje się sprecyzowaną przez ustawodawcę procedurą i wymaga określonej sekwencji czynności. Do Kodeksu cywilnego został wprowadzony przez ustawę z 23 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny.

1. Podstawą przetargu jest zaproszenie do składania ofert. Jeżeli w warunkach przetargu nie ustalono inaczej, chwilę zawarcia umowy ustala się na podstawie przepisów dotyczących przyjęcia ofert. Zawarcie umowy przy przetargu pisemnym będzie więc następowało z chwilą otrzymania przez oferenta od organizatora oświadczenia pisemnego o przyjęciu oferty (art. 66 § 2, art. 67, art. 68 § 1, art. 70 § 1 w związku z art. 70³ § 2 k.c.). Natomiast wcześniej – w momencie wybrania oferty – pomiędzy oferentem a organizatorem przetargu zostaje wykreowany stosunek umowny, którego treścią jest powstanie po stronie organizatora obowiązku, a po stronie oferenta (którego oferta została wybrana) roszczenia w przedmiocie zawarcia umowy (dla zawarcia której przetarg został zorganizowany)¹. Roszczenie to może być dochodzone na drodze sądowej i ulega ono dziesięcioletniemu przedawnieniu (art. 118 k.c.). Jednak stosunek cywilnoprawny nawiązuje się już w momencie wszczęcia procedury przetargowej, a jego treść określa ogłoszenie o przetargu, zaś podstawę prawną stanowią przepisy dotyczące oferty (tak stanowi art. 70³ § 3 zd. pierwsze k.c.) i stosunek ten przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta lub gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert, chyba że w warunkach przetargu zastrzeżono inaczej (art. 70³ § 1 k.c.).

2.a. Etap pierwszy – ogłoszenie przetargu

Organizator przetargu jest związany swoim oświadczeniem o ogłoszeniu przetargu, w tym związany jest warunkami przetargu (art. 70¹ § 4 k.c.). Nie może przetargu jednostronnie odwołać, nie może także zmienić po dokonaniu ogłoszenia jego warunków, chyba że możliwość zmiany lub odwołania zastrzeżono w treści ogłoszenia (art. 70¹ § 3 k.c.). Sankcją z tytułu naruszenia tych obowiązków przez organizatora jest odpowiedzialność – w stosunku do oferentów – w ramach *culpa in contrahendo*². Charakter *iuris cogentis* ma przepis zawarty w art. 70¹ § 2 k.c. – stanowiący, iż ogłoszenie przetargu obejmuje co najmniej czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu. Dlatego brak któregoś z elementów oferty przetargowej wskazanych w tym przepisie, oznacza automatycznie, iż ogłoszenie nie jest ogłoszeniem przetargowym i nie może być traktowane jako takie. O doniosłości prawnej warunków zawartych w ogłoszeniu świadczy § 3 art. 70¹ k.c., zgodnie z którym ogłoszenie, a także warunki przetargu, mogą być zmienione lub odwołane tylko wtedy, gdy zastrzeżono to w ich treści. Przepis ten dodano nowelą z 14 lutego 2003 roku. Jak czytamy w uzasadnieniu projektu ustawy z 14 lutego 2003 r. o zmianie ustawy Kodeks cywilny oraz niektórych innych ustaw, przepisy art. 70¹ k.c. *wskazują przede wszystkim na związanie organizatora warunkami aukcji lub przetargu od chwili ich udostępnienia..., dopuszczalność zmiany lub odwołania ogłoszenia a także wyżej wymienionych warunków tylko wtedy, gdy wynika to z ich treści, (...) obowiązek organizatora postępowania zgodnie z postanowieniami ogłoszenia aukcji lub przetargu i ich warunków od chwili udostępnienia warunków, a oferenta od chwili złożenia oferty zgodnie z ogłoszeniem aukcji lub przetargu...*³.

W pojęciu „warunki przetargu” mieszczą się zarówno szczególne wymagania formalne w sensie szerokim stawiane przez organizatora oferentom, jak również warunki *co do techniki sporządzenia i sposobu złożenia oferty*⁴. Uchybienie procedurze przetargowej oznacza naruszenie przepisu *iuris cogentis*, chyba że konkretna norma ma nacechowanie tylko porządkowe, instrukcyjne lub odwołujące się do swobodnego uznania ogłasza-

jącego. Ponieważ przepis § 2 art. 70¹ k.c. ma charakter normy bezwzględnie obowiązującej, więc wszystkie warunki przetargu, również co do techniki sporządzenia i sposobu złożenia oferty, powinny być zrealizowane w sposób obligatoryjny. Obligatoryjności tego przepisu nie można relatywizować powołaniem się na klauzulę generalną społeczno-gospodarczego przeznaczenia prawa, jako granicę wykonywania prawa podmiotowego (art. 5 k.c.), gdyż w przypadku przetargu mamy do czynienia z obrotem profesjonalnym.

