

*Ryszard Szostak*

## **Z problematyki przetargu organizowanego na sprzedaż przedsiębiorstwa państwowego w trybie prywatyzacji**

I. W świetle art. 39 ustawy z dnia 30 sierpnia 1996 r. o komercjalizacji i prywatyzacji<sup>1</sup>, przedsiębiorstwo państwowe może być sprywatyzowane w ramach tzw. prywatyzacji bezpośredniej przez sprzedaż, wniesienie do spółki (aport) albo oddanie do odpłatnego korzystania. Wyboru sposobu dokonuje organ założycielski (wojewoda) działający w imieniu Skarbu Państwa, na mocy wydanego za zgodą ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa zarządzenia, wskazującego także pełnomocnika przejmującego funkcje dotychczasowych organów przedsiębiorstwa, upoważnionego do dokonania czynności prywatyzacyjnych (art. 41 ustawy).

Sprzedaż przedsiębiorstwa następuje w trybie przetargu nieograniczonego, niezbyt fortunnie nazwanego w ustawie „publicznym”, albo w trybie rokowań podjętych na podstawie publicznego zaproszenia, dla których stosownie do znowelizowanych w 2002 r. przepisów kodeksu cywilnego odpowiedniejsza byłaby nazwa negocjacji z zachowaniem konkurencji (art. 48 ustawy). Przy wyborze trybu postępowania należy uwzględnić wszystkie okoliczności indywidualnego przypadku, w szczególności specyfikę branży, wielkość, kondycję ekonomiczno-finansową i potrzeby inwestycyjne przedsiębiorstwa oraz jego ewentualne potrzeby w zakresie ochrony środowiska, a także ochrony miejsc pracy. Zobowiązania so-

---

<sup>1</sup> Dz.U. z 2002 r. Nr 171, poz. 1397, ze zm., zwana dalej „ustawą”.

cialne ustalone przez nabywcę z przedstawicielami załogi stanowią integralną część umowy sprzedaży przedsiębiorstwa<sup>2</sup>. Rozpoczęcie postępowania w obu przypadkach wymaga ogłoszenia co najmniej w jednym z dzienników o zasięgu ogólnopolskim oraz w Biuletynie Informacji Publicznej na stronie internetowej organizatora. Obok zwyczajnego zaproszenia do konkurencyjnego ubiegania się o nabycie przedsiębiorstwa ogłoszenie zawiera warunki przetargu lub negocjacji. Przetarg jest zautomatyzowaną procedurą toczącą się według z góry ustalonych „na sztywno” warunków, od których później, w trakcie jego przebiegu, nie wolno odstępować, natomiast negocjacje z zachowaniem konkurencji są bardziej elastyczne, ponieważ najpierw w toku pertraktacji weryfikuje się i ewentualnie uzupełnia zapowiedziane w ogłoszeniu warunki transakcji, a dopiero potem, zgodnie z ustalonymi ostatecznie wymaganiami (uwzględniającymi możliwości i oczekiwania stron), następuje przetargowy wybór oferty najkorzystniejszej<sup>3</sup>. Ten drugi tryb nadaje się zatem do nawiązywania bardziej skomplikowanych transakcji. Charakteryzuje się „hybrydowym” połączeniem negocjacji z przetargiem. Zasady postępowania dla obu procedur określa wykonawcze rozporządzenie Rady Ministrów z dnia 14 grudnia 2004 r. w sprawie szczegółowego trybu sprzedaży przedsiębiorstwa<sup>4</sup>. W kwestiach nieuregulowanych w ustawie i w tym rozporządzeniu stosuje się posiłkowo kodeksowe przepisy o zawieraniu umów<sup>5</sup>. Umowę sprzedaży przedsiębiorstwa zawartą z pominięciem ustawowo nakazanej procedury uznać trzeba za bezwzględnie nieważną, ponieważ narusza wymagania art. 48 ustawy<sup>6</sup>.

---

<sup>2</sup> J. W r a t n y, *Charakter prawny porozumień socjalnych związanych z prywatyzacją przedsiębiorstw państwowych*, Państwo i Prawo 1996, nr 6, s. 18 i nast. a także wyrok Sądu Apelacyjnego w Krakowie z dnia 18 lutego 2003 r., I ACA-49/03 (Transformacje Prawa Prywatnego 2004, nr 3-4, s. 126).

<sup>3</sup> Por. R. S z o s t a k, *Kształtowanie warunków zamówienia publicznego w trybie negocjacji z zachowaniem konkurencji*, Kwartalnik Prawa Prywatnego 2007, nr 1, s. 13 i nast.

<sup>4</sup> Dz.U. Nr 277, poz. 2744, zwane dalej „rozp. RM”.

<sup>5</sup> Subsidiarne zastosowanie kodeksowej regulacji przetargu względem przepisów prywatyzacyjnych potwierdził Sąd Najwyższy w uchwale z dnia 27 lipca 2006 r., III CZP 55/06 (Gazeta Prawna 2007, nr 175 z dnia 8 września 2007 r., s. 11).

