

ANNA TRELA

POSTĘPOWANIE W SPRAWIE UDZIELANIA OGRANICZONEJ LICZBY KONCESJI

Zasadnicze zmiany w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej wprowadzone zostały poprzednio obowiązującą ustawą z 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej¹. W porównaniu z ustawą z 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej², ustawodawca znacznie ograniczył przedmiot działalności objęty koncesją, ustalając, że koncesja będzie wymagana tylko w ośmiu przypadkach. Ponadto unormował procedurę udzielenia, odmowy udzielenia i cofnięcia koncesji. Określił także zasady przeprowadzania kontroli działalności koncesjonowanej oraz przewidział szczególny tryb udzielania ograniczonej ilości koncesji³. Wprowadzone zmiany pozwoliły odróżnić koncesję od innych aktów „dopuszczających” do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej.

O swoistości koncesji przesadza wiele elementów prawnych: przedmiot działalności objętej koncesją, cel koncesji, procedura jej udzielenia oraz charakter prawny tego aktu indywidualnego⁴. Pojęcie koncesji, pomimo braku ustawowej definicji, odnosić należy do aktu indywidualnego, w którym organ administracji publicznej ustala prawo do podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, mającego szczególne znaczenie dla bezpieczeństwa państwa i obywateli lub ze względu na ważny interes publiczny, wydawanego na wniosek, na podstawie przepisów ustawowych oraz mającego zapewnioną ochronę trwałości⁵.

Ustawa z 2 kwietnia 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej⁶ w zakresie koncesjonowania przejęła większość poprzednio obowiązujących rozwiązań, część z nich tylko doprecyzowuje, a niektóre – zmienia. Rozwiązanie prawne dotyczące koncesjonowania działalności gospodarczej zawarte zostały w rozdziale 4 ustawy zatytułowanym „Koncesje oraz regulowana działalność gospodarcza”. Najistotniejsze zmiany dotyczą przede wszystkim dalszego ograniczenia zakresu koncesjonowania działalności gospodarczej, zasad określania w koncesji szczególnych warunków wykonywania działalności gospodarczej

¹ Dz. U. Nr 101, poz. 1178, zm.: Dz. U. Nr 281, poz. 2777, Dz. U. 2005, Nr 35, poz. 289 (dalej: Pdg).

² Dz. U. Nr 41, poz. 324 ze zm. (dalej: udg).

³ Szerzej na ten temat zob. A. Trela, *Nowe zasady koncesjonowania działalności gospodarczej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2002, z. 2, s. 87 i n.

⁴ M. Szydło, *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2004, nr 12, s. 3.

⁵ Por. C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2005, s. 147.

⁶ Dz. U. Nr 173, poz. 1807 ze zm. (dalej: usdg).

oraz zastąpienia rozprawy administracyjnej w postępowaniu o udzielenie ograniczonej ilości koncesji – instytucją przetargu. Tym właśnie zmianom poświęcone będą dalsze rozważania.

I. ZAKRES KONCESJONOWANIA DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ

Zgodnie z art. 46 ust. 1 usgd, uzyskania koncesji wymaga obecnie wykonywanie działalności gospodarczej w sześciu dziedzinach działalności gospodarczej, w zakresie:

- 1) poszukiwania lub rozpoznawania złóż kopalin, wydobywania kopalin ze złóż, bezzbiornikowego magazynowania substancji oraz składowania odpadów w górotworze, w tym w podziemnych wyrobiskach górniczych,
- 2) wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym,
- 3) wytwarzania, przetwarzania, magazynowania, przesyłania, dystrybucji i obrotu paliwami i energią,
- 4) ochrony osób i mienia,
- 5) rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych,
- 6) przewozów lotniczych.

Poprzednio obowiązująca ustawa w wersji pierwotnej przewidywała, że – poza wyżej wymienionymi dziedzinami – koncesji podlega także działalność podejmowana w zakresie zarządzania liniami kolejowymi oraz wykonywania przewozów kolejowych, a także działalność w zakresie budowy i eksploatacji autostrad albo wyłącznie eksploatację autostrad płatnych oraz dróg krajowych (art. 14 ust. 1 pkt 6 i 7 Pdg). Ustawą z 28 marca 2003 r. o transporcie kolejowym⁷ zrezygnowano z koncesji na rzecz licencji przewozowej.

Koncesję na budowę i eksploatację autostrad zniesiono ustawą z 2 lipca 2004 r. – Przepisy wprowadzające ustawę o swobodzie działalności gospodarczej⁸. Zgodnie z art. 72 tejże ustawy, koncesje udzielone na podstawie ustawy z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym⁹ zachowały ważność, z tym tylko, że umowy koncesyjne stały się z mocy prawa umowami o budowę i eksploatację albo wyłącznie eksploatację autostrady.