Ogłoszenie przetargu ma istotne znaczenie dla ustalenia wzajemnych praw i obowiązków stron, wynikających już z samego faktu przystąpienia do przetargu. Jego treść może podlegać wykładni przy zastosowaniu zasad określonych w art. 65 § 1 i § 2 Kodeksu cywilnego⁵.

2.b. Etap drugi – przystąpienie do przetargu

Od chwili przystąpienia do przetargu (złożenia oferty) powstaje umowa (powiedzmy *sui generis*) między organizatorem przetargu i oferentem, z której wynika dla organizatora obowiązek niezwłocznego powiadomienia oferenta o wyborze oferty lub o zamknięciu przetargu bez wybrania oferty. Wymagana jest forma pisemna powiadomienia (art. 70³ § 2 k.c.). W razie wyrządzenia oferentowi szkody przez brak powiadomienia, w grę wchodzi odpowiedzialność organizatora za szkodę wyrządzoną niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem zobowiązania (art. 471 k.c.)⁶, czyli z uprawnieniem oferenta do naprawienia szkody mamy do czynienia nawet wówczas, gdy organizatorowi nie można przypisać winy, a jedynie niewykonanie lub nienależyte wykonanie zobowiązania. Wtedy na oferencie będzie spoczywał ciężar dowodu lub przynajmniej uprawdopodobnienia, zarówno odnośnie wystąpienia szkody, jak i istnienia powiązania przyczynowo-skutkowego między szkodą a niewykonaniem lub nienależytym wykonaniem.

Składający ofertę jest związany nie tylko swoją ofertą, ale także – z chwilą jej złożenia – ogłoszonymi warunkami przetargu, które akceptuje przez przystąpienie do przetargu, na określonych w ogłoszeniu zasadach (art. 70¹ § 4 k.c.).

2.c. Etap trzeci – wybór oferty

Samo dokonanie wyboru oferty nie oznacza jeszcze ostatecznego powstania stosunku umownego (który ma być zawarta w drodze przetargu – art. 70¹ § 1 k.c.), lecz stanowi podstawę do jej zawarcia. Z chwilą dokonania wyboru powstaje natomiast sądowe roszczenie o zawarcie umowy (art. 64 k.c. w związku z art. 1047 k.p.c.). W momencie przybicia (wyboru oferty) kreowany jest bowiem stosunek stanowiący samodzielną podstawę prawną do zawarcia umowy (można tutaj ewentualnie mówić o umowie przedwstępnej⁷).

2.d. Etap czwarty – powiadomienie pisemne o wynikach przetargu

Decyzja o wyborze ofert nie jest jeszcze oświadczeniem woli (w rozumieniu art. 60-61 k.c.), w szczególności nie jest

przyjęciem wybranej oferty. Jeśli w warunkach przetargu inaczej nie zastrzeżono, taki charakter ma dopiero zawiadomienie (oświadczenie) skierowanie do oferenta, tzn. powiadomienie oferenta przez ogłaszającego przetarg o dokonaniu wyboru (art. 70³ § 2 k.c.). Jednak swoboda zawierania umowy w wyniku przetargu nie może sprzeciwiać się naturze i celowi przetargu, ustawie i zasadom współżycia społecznego (art. 353¹ k.c.). W przeciwnym razie mamy do czynienia z nieważnością (art. 58 k.c.). Przez obowiązek niesprzeciwiania się naturze przetargu należy rozumieć np. zakaz posługiwania się klauzulą typu: *Organizator zastrzega sobie prawo unieważnienia bezpośrednio po przetargu jego wyników* – wszak uprawnienie takie kłóciłoby się z naturą i celem przetargu⁸. Z kolei przez ustawę należy tutaj rozumieć m.in.:

- ◆ Art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. Zgodnie z tym przepisem, czynem nieuczciwej konkurencji jest utrudnianie innym przedsiębiorcom dostępu do rynku poprzez sprzedaż towarów lub usług poniżej kosztów ich wytworzenia lub świadczenia albo ich odsprzedaż poniżej kosztów zakupu w celu eliminacji innych przedsiębiorców. Jak wynika z treści tego przepisu, o czynie zakazanym ustawowo mówimy dopiero przy zaistnieniu koniunkcji: sprzedaż poniżej kosztów plus cel w postaci eliminowania innych przedsiębiorstw. Nie podpada pod ten przepis np. wyprzedaż zapasów, nawet jeśli odbywa się poniżej kosztów i ma na celu eliminację innych⁹.
- ◆ Art. 8. ust. 2 pkt 1 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów – wprowadza zakaz nadużywanie pozycji dominującej polegające na bezpośrednim lub pośrednim narzucaniu nieuczciwych cen, w tym cen nadmiernie wygórowanych albo rażąco niskich. Przepis ten jest odpowiednikiem art. 82 lit b. Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską (zakaz bezpośredniego lub pośredniego narzucania nieuczciwych cen). Odnośnie cen rażąco niskich, czyli „drapieżnych” (*predatory pricing*¹⁰), Europejski Trybunał Sprawiedliwości w orzeczeniu w sprawie C-333/9411 – wyodrębnił dwie sytuacje. Po pierwsze: w przypadku cen niższych od średnich kosztów zmiennych (tzn. kosztów zmieniających się w zależności od wielkości produkcji), zawsze mamy do czynienia z zakazanym nadużyciem, ponieważ każdy sprzedany produkt przynosi straty, a następnie – po wyeliminowaniu konkurencji – uzyskanie pozycji monopolistycznej pozwoli podnieść ceny. Po drugie: w przypadku cen niższych od średnich kosztów całkowitych, obejmujących koszty stałe (koszty nie zmieniające się w zależności od ilości produkcji), z nadużyciem zakazanym mamy do czynienia dopiero wtedy, gdy zostanie wykazane, iż ceny drapieżne stosowane są w celu wykluczenia konkurentów z rynku, czyli chodzi o sytuację z hipotezy art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji. ►

► **3.a.** Uchybienia w zakresie wyboru oferty ze względu na niezachowanie warunków formalnych przez wybranego oferenta, nie będą stanowić podstawy do kwestionowania wyboru przez pozostałych oferentów, jeśli organizator zastrzeże sobie „prawo swobodnego wyboru ofert”¹². W przeciwnym razie można skutecznie podważać ważność umowy zawartej w wyniku takiego wyboru. Natomiast bez względu na to, co zastrzeże sobie organizator w ogłoszeniu przetargu, ważność umowy będzie można prawnie kwestionować, jeśli jest ona sprzeczna z ustawą, o której to ustawie mowa w art. 353¹ k.c. Gwarantowana tym przepisem swoboda umów jest ograniczona m.in. właśnie przez „ustawę”. Jest to samoistna przesłanka nieważności bezwzględnej umowy. Chodzi tutaj nie tylko o przepisy Kodeksu cywilnego o charakterze *iuris cogentis*, ale również o wszelkie inne regulacje ustawowe bezwzględnie obowiązujące. Istotne jest jedynie, aby nakaz lub zakaz znajdował bezpośredni wyraz normatywny¹³ (w systemie prawa).

3.b. Naruszenie granic swobody kontraktowej uruchamia sankcję nieważności, którą art. 58 k.c. odnosi do każdej czynności sprzecznej z prawem¹⁴. Jak zwraca uwagę Sąd Najwyższy w postanowieniu z 19 grudnia 1984 r., III CRN 183/84: *W sprawie, w której wylania się kwestia nieważności bezwzględnej umowy (art. 58 k.c.), sąd kwestię tę bierze z urzędu pod rozważę jako przesłankę swego rozstrzygnięcia*¹⁵.

Nieważność bezwzględna z art. 58 k.c. oznacza, że czynność prawna nie wywołuje skutków umownych, chociaż nie oznacza to *negotium non existen*. Bezwzględnie nieważna czynność prawna istnieje i może wywoływać skutki prawne, np. w postaci obowiązku naprawienia szkody tą czynnością wyrządzonej¹⁶. Nieważność ta następuje *ex lege*, a nie w drodze pisemnego oświadczenia strony.

Jeśli nieważność dotyczy postanowień umowy przedmiotowo istotnych, umowa w całości jest nieważna (nieważność całkowita), chyba że nastąpi inny skutek określony w art. 58 § 1 k.c. *in fine*. W innym przypadku przepis zawarty w art. 58 § 3 k.c. unieważnia tylko część postanowień umowy (nieważność częściowa), ale dotyczy to (jak wynika z powyższego) jedynie elementów umowy o charakterze dodatkowym (*accidentali negotii*), bez których umowę można było zawrzeć.