<sup>6</sup> Por. wyrok SN z dnia 13 września 2001 r., IV CKN-381/00 (OSNC 2002, nr 6, poz. 75), a także A. Ł u p s z a k - Z a j a c, *Wpływ wadliwego przeprowadzenia przetargu zorganizowanego dla rozporządzenia nieruchomością na skuteczność zawartej umowy*, Rejent

Sprzedaż obejmuje przedsiębiorstwo w znaczeniu przedmiotowym (art. 55<sup>1</sup> k.c.). Ze względu na ochronę interesu publicznego przed zawarciem transakcji konieczne jest dokonanie analizy sytuacji majątkowej przeznaczonego do zbycia przedsiębiorstwa wraz z wyczerpującą inwentaryzacją wszystkich jego składników (art. 42 ustawy). Pozwala to później na należyty opis przedmiotu przetargu (negocjacji) i niezbędne jego oszacowanie, według którego ustala się „minimalną cenę sprzedaży” (tzw. cenę wywoławczą). Są to podstawowe warunki przetargu (negocjacji). Z kolei przeniesienie własności przedsiębiorstwa obejmującego nieruchomości wymaga formy notarialnej<sup>7</sup>, co wpływa istotnie na konstrukcję rozstrzygnięcia przetargu ofert w obu odmianach postępowania. Wybór i przyjęcie oferty najkorzystniejszej w trybie przetargu nie mogą prowadzić od razu do zawarcia umowy finalnej, z uwagi na wymóg zachowania szczególnej formy<sup>8</sup>. Dlatego zastosowanie znajduje art. 70<sup>2</sup> § 3 w zw. z art. art. 70<sup>3</sup> § 3 k.c., stanowiący, że jeżeli ważność umowy zależy od spełnienia szczególnych wymagań przewidzianych w ustawie, zarówno organizator przetargu, jak i zwycięski oferent mogą dochodzić zawarcia umowy. W konsekwencji przyjęcie oferty najkorzystniejszej skutkuje nawiązaniem między organizatorem przetargu a zwycięskim oferentem jedynie umowy przedwstępnej, zobowiązującej do zawarcia w dalszej kolejności umowy finalnej we właściwej formie<sup>9</sup>.

W celu zapewnienia bezstronności, poszanowania reguł uczciwej konkurencji i przeciwdziałania praktykom korupcyjnym przetarg, a także

---

1999, nr 9, s. 228 oraz Z. Radwański, *System prawa prywatnego*, t. II: *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 369 i 372. Bliżej o tej sankcji R. Szostak, *Przetargowe sposoby ustalania nabywców nieruchomości publicznych (cz. I)*, Rejent 2006, nr 12, s. 22-23.

<sup>7</sup> Por. E. Drozd, *System prawa prywatnego*, t. II, *Prawo cywilne – część ogólna*, Warszawa 2002, s. 152 i nast.

<sup>8</sup> Por. S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga pierwsza – część ogólna*, Warszawa 1999, s. 232 oraz Z. Radwański, *System prawa...*, s. 365.

<sup>9</sup> Por. zwłaszcza J. Rajski, *Aukcja i przetarg w ujęciu znowelizowanych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 2003, nr 5, s. 8; Cz. Żuławska, *Komentarz do kodeksu cywilnego. Księga trzecia – zobowiązania*, t. I, Warszawa 2005, s. 166; A. Brzozowski, *Kodeks cywilny. Komentarz*, t. I, Warszawa 2004, s. 281-282 oraz M. Krajewski, *System prawa prywatnego*, t. V: *Prawo cywilne – część ogólna*, red. E. Łętowska, Warszawa 2006, s. 796.

negocjacje z zachowaniem konkurencji przeprowadza się komisyjnie. Jest to wymóg o charakterze publicznoprawnym. Komisja powinna składać się co najmniej z trzech członków powoływanych i odwoływanych przez organizatora postępowania, który określa też jej organizację, tryb pracy oraz dokładny zakres powinności, mając na celu zapewnienie sprawności i przejrzystości procedury (§ 5 rozp. RM). Komisja pełni rolę zespołu pomocniczego organizatora, w zasadzie ma tylko uprawnienia przygotowawcze i wnioskodawcze<sup>10</sup>. W ramach przetargu dokonuje jawnego otwarcia ofert, weryfikuje warunki wymagane od konkurentów (wniesienie wadium), przeprowadza ocenę złożonych ofert, a nawet dokonuje odrzucenia oferty uchybiającej warunkom przetargu oraz wybiera ofertę najkorzystniejszą, z tym że jest to tylko wybór w sensie faktycznym (rejestracyjnym), a nie prawnym. Wyboru w sensie prawnym połączonego z przyjęciem wybranej oferty dokonuje już sam organizator przetargu. Podobnie w ramach procedury alternatywnej, komisja kwalifikuje konkurentów do negocjacji, podejmuje z nimi rokowania, a w ostatniej fazie postępowania przeprowadza ocenę stanowczych ofert i wyboru oferty najkorzystniejszej, który wymaga jednak „zatwierdzenia” przez organizatora. Z powyższego wynika, że rozstrzygnięcie przetargu nie należy do komisji, lecz bezpośrednio do organizatora. Większość czynności komisji wykonywanych wobec konkurentów ubiegających się o nabycie przedsiębiorstwa to oświadczenia wiedzy (zawiadomienia) o charakterze przygotowawczym, za wyjątkiem jednak odrzucenia oferty, które jest oświadczeniem woli (art. 68 k.c.)<sup>11</sup>, wymagającym umocowania komisji przez organizatora.

**II.** Warunki przetargu podawane są bezpośrednio w ogłoszeniu (§ 6 rozp. RM), po ich akceptacji przez przystępujących do postępowania konkurentów przesądzają o treści wielostronnego stosunku przetargowe-

---

<sup>10</sup> Por. Z. Radwański, *System prawa...*, s. 362.