W literaturze zniesienie koncesji na budowę i eksploatację autostrad przyjęto z aprobatą. Uznano, że dotychczasowa regulacja, polegająca na jednoczesnym wykorzystaniu kilku rozwiązań prawnych w jednym postępowaniu koncesyjnym: kwalifikacji wstępnej, przetargu, koncesji oraz umowy koncesyjnej, była zbędnym ograniczeniem administracyjnym i niepotrzebnie nakładała na przedsiębiorców dodatkowe obciążenia, oraz że wystarczającym instrumentem precyzyjnego ustalania zasad wzajemnego oddziaływania i partycypacji obu stron jest w tym przypadku umowa cywilnoprawna¹⁰.

⁷ Dz. U. 2003 r. Nr 86, poz. 789.

⁸ Dz. U. Nr 173, poz. 1808.

⁹ Tekst jedn.: Dz. U. 2001, Nr 110, poz. 1192 ze zm.

¹⁰ M. Szydło, op. cit., s. 4. Chociaż wątpliwości może budzić charakter prawny umowy, to zgodzić się trzeba z autorem, że zniesienie koncesji na budowę i eksploatację autostrad było zasadne.

Zniesienie koncesji w dwóch wyżej wskazanych przypadkach było zabiegiem pozytywnym.

Z takiego sposobu regulacji wynika, że ustawa nie wiąże już pojęcia koncesji z dziedzinami stanowiącymi monopol państwa lub jednostki samorządu terytorialnego, a odnosi je do dziedzin mających szczególne znaczenie z punktu widzenia bezpieczeństwa lub interesu publicznego, wskazując jednocześnie, że koncesje należy traktować jako instrument konieczny i stosowany wyjątkowo¹¹.

Ustawodawca ograniczając zakres dziedzin objętych koncesją przyjął jednocześnie znany już sposób jego rozszerzania¹². Przewidział bowiem, podobnie jak w ustawie – Prawo działalności gospodarczej, że wprowadzenie innych koncesji w dziedzinach działalności gospodarczej, mającej szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny, jest dopuszczalne tylko w przypadku, gdy działalność nie może być wykonywana jako wolna lub po uzyskaniu wpisu do rejestru działalności regulowanej (albo zezwolenia) oraz wymaga zmiany niniejszej ustawy. Tak więc i w nowej ustawie uzależniono rozszerzenie zakresu koncesji zarówno od przesłanek o charakterze materialnoprawnym, jak i formalnoprawnym¹³.

Przyjęte rozwiązania ograniczające liczbę dziedzin objętych koncesją i ograniczające możliwości rozszerzenia katalogu dziedzin objętych takim obowiązkiem nie dają jednak pełnej gwarancji, że pod nazwą zezwolenia, licencji czy pozwolenia, nie będą kryły się ograniczenia odpowiadające w istocie koncesjom¹⁴.

II. STOSUNEK PRZEPISÓW USTAWY O SWOBODZIE DZIAŁALNOŚCI GOSPODARCZEJ DOTYCZĄCYCH KONCESJONOWANIA DO USTAW SZCZEGÓLNYCH

Problem stosowania przepisów ogólnych dotyczących koncesjonowania działalności gospodarczej, w zakresie objętym szczególnymi regulacjami prawnymi, budził wiele wątpliwości już na gruncie ustawy – Prawo działalności gospodarczej. Wynikały one przede wszystkim z braku precyzyjnie określonego stosunku tej ustawy do ustaw odrębnych. Art. 15 ust. 5 Pdg stanowiło, że „zasady koncesjonowania działalności gospodarczej”, o której mowa w art. 14 ust. 1 pkt 6, określają przepisy o autostradach płatnych, a w art. 14 pkt 8 – przepisy o radiofonii i telewizji. Natomiast w art. 14 ust. 3 Pdg wskazywało, że „zakres i warunki wykonywania działalności gospodarczej podlegającej koncesjonowaniu określają przepisy odrębnych ustaw”¹⁵.

Taka regulacja, określająca odmienne reguły stosowania przepisów ogólnych i ustaw odrębnych co do zasad koncesjonowania i zakresu warunków wy-

¹¹ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej...*, s. 149.

¹² C. Kosikowski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 58 i n.; idem, *Nowa ustawa o działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2000, nr 1, s. 12; A. Trela, op. cit., s. 88-89.

¹³ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzebacz, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2000, s. 67-68.

¹⁴ Szerzej na ten temat zob. A. Trela, op. cit., s. 89. Przykładem tego typu „rezygnacji” z ograniczeń w podejmowaniu i wykonywaniu działalności gospodarczej jest zastąpienie zezwoleń wpisem do rejestru działalności regulowanej – zob. M. Strzelbicki, *Wpis do rejestru działalności regulowanej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2005, z. 4.