Przez postanowienia istotne umowy należy rozumieć takie postanowienia, bez których nie jest możliwe wykonanie umowy¹⁷.

W związku z powyższym, aby zapewnić sobie realizację zasady pewności i bezpieczeństwa obrotu prawnego, organizator przetargu przed podpisaniem umowy zawieranej w wyniku przetargu, powinien sprawdzić, czy nie wchodzi w grę jej przyszła nieważność ze względu na sprzeczność z przepisami prawa bezwzględnie obowiązującego. W przypadku przetargu obligatoryjnego, w związku z art. 7 ust. 1 ustawy z 29 stycznia 2004 r. – Prawo zamówień publicznych¹⁸ (zasady

uczciwej konkurencji), doktryna zwraca uwagę, że przy ocenie ofert zamawiający powinien zapewnić uczciwą konkurencję m.in. przez sprawdzenie, czy składana oferta nie zawiera rażąco niskiej ceny¹⁹. W przypadku przetargu fakultatywnego taki obowiązek organizatora przetargu wynika z art. 353¹ k.c. m.in. w związku z:

- ◆ art. 15 ust. 1 pkt 1 ustawy z 5 lipca 2002 r. o zmianie ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji;
- ◆ art. 8. ust. 2 pkt 1 ustawy z 15 grudnia 2000 r. o ochronie konkurencji i konsumentów;
- ◆ art. 82 lit b. Traktatu ustanawiającego Wspólnotę Europejską

3.c. W myśl art. 6 k.c., strona żądająca uznania umowy w całości za nieważną, zobowiązana jest udowodnić, iż umowa nie zostałaby zawarta bez postanowień dotkniętych nieważnością. ■

¹ Por. S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wydanie piąte, Warszawa 2003 r., s. 295; por. też: wyrok Sądu Najwyższego z 21 IX 2000 r., II CKN 1075/98.

² Tak w: E. Gniewek, glosa do uchwały SN z 2 sierpnia 1994 r. III CZP 96/94, *Rejent* nr 4/1995 r.

³ Druk sejmowy nr 666.

⁴ M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001 r., s. 58.

⁵ Tak w: wyrok Sądu Najwyższego z 15 października 1999 r., III CKN 366/98, *Biuletyn Sądu Najwyższego* 1999/12/9.

⁶ Tak w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wydanie piąte, Warszawa 2003 r., s. 297.

⁷ Tak w: A. Brzozowski, (w:) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wydanie trzecie, Warszawa 2002 r., s. 222.

⁸ Tak w: S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza. Część ogólna*, wydanie piąte, Warszawa 2003 r., s. 293.

⁹ Tak w: E. Nowińska, M. Du Val, *Komentarz do ustawy o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji*, Warszawa 2001 r., s. 127.

¹⁰ O „cenach drapieżnych” w dorobku wspólnotowym – patrz: I. Zużewicz, (w:) *Konkurencja. Acquis communautaire*, pod red. Z. Brodeckiego, Warszawa 2004 r., s. 250-251.

¹¹ Zb. Orz. 1996, s. I-5951.

¹² Por. w: M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001 r., s. 157.

¹³ Por. np. w: wyrok SN z 18 grudnia 1996 r., I CKN 27/96, OSNC 1997/4/43.

¹⁴ Patrz: M. Safjan, (w) *Kodeks cywilny. Komentarz*, pod red. K. Pietrzykowskiego, wydanie 3, Warszawa 2002 r., s. 672, tak też w: J. Guść, *O właściwościach (naturze) stosunku prawnego*, Państwo i Prawo z. 4 z 1997 r., s. 17; M. Romanowski, *Dopuszczalność wypowiedzenia umowy zawartej na czas oznaczony w świetle zasady swobody umów*, *Przegląd Prawa Handlowego* nr 11 z 2002 r., s. 52.

¹⁵ *Prawo na CD. Orzeczenia. Kartoteka tez sądowych i akty prawne*, Wydawnictwo C. H. Beck, październik 2000 r.

¹⁶ Tak np. w: A. Wolter, J. Ignatowicz, K. Stefaniuk, *Prawo cywilne. Zarys części ogólnej*, wydanie 2, Warszawa 1998 r., s. 328, przyp. 250.

¹⁷ O „wykonaniu umowy” por. np. w: M. Jasiakiewicz, (w) *Prawo umów w obrocie gospodarczym*, pod red. S. Władki, Warszawa 2001 r., s. 155 i nast.

¹⁸ DzU nr 19, poz. 177 ze zm.

¹⁹ J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, wydanie szóste, Warszawa 2004 r., s. 45-46.