<sup>11</sup> Por. zwłaszcza J. Rajski, *Prawo o kontraktach w obrocie gospodarczym*, Warszawa 2000, s. 88, Z. Radwański, *System prawa...*, s. 335-336; W. Kocot, *Zawieranie umów sprzedaży według Konwencji Wiedeńskiej*, Warszawa 1998, s. 110 oraz J. Zarzecka, *Oferta i akceptacja oferty w angielskim i amerykańskim common law*, KPP 2001, nr 1, s. 19.

go<sup>12</sup>. Dokumentem dodatkowym, zawierającym szczegółowy opis przedmiotu sprzedaży jest tzw. memorandum informacyjne, udostępniane na żądanie zainteresowanych w sposób określony w ogłoszeniu. Pośród obligatoryjnych warunków istotne znaczenie mają ustalenia w zakresie: ceny wywoławczej, sposobu zapłaty należności za przedsiębiorstwo<sup>13</sup>, postanowień wchodzących do umowy finalnej, kryteriów oceny ofert i ich wagi, wymagań co do oferty przetargowej, wiążących pod rygorem jej odrzucenia, maksymalnego terminu związania ofertą, wadium ze wskazaniem okoliczności powodujących jego utratę, zastrzeżenia prawa do odstąpienia od przeprowadzenia przetargu albo „niezatwierdzenia wniosku komisji w sprawie jego rozstrzygnięcia” oraz zastrzeżenia, że do zawarcia umowy finalnej konieczna będzie „zgoda, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy”.

W świetle § 7 rozp. RM każdy z zainteresowanych konkurentów może złożyć tylko jedną ofertę przetargową, którą przedkłada organizatorowi w formie pisemnej, w stanie „uniemożliwiającym zapoznanie się z jej treścią przed otwarciem”. Oferentem nie może być osoba powiązana bezpośrednio lub pośrednio z innym oferentem, ale nie wskazano bliżej charakteru tego powiązania. Wydaje się, że wykluczyć trzeba każde powiązanie zakłócające uczciwą konkurencję i przejrzystość postępowania, zwłaszcza rozmaite powiązania kapitałowe lub relacje wynikające z umowy o długoterminową współpracę gospodarczą. Po oficjalnym otwarciu ofert komisja przyjmuje od oferentów oświadczenia o braku powiązań sprzeciwiających się uczestnictwu w przetargu. Oferta, obok proponowanej ceny za przedsiębiorstwo i warunków jej zapłaty (z ewentualnym wnioskiem rozłożenia należności na raty i formą zabezpieczenia zapłaty), powinna zawierać jeszcze zobowiązanie co do wartości nowych inwestycji wraz ze wskazaniem harmonogramu ich realizacji i źródeł finansowania, a także oświadczenie oferenta, że zapoznał się z przedmiotem przetargu i nie wnosi uwag co do jego stanu. Do oferty należy dołączyć też dowód

---

<sup>12</sup> Por. zwłaszcza S. Rudnicki, *Komentarz do kodeksu cywilnego...*, s. 183; J. Rajski, *Przetarg według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, PPH 1997, nr 1, s. 4 oraz Z. Radwański, *System prawa...*, s. 360.

<sup>13</sup> Według art. 48 ust. 5 ustawy zapłata należności za przedsiębiorstwo może być dokonana w ratach (pierwsza powinna wynosić co najmniej 20% ceny), pod warunkiem zabezpieczenia kwoty pozostałej do zapłaty po uiszczeniu pierwszej raty.

wniesienia wadium, który stanowi – niestety – zbędny wymóg biurokratyczny (por. formy ustanawiania wadium), będący często przyczyną nieporozumień, a nawet bezzasadnego odrzucenia oferty. Zgodnie bowiem z § 6 pkt 15 rozp. RM trzeba z góry zastrzec w warunkach przetargu, że oferta podlega odrzuceniu, jeśli zostanie złożona po terminie albo nie odpowiada warunkom określonym w ogłoszeniu. Wyznaczony w ogłoszeniu termin do składania ofert nie może być krótszy niż 30 dni od dnia ogłoszenia przetargu. Rozmiar zaś okresu związania ofertą powinien być taki, aby organizator postępowania zdołał w tym czasie wykonać wszystkie czynności kolaudacyjne poprzedzające wybór oferty najkorzystniejszej.

Kryteria oceny ofert mają znaczenie strategiczne z punktu widzenia końcowego rozstrzygnięcia przetargu. Według § 13 ust. 1 rozp. RM przy wyborze oferty najkorzystniejszej komisja kieruje się kryteriami określonymi z góry w ogłoszeniu przetargu, w szczególności ceną, sposobem i terminem jej zapłaty. Cenę trzeba uznać jednak za obligatoryjne kryterium wyboru oferty, gdyż z nią wiążą się podstawowe korzyści Skarbu Państwa. Dopiero na dalszym planie są warunki płatności, zwłaszcza to, czy cena będzie zapłacona od razu, czy też rozłożona na raty i jakie przewidziano oprocentowanie. Spośród innych kryteriów (fakultatywnych) liczy się wartość nowych inwestycji deklarowanych w ofercie i termin ich realizacji, a także wartość innych dodatkowych zobowiązań oferenta. Każde kryterium musi pozostawać względem pozostałych w określonej proporcji, wynikającej ze wzajemnej relacji, zwłaszcza liczy się wysokość oprocentowania lub wartość innych zobowiązań nabywcy przedsiębiorstwa w stosunku do oferowanej przez niego ceny za przedsiębiorstwo. Znaczenie (waga) poszczególnych kryteriów nie może być dowolne, powinno wynikać z obiektywnych wskaźników rynkowych<sup>14</sup>.