¹⁵ A. Trela, op. cit., s. 93.

konywania działalności gospodarczej, skłaniała do formułowania odmiennych poglądów. Według jednych, przepisy ustawy – Prawo działalności gospodarczej nie znajdowały zastosowania do materii objętej przepisami ustaw szczególnych z uwagi na zasadę *lex specialis derogat legi generali*¹⁶. Według innych, gdy dana kwestia nie została uregulowana w odrębnej ustawie, należało stosować przepisy Pdg, a w razie wystąpienia odmiennych regulacji w tym samym zakresie – wskazano na dwa możliwe do zastosowania rozwiązania: 1) należy zawsze preferować przepis szczególny, 2) pierwszeństwo ma przepis szczególny, chyba że rozwiązanie ustawy gwarantuje szerszy zakres korzystania z wolności gospodarczej¹⁷.

Ostatecznie ustawodawca, poniekąd przychylając się do pierwszej koncepcji, dokonał zmiany ustawy – Prawo działalności gospodarczej, do art. 14 dodając ust. 4, zgodnie z którym, „przepisy niniejszego rozdziału stosuje się, o ile przepisy szczególne nie stanowią inaczej”¹⁸.

U podstaw ustawy o swobodzie działalności gospodarczej legła intencja, by przepisom tego aktu prawnego nadać rangę pierwszeństwa wobec postanowień ustaw odrębnych¹⁹. Zgodnie z tą wolą postanowiono, że „w sprawach nieuregulowanych w przepisach art. 47-61 stosuje się przepisy odrębnych ustaw regulujących działalność podlegająca koncesjonowaniu” (art. 63 usdg). Takie rozwiązanie, z uwagi na ogólny charakter przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, nie zapewnia tym przepisom pierwszeństwa względem ustaw szczególnych w zakresie koncesjonowania. Niemożliwe do realizacji jest bowiem rozwiązanie, by w zakresie inicjowania postępowania w sprawie udzielenia koncesji (złożenie wniosku, jego zawartość i wstępna kontrola) czy podejmowania przez organ koncesyjny rozstrzygnięcia (przyznanie lub odmowa udzielenia koncesji, ograniczenie jej zakresu w stosunku do wniosku)²⁰ stosować przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej wobec szeregu odmienności przewidzianych w tym zakresie w ustawach szczególnych. W tej sytuacji zachodzi sprzeczność pomiędzy art. 63 usdg a regulacjami odrębnymi, które podlegają ciągłym zmianom, także w zakresie objętym przepisami art. 47-61 usdg. Nasuwa się zatem wniosek, że wobec niemożliwości stosowania art. 63 usdg należy wprowadzić w drodze zmiany ustawy zasadę *lex specialis derogat legi generali*.

Kolizja ta nie zachodzi jednak w kwestii określenia zakresu i warunków wykonywania działalności gospodarczej. Ustawa przesadziła bowiem, że w tym zakresie stosuje się przepisy odrębnych ustaw (art. 46 ust. 2 usdg).

Szczegółowe rozwiązania zawarte w odrębnych ustawach, dotyczące elementów wniosku, warunków oraz trybu i zakresu koncesjonowania sprawiają, że przepisy usdg stosowane będą wyjątkowo, głównie wtedy, gdy organ koncesyjny będzie przewidywał udzielenie ograniczonej liczby koncesji.

¹⁶ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, op. cit., s. 69 i 119; C. Kosikowski, *Nowa ustawa...*, s. 13 i n.

¹⁷ W. Kubala, *Koncesjonowanie działalności gospodarczej*, „Rejent” 2000, nr 11, s. 27.

¹⁸ Zmiany tej dokonano w art. 40 ustawy z 22 czerwca 2001 r. o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym; Dz. U. 2001, Nr 67, poz. 679.

¹⁹ Por. Uzasadnienie do projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej.

²⁰ Tak na gruncie poprzednio obowiązującej ustawy W. Kubala, *Prowadzenie działalności gospodarczej przez spółki handlowe*, „Prawo Spółek” 2001, nr 11, s. 32.

III. WARUNKI UDZIELANIA KONCESJI

Nowa w polskim porządku prawnym zasada postępowania w sprawach z zakresu działalności gospodarczej wyrażona została w art. 6 ust. 2 usdg. Zgodnie z powołanym przepisem, organ administracji publicznej nie może żądać, ani uzależnić swojej decyzji w sprawie podjęcia, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej przez zainteresowaną osobę od spełnienia przez nią dodatkowych warunków, w szczególności przedłożenia dokumentów lub ujawnienia danych, nieprzewidzianych przepisami prawa. Jest to zasada, która bez wątpienia dotyczy także postępowania koncesyjnego.

Ustawa – Prawo działalności gospodarczej stanowiła, że organ koncesyjny może określić w koncesji szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją (art. 16 ust. 1 Pdg), co wywoływało uzasadnione wątpliwości w odniesieniu do ich charakteru prawnego²¹. Twierdzono, że „w przypadku wykorzystania przez organ koncesyjny tego przepisu ograniczenie wolności działalności gospodarczej nie będzie wynikało z ustawy, ani z rozporządzenia wykonawczego, a z aktu administracyjnego wydawanego w wyniku stosowania prawa, a nie jego stanowienia”²². Przyjmowano też, że norma ta miała charakter odsyłający do przepisów regulujących wykonywanie konkretnej działalności gospodarczej²³.

Nie ulega wątpliwości, że warunki podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej powinny być jednakowe dla wszystkich oraz wynikać z ustawy bądź z przepisów wydanych na podstawie delegacji ustawowej. Regulacja ta, polegająca na związaniu organu administracji treścią przepisów ustawy, ogranicza stosowanie swobodnego uznania.

Stosownie do art. 48 ust. 1 i 2 usdg, organ koncesyjny może określić w koncesji – „w granicach przepisów odrębnych ustaw” – szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją, a informację o nich powinien przekazać zainteresowanym niezwłocznie po wszczęciu postępowania. Przez pojęcie szczególnych warunków wykonywania działalności gospodarczej rozumieć zatem należy „odwołanie do warunków określonych przepisami prawa i odniesienie ich do konkretnej sytuacji opisanej w koncesji”²⁴.

Wprost do „szczególnych warunkach wykonywania działalności gospodarczej” odnosi się jedynie art. 37 ust. 1 pkt 5 ustawy z 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne²⁵, w której rozumie się je jako warunki mające na celu właściwą obsługę odbiorców, w zakresie: zapewnienia zdolności do dostarczania paliw lub energii w sposób ciągły i niezawodny, przy zachowaniu wymagań jakościowych, określonych w rozporządzeniu wydanym na podstawie art. 9 ust. 1, a także powiadamiania Prezesa Urzędu Regulacji Energetyki o niepodjęciu, zaprzestaniu bądź ograniczeniu prowadzenia działalności objętej koncesją, w okresie jej obowiązywania.

²¹ A. Trela, op. cit., s. 94-95.

²² M. P. Ilnicki, J. Wolski, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2000, s. 127.

²³ J. Sommer, K. Stoga, R. Potrzeszcz, op. cit., s. 76-77.

²⁴ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej...*, s. 159.

²⁵ Tekst jedn.: Dz. U. 2003, Nr 153, poz. 1504 ze zm.

Błędne byłoby rozumowanie, że brak w ustawie normującej określoną dziedzinę działalności objętej koncesją enumeratywnie wskazanych „szczególnych warunków wykonywania działalności gospodarczej”, pozbawia organ administracji możliwości ich określania. Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej wskazuje jedynie, że szczególne warunki muszą się mieścić w granicach przepisów odrębnych ustaw. A zatem o ich charakterze, zakresie oddziaływania i korzyściach, jakie mają wywołać, decydować będą także cele ustawy oraz funkcje, jakie ma spełniać koncesja. Ważne jest jednak to, by ich stosowanie było uzasadnione i mieściło się w granicach ustawy²⁶.

IV. POSTĘPOWANIE W SPRAWIE UDZIELANIA OGRANICZONEJ LICZBY KONCESJI

1. Postępowanie w sprawie udzielenia ograniczonej liczby koncesji w świetle ustawy – Prawo działalności gospodarczej

Omawiana ustawa w art. 19 wprowadziła nieznany dotychczas tryb udzielenia ograniczonej liczby koncesji. W przypadku, gdy organ koncesyjny przewidywał konieczność udzielenia ograniczonej liczby koncesji, ogłaszał o tym w „Monitorze Sądowym i Gospodarczym” oraz w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym. Ogłoszenie to zawierało określenie przedmiotu i zakresu działalności, na którą miała być wydana koncesja, szczególne warunki wykonywania tej działalności, termin i miejsce składania wniosków, wymagane dokumenty oraz informacje dodatkowe. Ustawa przewidywała, że w sytuacji, kiedy wnioski o udzielenie koncesji złożyło kilku przedsiębiorców, organ koncesyjny powinien prowadzić jedno postępowanie, w ramy którego weszłyby rozprawa administracyjna.

Rozprawa administracyjna stosowana w tym postępowaniu miała umożliwić uczestnikom postępowania koncesyjnego wzajemne zaprezentowanie swych racji przed organem administracji²⁷, poważnie ograniczając swobodne uznanie, gdyż organ koncesyjny dokonywałby wyboru najlepszego kandydata przy czynnym uczestnictwie w postępowaniu pozostałych wnioskodawców²⁸.

Obecnie obowiązująca ustawa wprowadza w tym zakresie zasadnicze zmiany. Zrezygnowano z rozprawy administracyjnej na rzecz przetargu oraz wyraźnie wyróżniono dwa etapy postępowania w sprawie udzielenia ograniczonej liczby koncesji. Pierwszy dotyczy wstępnej oceny wniosków koncesyjnych, a drugi – w ramach którego przeprowadza się przetarg – służy wyłonieniu koncesjonariuszy.