Wysokość wadium wyznacza się w granicach od 1-5% ceny wywoławczej. Nie musi być jednak wniesione w pieniądzu (wpłata na rachunek, wystawienie czeku potwierdzonego przez bank), jego późniejsza zapłata na wypadek wymagalności może być według wyboru oferenta zabez-

---

<sup>14</sup> O zasadach kształtowania kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej zob. R. S z o - s t a k, *Przetarg nieograniczony na zamówienie publiczne – zagadnienia konstrukcyjne*, Kraków 2005, s. 76 i nast.

pieczona poręczeniem bankowym albo gwarancją bankową bądź ubezpieczeniową (§ 9 rozp. RM). Wątpliwości może budzić konieczność odrzucenia oferty złożonej przez konkurenta, który nie wniósł wymaganego wadium (§ 12 ust. 2 rozp. RM). Powinno być to niedopuszczenie do przetargu (braku pełnej akceptacji warunków przetargu nie da się pogodzić z nawiązaniem stosunku przetargowego), a dopiero dalsze konsekwencje można by łączyć z odrzuceniem oferty pochodzącej od wykluczonego konkurenta, co bardziej odpowiada ogólnemu art. 70<sup>4</sup> § 1 k.c. Wadium podlega zwrotowi na zasadach ogólnych (§ 10 ust. 1-3 rozp. RM), przepada zaś na rzecz zamawiającego, gdy zwycięski oferent uchyli się od zawarcia umowy finalnej lub gdy zawarcie umowy stało się niemożliwe z „przyczyn zawinionych po stronie oferenta” (trafne nawiązanie do art. 471 k.c.), o czym należy uprzedzić z góry w ogłoszeniu. Z rozporządzenia wynika wyraźnie, że wadium pełni funkcję zryczałtowanego odszkodowania<sup>15</sup>.

Na tle powyższego dostrzegalny jest brak ogólnego przepisu regulującego warunki ubiegania się o nabycie przedsiębiorstwa (w tym wadium i wykluczenie powiązań pomiędzy konkurentami) wraz z dokumentami potwierdzającymi ich spełnianie, a także konsekwencji prawnych naruszenia ustalonych warunków w postaci niedopuszczenia do przetargu bądź negocjacji. Często bowiem liczą się dodatkowe zobowiązania nabywcy przedsiębiorstwa, zwłaszcza inwestycyjne i socjalne, wymagające określonych zdolności gospodarczych, które powinny być zawczasu zweryfikowane, aby nie trzeba było doprowadzać do oceny ofert składanych przez niewiarygodnych konkurentów. Przepis taki wprowadzono jednak w odniesieniu do negocjacji z zachowaniem konkurencji (§ 15 ust. 1 pkt 4 rozp. RM). Tymczasem z art. 48 ust. 2 ustawy nie wynika, aby zastosowanie procedury przetargowej odnosiło się wyłącznie do prostej sprzedaży przedsiębiorstwa, bez jakichkolwiek dodatkowych zobowiązań obciążających jego nabywcę.

**III.** Według rozporządzenia RM przetarg składa się z tzw. części jawnej i niejawnej (§ 12). W pierwszej, przy udziale zainteresowanych

---

<sup>15</sup> Por. Z. Radwański, *System prawa...*, s. 361 oraz R. Szostak, *Wadium przetargowe według nowych przepisów kodeksu cywilnego*, Przegląd Sądowy 2004, nr 1, s. 81 i nast.

oferentów, komisja stwierdza prawidłowość ogłoszenia, ustala liczbę złożonych ofert i ich nienaruszalność, dokonuje tzw. otwarcia ofert, podając nazwy oferentów i istotne warunki złożonych ofert, w tym proponowane ceny, przyjmuje oświadczenia dodatkowe i ewentualne wyjaśnienia co do treści ofert, a także dokonuje kwalifikacji ofert do przetargu (§ 12 ust. 2 rozp. RM). W ramach tej kwalifikacji komisja odrzuca ofertę, jeżeli:

- 1) oferent nie zaoferował co najmniej ceny wywoławczej,
- 2) oferta została złożona po wyznaczonym terminie, w niewłaściwym miejscu lub przez oferenta, który nie wniósł wadium,
- 3) oferta nie zawiera wymaganych danych lub dane te są niekompletne, nieczytelne lub budzą inną wątpliwość co do ich treści, zaś złożenie wyjaśnień mogłoby prowadzić do uznania jej za nową ofertę,
- 4) oferta nosi ślady naruszenia sprzed jej oficjalnego otwarcia.

Ostatnie unormowanie jest jednak dyskusyjne z kilku powodów.

Po pierwsze, niepotrzebnie łączy się przedprzetargową kwalifikację podmiotową (weryfikację warunków wymaganych od oferentów) przesądzającą o dopuszczeniu oferty do przetargu z kwalifikacją samych ofert, skutkującą możliwością odrzucenia oferty, co tradycyjnie stanowi już fazę „przetargu ofert” z uwagi na jej eliminacyjny charakter<sup>16</sup>.

Po drugie, nie powinno się stwarzać podstawy do odrzucenia oferty, tylko dlatego, że została złożona w innym miejscu (wadliwie zaadresowana), jeśli dotarła jednak do komisji przed upływem wyznaczonego terminu.

Po trzecie, gdy jakieś postanowienia oferty budzą wątpliwości lub są nieczytelne, należy w pierwszej kolejności poddać je regułom wykładni oświadczenia woli (art. 65 k.c.), a dopiero potem można ewentualnie uznać ofertę za uchybiającą wymaganiom warunków przetargu i odrzucić.