2. Wstępna ocena wniosków

W przypadku, gdy organ koncesyjny przewiduje udzielenie ograniczonej liczby koncesji, ogłasza o tym w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” (art. 51 ust. 1 usdg). W ogłoszeniu podaje się: określenie przedmiotu i zakresu

²⁶ Zob. wyrok NSA z 21 lutego 1995 r., sygn. akt II SA 2501/93, „Wokanda” 1995, nr 7, s. 44; wyrok NSA z 16 września 1992 r., sygn. akt II SA 438/92, „Monitor Prawniczy” 1993, nr 3, s. 91.

²⁷ C. Kosikowski, *Nowa ustawa...*, s. 10.

²⁸ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, s. 177.

działalności gospodarczej, na którą ma być udzielona koncesja, liczbę koncesji, szczególne warunki wykonywania działalności gospodarczej, termin i miejsce składania wniosków o udzielenie koncesji, wymagane dokumenty oraz czas, na jaki może być udzielona koncesja.

Złożenie wniosku, zgodnie z art. 61 § 3 k.p.a., wszczyna postępowanie. Następnie organ koncesyjny sprawdza, czy przedsiębiorcy spełniają warunki wykonywania działalności gospodarczej i dają rękojmię prawidłowego jej wykonywania (art. 52 § 1 usdg)²⁹. Na tym etapie postępowania może dojść do wyboru koncesjonariusza (koncesjonariuszy), w liczbie wskazanej w ogłoszeniu, bądź do wyłonienia uczestników postępowania przetargowego. Możliwe jest także niedokonanie wyboru koncesjonariusza, jak też niewyłonienie uczestników postępowania koncesyjnego w przypadku, kiedy żaden z przedsiębiorców nie będzie spełniał wymogów, o których mowa w art. 52 ust. 1 usdg.

Z treści art. 52 ust. 1 usdg wynika, że przetarg ogłaszany jest wtedy, gdy liczba przedsiębiorców spełniających warunki wykonywania działalności gospodarczej oraz dających rękojmię należytego jej wykonywania jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia. Ustawodawca wymaga zatem, żeby przedsiębiorcy zakwalifikowani do przetargu łącznie spełniali oba te warunki. Niespełnienie pierwszego wymogu skutkuje wydaniem decyzji odmownej na podstawie art. 56 ust. 1 pkt 1 usdg; niespełnienie drugiego skutków takich nie wywołuje, albowiem brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją nie stanowi przesłanki do wydania decyzji odmownej. Jednocześnie jednak stwierdzenie braku rękojmi uniemożliwia wzięcie udziału w postępowaniu przetargowym. Takie niespójne rozwiązanie wymaga zmiany, pozwalającej organowi koncesyjnemu na zakończenie postępowania wobec przedsiębiorców nie dających rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej.

3. Ocena wniosków w świetle ustawy o radiofonii i telewizji

Ogólne zasady dotyczące oceny wniosków koncesyjnych w postępowaniu o udzielenie ograniczonej liczby koncesji określają przepisy ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Natomiast szczegółową procedurę postępowania w tym zakresie określa jedynie ustawa z 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji³⁰. Rozwiązanie to uwzględnia ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. W myśl art. 52 ust. 2 usdg, dopiero po dokonaniu oceny wniosków w trybie art. 36 ustawy o radiofonii i telewizji oraz stwierdzeniu, że liczba przedsiębiorców pozostaje większa niż liczba koncesji organ koncesyjny zarządza przetarg w sprawie udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych.

Postępowanie w sprawie udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych rozpoczyna się od ogłoszenia, podobnie jak ma to miejsce w postępowaniu o udzielenie ograniczonej liczby koncesji uregulo-

²⁹ Do rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej nawiązywały przepisy ustawy o działalności gospodarczej z 1988 r.; szerzej na ten temat zob. K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 5, s. 4-6.

³⁰ Tekst jedn.: Dz. U. 2004, Nr 253, poz. 2531 ze zm.

wanej w usdg. Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w porozumieniu z Prezesem Urzędu Regulacji Telekomunikacji i Poczty ogłasza w drukowanych dziennikach prasowych informacje o możliwościach uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych oraz ustala termin, nie krótszy niż 1 miesiąc od dnia ogłoszenia, do składania wniosków o udzielenie koncesji.

Następnie, nie później niż 14 dni po upływie terminu do składania wniosków oraz po weryfikacji wniosków, Przewodniczący wszczyna postępowanie oraz podaje do publicznej wiadomości listę wnioskodawców uczestniczących w tym postępowaniu.

Art. 36 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji wskazuje okoliczności, które stanowią przedmiot oceny organu koncesyjnego. Nie są one enumeratywnie wymienione, co oznacza, że przedmiotem oceny mogą być też inne przesłanki³¹. W pierwszej kolejności organ koncesyjny w szczególności powinien dokonać oceny: stopnia zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją; możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu; przewidywanego udziału w programie audycji wytworzonych przez nadawcę lub na jego zamówienie albo we współdziałaniu z innymi nadawcami; przewidywanego udziału audycji, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 3, w programie telewizyjnym, albo utworów, o których mowa w art. 15 ust. 2, w programie radiowym lub telewizyjnym oraz dotychczasowego przestrzegania przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu.

W literaturze przyjmuje się, że jedną z najważniejszych przesłanek podlegających ocenie jest zgodność zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją, przy czym jej „ocena z natury rzeczy będzie miała charakter hipotetyczny”, znajdujący oparcie głównie w deklaracjach wnioskodawcy³². Podobny charakter będzie miała ocena przewidywanego udziału wnioskodawcy w programie audycji wytworzonych przez nadawcę lub na jego zamówienie albo we współdziałaniu z innymi nadawcami, oraz przewidywany jego udział w programie. Natomiast ocena możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu powinna ściśle opierać się na danych dotyczących statusu majątkowego i możliwości finansowych wnioskodawcy³³.

Ustawa nakłada także na organ koncesyjny obowiązek dokonania oceny przestrzegania przez wnioskodawcę przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu. Ma to na celu ustalenie stopnia jego rzetelności i kwalifikacji.

Trafnie stwierdzono, że „zaniechanie w toku postępowania koncesyjnego oceny okoliczności wymienionych w art. 36 ust. 1 pkt 1-5 ustawy o radiofonii i telewizji niewątpliwie będzie musiało być ocenione jako „istotne uchybienie

³¹ J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2001, s. 429 i n.

³² Ibidem, s. 431.

³³ Ibidem, s. 431.

i uznane za mające wpływ na wynik sprawy naruszenie prawa materialnego”³⁴. Postępowanie oceniające powyżej wskazane przesłanki podlega bowiem przepisom kodeksu postępowania administracyjnego.

Zauważyć należy, że według art. 34 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji, „w przypadku większej liczby wniosków, przekraczających możliwości rozpowszechniania programów, są one rozpatrywane w ramach jednego postępowania”. W orzecznictwie przyjmuje się, że „obowiązek rozpatrywania wniosków w jednym postępowaniu oznacza obowiązek rozstrzygnięcia wszystkich spraw dotyczących tego samego rodzaju koncesji jedną decyzją administracyjną [...], co ma zapewnić możliwość wzajemnego porównania wniosków i tym samym ułatwić prawidłową ich ocenę i wybór najlepszego”³⁵.

Wobec treści art. 52 ust. 2 usdg, wprowadzającego przetarg do postępowania w sprawie udzielenia koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych, rozpatrywanie wniosków w ramach tego postępowania nie powinno kończyć się wydaniem jednej decyzji rozstrzygającej zarówno o udzieleniu, jak i odmowie udzielenia koncesji, co wynika z przepisów ustawy o radiofonii i telewizji, ale wydaniem tylu decyzji, ile wniosków zostało złożonych³⁶.

4. Elementy przetargu w ujęciu kodeksu cywilnego

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej, pomimo braku odesłania do kodeksu cywilnego w zakresie prawnej regulacji przetargu, zawiera szereg przepisów nawiązujących jednak do rozwiązań kodeksowych. Stąd zasadne wydaje się porównanie istotnych elementów przetargu uregulowanego w kodeksie cywilnym oraz elementów „przetargu koncesyjnego”. Pozwoli to ocenić charakter prawny instytucji wprowadzonej ustawą o swobodzie działalności gospodarczej, sposób i zakres jej regulacji oraz jej przydatność w postępowaniu koncesyjnym.

Instytucję przetargu ustnego i pisemnego wprowadzono do kodeksu cywilnego ustawą z 23 sierpnia 1996 r. o zmianie ustawy – Kodeks cywilny³⁷, a obecnie zastąpiono aukcją i przetargiem pisemnym (art. 70¹-70⁵)³⁸. Wieloletnie badania nad tą instytucją wykazują, że stanowi ona sumę uporządkowanych czynności, których ostatecznym celem jest wybór nabywcy rzeczy w drodze zaproszenia do składania ofert”, oraz że o wyborze oferenta decyduje cena³⁹.

Zgodnie z kodeksem cywilnym, w ogłoszeniu o przetargu określa się czas, miejsce, przedmiot oraz warunki przetargu, ewentualnie wskazuje sposób udostępnienia tych warunków. Przyjmuje się, że ogłoszenie o przetargu nie ma

³⁴ Ibidem, s. 432.

³⁵ Tak: wyrok NSA z 4 kwietnia 1996 r., sygn. akt II SA 676/95, ONSA 1997, nr 2, poz. 63; por. też wyrok NSA z 8 kwietnia 1981 r., sygn. SA 337/81, ONSA 1981, nr 1, poz. 30; wyrok z 24 lutego 1987 r., sygn. IV SA 1021/86, ONSA 1987, nr 2, poz. 51.

³⁶ Por. J. Zimmermann J., glosa do wyroku NSA z 1 października 1998 r., sygn. akt II SA 916/97, OSP 1999/7-8/136.

³⁷ Dz. U. Nr 114, poz. 542.