Po czwarte, brak jakiegokolwiek *ratio legis* dla odrzucenia oferty „noszącej ślady naruszenia przed jej otwarciem”. Dlaczego w ogóle oferent ma ponosić tego rodzaju konsekwencje, na dodatek jako pokrzywdzony cudzym zachowaniem, zagrożonym odpowiedzialnością karną (por. art. 267 i 305 k.k.). Regulacja objęta § 12 ust. 2 wymaga zatem pilnej korekty legislacyjnej.

---

<sup>16</sup> Por. R. Szostak, *Przetarg nieograniczony...*, s. 86 i nast.



W dalszym toku przetargu komisja przeprowadza szczegółową ocenę ofert (wartościującą), w wyniku której przedstawia organizatorowi wniosek w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej lub stwierdza, że nie wybrano żadnej ze złożonych ofert (§ 12 ust. 3 rozp. RM). Przy wyborze oferty komisja kieruje się wyłącznie kryteriami zapowiedzianymi z góry w warunkach przetargu. Może wezwać oferenta do złożenia dodatkowych wyjaśnień, ale nie mogą one prowadzić do zmiany oferowanej ceny i warunków jej zapłaty.

Niejasne jest natomiast unormowanie zakończenia przetargu. W świetle § 11 rozp. RM przetarg jest ważny, jeśli wpłynie chociażby jedna oferta spełniająca warunki określone w ogłoszeniu przetargu. Według § 13 ust. 3-5 wniosek komisji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej wymaga zatwierdzenia przez zbywcę-organizatora. W razie niezatwierdzenia wniosku niezwłocznie zwraca się wadium. Dzień zatwierdzenia przez zbywcę wniosku komisji w sprawie wyboru oferty najkorzystniejszej jest dniem przyjęcia oferty. O wyniku przetargu organizator niezwłocznie zawiadamia na piśmie oferentów. Zgodnie zaś z § 5 rozp. RM umowa z oferentem wyłonionym w przetargu jest zawierana po zatwierdzeniu wniosku komisji w sprawie wyboru oferty i wydaniu zarządzenia, o którym mowa w art. 41 ust. 2 ustawy.

1) Nie wydaje się, aby dopuszczenie wyboru spośród jednej jedynej oferty było rozwiązaniem zadowalającym z punktu widzenia ochrony interesu publicznego. Z przepisu § 11 wynika pośrednio (*a contrario*), że zupełny brak prawidłowych ofert pociąga nieważność przetargu. Nie wiadomo jednak, czy idzie o nieważność bezwzględna, czy też o przetarg kwalifikujący się do unieważnienia, ale ten drugi przypadek powinien obejmować także inne sytuacje, w których przetarg „nie dał rezultatu”. Poza tym niejasne jest odstępianie od przeprowadzenia przetargu po jego wszczęciu. Jedyne sensowne rozwiązanie, jakie tu się nasuwa, to odstępianie od wielostronnego stosunku przetargowego w rozumieniu art. 395 k.c.<sup>17</sup>

2) Na gruncie cywilnoprawnego stosunku przetargowego operowanie pojęciem „zatwierdzenia wniosku komisji” przez organizatora przetargu o administracyjnej proveniencji nie jest trafne. Chodzi tu przecież nie tyle

---

<sup>17</sup> Tamże, s. 45 i nast.

o jakieś zatwierdzenie wniosku komisji, ile o dokonanie proponowanego przez komisję wyboru oferty w sensie prawnym<sup>18</sup>. Jeśli zaś organizator decyduje się na wybór oferty, to następnie powinien wybraną ofertę przyjąć, co wynika z art. 70<sup>3</sup> § 1 k.c. Może też przetarg zamknąć bez wybrania oferty i na tym właśnie może polegać „niezatwierdzenie” wniosku komisji połączone ze zwrotem wadium. Poza tym zgodnie z art. 70<sup>3</sup> § 2 k.c. organizator jest obowiązany niezwłocznie powiadomić uczestników przetargu nie tylko o jego wyniku, lecz także o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru. Na tle tego przepisu jasno widać, że skutkujący względem wszystkich uczestników przetargu wybór oferty a wiążące jedynie w układzie dwustronnym przyjęcie wybranej oferty to dwa różne oświadczenia woli.

3) Norma, według której „dzień zatwierdzenia wniosku komisji w sprawie wyboru oferty (...) jest dniem przyjęcia oferty” ma sens na gruncie kodeksowej koncepcji składania oświadczeń woli (art. 61) tylko przy takim założeniu, że z chwilą doręczenia zwycięskiemu oferentowi zawiadomienia o wyborze jego oferty dochodzi automatycznie do jej przyjęcia. Oświadczenie o przyjęciu oferty po jego powzięciu, a przed doręczeniem, z oczywistych względów nie może być wiążące.

4) Dostrzegalny jest brak przepisu o jakichkolwiek środkach korygujących (reklamacyjnych), choćby tylko względem uchybień co do ustalenia wyniku przetargu. Z przepisu § 13 ust. 3 rozp. RM nie wynika nawet, aby sam organizator miał możliwość doprowadzenia do skorygowania błędnej propozycji wyboru oferty, np. w drodze żądania od komisji ponownej oceny ofert.

5) Zdziwieniem napawa uzależnienie zawarcia umowy finalnej od „wydania zarządzenia, o którym mowa w art. 41 ust. 2 ustawy”. Chodzi przecież o zarządzenie organu założycielskiego przedsiębiorstwa (organizatora przetargu) wydane za zgodą ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa, określające sposób prywatyzacji przedsiębiorstwa (przez sprzedaż lub wniesienie do spółki albo przez oddanie w leasing), a zatem o akt

---

<sup>18</sup> O konieczności odróżnienia wyboru oferty w sensie faktycznym, od jej wyboru w sensie prawnym R. Longchamps de Berier, *Zobowiązania* (oprac. J. Górski), Poznań 1948, s. 181.

wyraźnie poprzedzający zorganizowanie przetargu, a nie jego zakończenie. Nie do pomyślenia jest, aby mogło dojść do przetargu na sprzedaż przedsiębiorstwa bez takiego zarządzenia, zwłaszcza wydanego bez zgody właściwego ministra. Jeśli jednak celem § 5 rozp. RM jest zapobieżenie takiemu właśnie niebezpieczeństwu, konieczne jest zastosowanie odpowiedniej do tego konstrukcji cywilistycznej, wynikającej z mocy jednoznacznie brzmiącego przepisu przewidującego np. zgodę organu wyższego stopnia na zawarcie umowy finalnej pod rygorem jej nieważności. Z obecnego § 5 rozp. RM wynika jedynie to, co już wynika z samego art. 41 ust. 2 ustawy, że przed zorganizowaniem przetargu ma być wydane określone zarządzenie. W praktyce bywa, że § 5 rozp. RM interpretuje się na wyrost, w ten sposób, że zawieszają się zawarcie umowy sprzedaży do czasu uzyskania powtórnej zgody ministra, tym razem na wynik przetargu.

Unormowanie okoliczności rozstrzygnięcia przetargu na sprzedaż przedsiębiorstwa w analizowanym rozporządzeniu wymaga uporządkowania, przede wszystkim pod kątem zapewnienia pełnej spójności z nową regulacją przetargu zawartą w kodeksie cywilnym. Stan obecny sprzyja nieporozumieniom, finalizowanym nierzadko na drodze sądowej.

**IV.** Procedura negocjacji z zachowaniem konkurencji upowszechnia się ostatnio pod wpływem pozytywnych doświadczeń, zwłaszcza w zamówieniach publicznych<sup>19</sup>. Obok zaproszenia do negocjacji w ogłoszeniu o sprzedaży przedsiębiorstwa określa się warunki przebiegu procedury oraz wstępne warunki umowy finalnej, stanowiące przedmiot negocjacji, a także ewentualnie te warunki umowy, które nie będą podlegać indywidualnym uzgodnieniom. W świetle § 15 rozp. RM, spośród warunków proceduralnych doniosłe znaczenie mają w szczególności:

1) wymagania, jakie musi spełniać podmiot ubiegający się o nabycie przedsiębiorstwa, zwłaszcza co do przedmiotu i zakresu prowadzonej działalności oraz zdolności finansowej, wraz ze wskazaniem oświadczeń

---

<sup>19</sup> Po raz pierwszy unormowano ją w art. 63-66 poprzednio obowiązującej ustawy z dnia 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (Dz.U. z 2002 r. Nr 72, poz. 664 ze zm).

i dokumentów, które powinny być przedłożone w celu potwierdzenia spełnienia tych wymagań,

2) określenie maksymalnej liczby podmiotów, z którymi zostaną podjęte negocjacje, po dokonaniu przez nich badania sytuacji przedsiębiorstwa i przedstawieniu wiążących warunków umowy,

3) określenie miejsca i terminu do składania tzw. odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji, a także formy i terminu, w ciągu którego organizator postępowania zawiadomi o rozpatrzeniu tej odpowiedzi,

4) wskazanie kryteriów wyboru oferty najkorzystniejszej wraz z ich znaczeniem oraz

5) zastrzeżenie, że do zawarcia umowy jest konieczne uzyskanie przez zbywcę przedsiębiorstwa zgody, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy.

W warunkach procedury można też zastrzec, że organizator będzie miał prawo odstąpić od negocjacji bez podania przyczyn, a także prawo do przedłużenia ogólnie wiążącego konkurentów terminu do składania tzw. odpowiedzi na zaproszenie do negocjacji.

Przystąpienie do postępowania równoznaczne z całkowitą akceptacją jego warunków odbywa się w drodze złożenia organizatorowi na piśmie tzw. odpowiedzi na zaproszenie (rodzaj zgłoszenia wraz z dokumentami), generującej wielostronny stosunek proceduralny<sup>20</sup>. Uchybienie choćby jednemu z ustalonych wymagań powoduje, że konkurent jako niezdolny do nawiązania porozumienia proceduralnego (brak całkowitej akceptacji warunków) nie może być dopuszczony do postępowania. Dlatego stosownie do § 17 rozp. RM komisja, w ramach wstępnej kwalifikacji reflektantów, dopuszcza do zbadania dokumentacji przedsiębiorstwa tylko tych spośród nich, którzy spełniają wymagania określone w ogłoszeniu, wyznaczając im termin na przedstawienie „wiązących warunków umowy”. Brak jednak w rozporządzeniu jakichkolwiek wskazówek co do charakteru tych propozycji. Z przepisów § 18 wynika jedynie, że mogą one stanowić podstawę dalszej selekcji konkurentów. Wydaje się, że pełnią one rolę tzw. ofert wstępnych, zawierających minimalne (gwarantowane) z punktu widzenia interesów organizatora warunki transakcji, zwłaszcza co do wysokości ceny i sposobu jej zapłaty, które następnie w trakcie