³⁸ Instytucja przetargu znana była wcześniej – zob. w szczególności: ustawa z 10 czerwca 1994 r. o zamówieniach publicznych (tekst jedn.: Dz. U. Nr 76, poz. 344 ze zm.), ustawa z 16 września 1982 r. – Prawo spółdzielcze (tekst jedn.: Dz. U. 1995, Nr 54, poz. 288), ustawa z 19 października 1991 r. o gospodarowaniu nieruchomościami rolnymi Skarbu Państwa (tekst jedn.: Dz. U. 1995, Nr 57, poz. 299), ustawa z 4 lutego 1994 r. – Prawo geologiczne i górnicze (Dz. U. Nr 27, poz. 96), ustawa z 30 kwietnia 1993 r. o narodowych funduszach inwestycyjnych (Dz. U. Nr 44, poz. 202) oraz ustawa z 13 lipca 1990 r. o prywatyzacji przedsiębiorstw państwowych (Dz. U. Nr 51, poz. 289).

³⁹ K. Piasecki, *Kodeks cywilny. Księga pierwsza. Część ogólna. Komentarz*, Zakamycze, Kraków 2003, s. 361.

charakteru czynności prawnej, a jest jedynie informacją o woli zawarcia umowy. Zamieszczenie w treści ogłoszenia o przetargu jego miejsca i czasu to wyłącznie „przesłanki jego faktycznego dojścia do skutku”⁴⁰, a brak któregośkolwiek z elementów ogłoszenia nie prowadzi do nieważności przetargu⁴¹.

W warunkach przetargu można zastrzec, że przystępujący powinien – pod rygorem niedopuszczenia do przetargu – wpłacić organizatorowi określoną sumę albo ustanowić odpowiednie zabezpieczenie jej zapłaty (wadium). Zabezpieczenie to zostaje zaliczone na poczet ceny, gdy wykonanie umowy ze strony oferenta polega na zapłacie określonej sumy pieniężnej. Przyjmuje się, że wadium ma charakter zbliżony do zadatku, „umacnia związanie strony, która je wniosła i stanowi formę zryczałtowanego odszkodowania w przypadku uchylania się przez nią od zawarcia umowy”⁴². Zapewnia także wiarygodność składanych ofert oraz stanowi składnik oferty składanej przez podmiot organizujący przetarg⁴³.

W przypadku przetargu, oferta złożona w toku przetargu przestaje wiązać, gdy została wybrana inna oferta, albo gdy przetarg został zamknięty bez wybrania którejkolwiek z ofert. Organizator jest obowiązany niezwłocznie powiadomić na piśmie uczestników przetargu o jego wyniku albo o zamknięciu przetargu bez dokonania wyboru.

Z powyższego wynika, że na strukturę prawną przetargu uregulowanego w kodeksie cywilnym składa się ogłoszenie o przetargu, złożenie oferty⁴⁴ oraz jej wybór.

5. Przetarg w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej

Przetarg jest nie tylko jednym z powszechnie stosowanych sposobów zawierania umów⁴⁵. Istotna, z punktu widzenia oceny regulacji przetargu zawartej w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej, jest znana już w naszym ustawodawstwie możliwość stosowania procedury przetargowej w celu nawiązania stosunku administracyjnoprawnego. Rozwiązanie takie przewiduje ustawa z 20 października 1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych⁴⁶ stanowiąc, że przetarg jest jedną z form wyłonienia przedsiębiorców, którym udzielone zostanie zezwolenie na prowadzenie działalności gospodarczej⁴⁷.

⁴⁰ A. Mączyński, K. Zawada, *Zamierzona nowelizacja kodeksu cywilnego*, „Kwartalnik Prawa Prywatnego” 1995, nr 3, s. 422.

⁴¹ A. Wójcik, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, Zakamycze, Kraków, s. 93, por. też J. Gęsiak, *Zawarcie umowy w drodze przetargu*, „Rejent” 1999, nr 9, s. 79. Odmienne S. Dmowski, S. Rudnicki, *Komentarz do Kodeksu cywilnego. Księga pierwsza, część ogólna*, Warszawa 2001, s. 236.

⁴² A. Łuszpak-Zajac, *Charakter prawny przetargu prowadzonego dla zawarcia umowy wymagającej zachowania formy szczególnej pod rygorem nieważności*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1998, nr 10, s. 19, a także A. Bieranowski, glosa do wyroku SN z 15.10.1999 r., sygn. akt III CKN 366/ 98.

⁴³ J. Gęsiak, op. cit., s. 79.

⁴⁴ W literaturze przyjmuje się, że wadium jest elementem oferty; por. J. Dęciak, op. cit., s. 79.

⁴⁵ Na ten temat por. G. Ćmikiewicz, *Postępowanie przetargowe jako konstrukcja szczególnego typu zawierania umowy*, „Prace Naukowe Uniwersytetu Śląskiego” 1982, nr 6; E. Przeszło, *Przetarg jako forma rozporządzenia mieniem publicznym*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1996, nr 6; J. Rajski, *Przetarg w ujęciu nowych przepisów k.c.*, „Przegląd Prawa Handlowego” 1997, nr 1; Z. Czarnik, *Zamówienia publiczne po nowelizacji*, Warszawa 1998; M. Boratyńska, *Przetarg w prawie polskim. Zagadnienia cywilistyczne*, Warszawa 2001 r.