---

<sup>20</sup> Por. R. Szostak, *Kształtowanie warunków...*, s. 52 i nast.

negocjacji mogą być zmienione na korzyść organizatora postępowania. W każdym razie ostateczna oferta składana przez konkurenta w końcowej (przetargowej) fazie procedury nie powinna być mniej korzystna niż wcześniejsza jego oferta wstępna<sup>21</sup>. Oferty zawierające wstępne propozycje umowy finalnej muszą być pod rygorem odrzucenia zgodne z warunkami zapowiedzianymi z góry w ogłoszeniu, z tytułu „oznaczenia przedmiotu rokowań”, nie mogą zwłaszcza uchybiać cenie minimalnej, wynikającej z rzetelnego oszacowania przedsiębiorstwa. O tym jednak analizowane rozporządzenie nie wspomina, a jest to przecież elementarny wymóg legalizmu, ponieważ nie można dopuścić do negocjowania propozycji odbiegających od warunków zamieszczonych w ogłoszeniu. W konsekwencji nasuwa się konieczność określenia z góry, w ogłoszeniu o sprzedaży przedsiębiorstwa, prawnego znaczenia tych wstępnych, a już wiążących, propozycji umowy, tym bardziej że ogłoszenie z założenia zawiera wymagania proceduralne dotyczące wszystkich etapów procedury. Oferty wstępne nie są poddawane porównawczej ocenie w celu wyboru oferty najkorzystniejszej, lecz służą jedynie wyłonieniu najlepszych konkurentów do ostatecznej selekcji. Z obligacyjnego punktu widzenia oferta wstępna ma charakter ramowy w tym sensie, że późniejsza oferta przetargowa, złożona przez tego samego konkurenta, nie może być mniej korzystna dla organizatora postępowania.

V. Według § 18 rozp. RM komisja podejmuje negocjacje z konkurentami, którzy przedstawili zgodnie z wymaganiami ogłoszenia wiążące propozycje warunków umowy, w maksymalnej liczbie (podmiotów) wskazanej w ogłoszeniu. Jeżeli liczba zainteresowanych udziałem w negocjacjach jest większa od zastrzeżonej w ogłoszeniu, komisja dopuszcza do pertraktacji jedynie tych spośród reflektantów, którzy tytułem ofert wstępnych zaproponowali najwyższą cenę za zbywane przedsiębiorstwo i najkorzystniejsze warunki jej zapłaty. Jeżeli zaś liczba reflektantów okaże się mniejsza od zapowiedzianej w ogłoszeniu, komisja prowadzi negocjacje z wszystkimi konkurentami, którzy złożyli oferty wstępne niepodlegające odrzuceniu. Zapraszając do negocjacji, organizator, działając na

---

<sup>21</sup> Tamże, s. 48-49.

wniosek komisji, może wyznaczyć wadium, którego ustanowienie stanowi warunek podjęcia rokowań (§ 18 ust. 2-3 rozp. RM). Sposób ustanowienia wadium, a także jego znaczenie prawne przedstawiają się analogicznie jak w przypadku opisanego wyżej wadium przetargowego. Żądanie ustanowienia wadium powinno odnosić się jednakowo do wszystkich konkurentów. Lepszym rozwiązaniem byłoby jednak unormowanie, według którego o wymogu ustanowienia wadium należałoby postanowić z góry w ogłoszeniu o sprzedaży przedsiębiorstwa.

Konieczność zachowania konkurencyjnego trybu negocjacji wynika z potrzeby zwiększenia efektywności postępowania i ochrony interesu publicznego. Dążenie wielu niezależnych reflektantów do nawiązania transakcji z jednym i tym samym sprzedawcą przedsiębiorstwa stwarza dla niego dogodną sytuację do rozpoznania możliwych i ukształtowania najkorzystniejszych warunków umowy<sup>22</sup>. Jednakże skoro zakres pertraktacji wyznacza się z góry w ogłoszeniu, powstaje pytanie, czy można w ich toku odstąpić od niektórych zapowiedzianych warunków umowy. W rozporządzeniu brak co do tego wyraźnego przepisu, natomiast w przepisach o zamówieniach publicznych dopuszcza się „nieistotne zmiany” warunków transakcji. Z oczywistych względów przedmiotem negocjacji są co najmniej cena i warunki jej zapłaty, a także dodatkowe zobowiązania inwestycyjne proponowane przez konkurentów.

Ze względu na ochronę interesu publicznego i przestrzegania reguł uczciwej konkurencji negocjacje prowadzić należy odrębnie z każdym z konkurentów. Muszą one mieć charakter poufny. Żadna ze stron nie może bez zgody drugiej strony ujawniać informacji związanych z pertraktacjami (§ 18 ust. 7 rozp. RM). Wszelkie wymagania, wyjaśnienia i informacje, a także dokumenty dotyczące negocjacji są przekazywane konkurentom na równych zasadach (§ 18 ust. 6 rozp. RM). Przebieg negocjacji podlega zaprotokołowaniu. Brak jednak specjalnych środków ochrony interesów konkurentów, wprawdzie mogą oni protestować przeciwko niesumiennym czy stroniczym zachowaniom przedstawicieli

---

<sup>22</sup> Bliżej o technice tego rodzaju negocjacji R. Szostak, *Ustalenie nabywcy nieruchomości publicznej w drodze negocjacji z zachowaniem konkurencji*, [w:] *III Kongres Notariuszy Rzeczypospolitej Polskiej. Referaty i opracowania*, red. R. Szytk, Warszawa-Kluczbork 2006, s. 345-350.

organizatora (protesty nie są zakazane), lecz nie przysługują im żadne szczególne środki publiczno-skargowe. Pozostają im jedynie tradycyjne roszczenia odszkodowawcze w granicach negatywnego interesu umownego, o słabszych funkcjach prewencyjnych oraz żądanie unieważnienia umowy finalnej. We wzajemnych zaś relacjach uczestników negocjacji obciąża powinność przestrzegania prawa, warunków toczącego się postępowania i reguł uczciwej konkurencji. Powinni więc powstrzymać się od jakichkolwiek sprzecznych z tymi standardami zachowań, stwarzających nieuczciwemu konkurentowi niedozwoloną przewagę nad pozostałymi uczestnikami negocjacji. Szczególnie niebezpieczne jest wchodzenie w zmwę z innymi konkurentami oraz rozpowszechnianie nieprawdziwych informacji mogących wpłynąć na wynik postępowania. Obok roszczeń odszkodowawczych możliwe są też roszczenia z tytułu czynów nieuczciwej konkurencji. W razie zbiegu tych roszczeń rozstrzygające znaczenie ma wybór roszczenia dokonany przez uprawnionego, wiążący także dla sądu<sup>23</sup>.

VI. Stosownie do § 19 ust. 1 rozp. RM po przeprowadzeniu rokowań komisja dokonuje wyboru oferty najkorzystniejszej, kierując się kryteriami z góry określonymi w ogłoszeniu o postępowaniu. Brak przepisu o tym, w jaki sposób dochodzi do złożenia „ofert końcowych” przez konkurentów, utrudnia orientację w zakresie mechanizmu zamknięcia negocjacji w połączeniu z otwarciem przetargu ofert. Ważną jednak wskazówkę zawiera § 19 ust. 3 rozp. RM, stanowiący, że „kończąc rokowania z poszczególnymi oferentami, komisja sporządza protokoły ostatecznych uzgodnień, które podpisują członkowie komisji i poszczególni oferenci”. Bez odrębnego zatem wezwania na piśmie, lecz bezpośrednio w zakończeniu negocjacji, zaprasza się każdego z konkurentów do złożenia stanowczej propozycji umowy, której osnowa podlega włączeniu do protokołu.

---

<sup>23</sup> Por. A. Szpunar, *Uwagi o zbiegu roszczeń odszkodowawczych*, [w:] *Rozprawy z prawa cywilnego. Księga pamiątkowa ku czci Witolda Czachórskiego*, Warszawa 1985, s. 70; E. Łętowska, *Zbieg norm w prawie cywilnym*, Warszawa 2002, s. 95 oraz B. Gadek, *Generalna klauzula odpowiedzialności za czyn nieuczciwej konkurencji*, Kraków 2000, s. 178 i nast.

Wartościująca ocena złożonych ofert umożliwia następnie rzetelny wybór oferty najkorzystniejszej. W efekcie do drugiego etapu negocjacji z zachowaniem konkurencji stosować trzeba kodeksową regulację przetargu, łącznie z art. 70<sup>5</sup> k.c. w sprawie możliwości żądania unieważnienia umowy finalnej z powodu uchybień popełnionych w postępowaniu poprzedzającym jej zawarcie. W protokole postępowania odzwierciedla się, zgodnie z wymaganiami rozporządzenia, liczbę ofert, dane personalne oferentów, warunki każdej oferty, kryteria wyboru oferty najkorzystniejszej, opis czynności przetargowych, informacje o ewentualnych ofertach odrzuconych ze wskazaniem przyczyn ich odrzucenia, a także wniosek komisji wraz z uzasadnieniem co do wyboru oferty albo zamknięcia przetargu bez rozstrzygnięcia. Wybór oferty najkorzystniejszej, dokonany przez komisję, podlega zatwierdzeniu przez organizatora (§ 19 ust. 4 rozp. RM). Wątpliwości związane ze skutkami prawnymi rozstrzygnięcia (zamknięcia) analizowanej procedury przedstawiają się analogicznie, jak w przypadku samodzielnego przetargu. Trudności potęguje dodatkowo niejasny przepis § 15 ust. 1 pkt 10 rozp. RM, w świetle którego „do zawarcia umowy jest konieczne uzyskanie przez zbywcę zgody, o której mowa w art. 41 ust. 2 ustawy”, który nie wyłącza ogólnego § 5 rozp. RM, dopuszczającego zawarcie umowy „w trybie rokowań na podstawie publicznego zaproszenia (...) po zatwierdzeniu przez zbywcę (przedsiębiorstwa – uzupeł. R.S.) wniosku komisji w sprawie wyboru najkorzystniejszej oferty i wydaniu zarządzenia, o którym mowa w art. 41 ust. 2 ustawy”. Tymczasem przepis art. 41 ust. 2 ustawy nie reguluje żadnej zgody na zawarcie konkretnej umowy, lecz wymaga jedynie zgody ministra właściwego do spraw Skarbu Państwa na wydanie przez organ założycielski zarządzenia o uruchomieniu prywatyzacji bezpośredniej, przewidującego sprzedaż przedsiębiorstwa. Przepis § 15 ust. 1 pkt 10 rozp. RM stanowi w praktyce przyczynę wielu niepewności, zwłaszcza bezzasadnego odraczania podpisania umowy sprzedaży przedsiębiorstwa, a nawet prób podważania zwartych już umów notarialnych. Stan ten uzasadnia dodatkowo postulat rychłego uporządkowania problematyki sprzedaży przedsiębiorstwa w trybie prywatyzacji bezpośredniej.