⁴⁶ Dz. U. Nr 123, poz. 600 ze zm.

⁴⁷ Przetarg stanowił także jeden z etapów zmierzających do udzielenia koncesji na budowę i eksploatację autostrad w ustawie z 27 października 1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym (Dz. U. 2001, Nr 110, poz. 1192 ze zm. – tekst nieobowiązujący).

W art. 17 ust. 1a ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych wskazano, że minister właściwy do spraw gospodarki w drodze rozporządzenia określi sposób przeprowadzenia przetargu, jego zasady i warunki, a także kryteria oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie strefy. Przy czym rozporządzenie takie ma być wydawane odrębnie w odniesieniu do każdej strefy.

Wydane na podstawie delegacji ustawowej rozporządzenia szczegółowo regulują instytucję przetargu, na którą składają się: zaproszenie do przetargu, specyfikacja istotnych warunków przetargu, składanie ofert oraz wybór oferenta⁴⁸. W rozporządzeniach określono, że powoływana przez zarządzającego strefą komisja przeprowadza przetarg oraz sporządza protokół. Protokół jest przedkładany zarządzającemu w celu zarekomendowania ministrowi właściwemu do spraw gospodarki wydanie zezwolenia, o ile nie została zarządzającemu powierzona kompetencja do wydawania zezwoleń. Wszystkie wydane rozporządzenia, oprócz wyżej wymienionych czynności podejmowanych w postępowaniu przetargowym, przewidują także możliwość odrzucenia oferty oraz unieważnienia przetargu.

Powyższe rozwiązanie wskazuje, że przeniesiona na grunt prawa publicznego instytucja przetargu unormowana jest kompleksowo, oraz że pomimo podobieństw do regulacji kodeksowej uwzględnia specyfikę postępowania administracyjnego rozstrzygającego o prawach strony.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej także wykorzystuje przetarg jako jeden z elementów procedury prowadzącej do wydania indywidualnego aktu administracyjnego.

Na prawną konstrukcję przetargu unormowanego w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej składają się (podobnie jak w kodeksie cywilnym): ogłoszenie o przetargu, oferta oraz jej wybór.

Organ koncesyjny ogłasza w Dzienniku Urzędowym RP „Monitor Polski” o konieczności przeprowadzenia przetargu. W ogłoszeniu tym określa: minimalną opłatę, za którą może być udzielona koncesja miejsce i termin składania ofert, szczegółowe warunki, jakie powinna spełniać oferta, wysokość, formę i termin wniesienia wadium, termin rozstrzygnięcia przetargu.

Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej określa minimalną treść ogłoszenia. Wydaje się, że ogłoszenie także i w tym szczególnym postępowaniu nie jest czynnością prawną i dlatego brak któregośkolwiek z jego elementów czy nieprecyzyjne określenie warunków oferty mogą zostać uzupełnione w drodze ponownego ogłoszenia bądź poinformowania wszystkich przedsiębiorców. Jednak w sytuacji nieudzielania informacji wszystkim przedsiębiorcom powinno dojść do powtórzenia procedury przetargowej, by wszystkim zapewnić równe szanse i uniknąć zarzutu nierównego traktowania stron.

⁴⁸ Na podstawie delegacji ustawowej wydanych zostało 15 rozporządzeń, zob. w szczególności: rozporządzenie z 15 listopada 2004 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Kamiennogórskiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej Małej Przedsiębiorczości (Dz. U. Nr 254, poz. 2539), rozporządzenie z 15 listopada 2004 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Katowickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej (Dz. U. Nr 254, poz. 2540), rozporządzenie z 15 listopada 2004 r. w sprawie sposobu przeprowadzania, zasad i warunków przetargów lub rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców, na terenie Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej (Dz. U. Nr 254, poz. 2543).

Jak już była o tym mowa, ogłoszenie kierowane jest do tych przedsiębiorców, którzy spełniają warunki wykonywania działalności objętej koncesją oraz dają rękojmię prawidłowego jej wykonywania oraz których liczba jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia.

Oferta, zgodnie z art. 53 ust. 5, powinna zawierać firmę przedsiębiorcy, oznaczenie jego siedziby i adresu albo miejsca zamieszkania oraz adresu głównego miejsca wykonywania działalności gospodarczej, a także zadeklarowaną wysokość opłaty za udzieloną koncesję.

Słuszny sprzeciw budzi treść art. 53 ust. 6 usdg, w myśl którego oferty złożone nie podlegają wycofaniu⁴⁹. Rozwiązanie to nie gwarantuje niestosowania niedozwolonych porozumień między przedsiębiorcami, których celem byłoby ustalanie „warunków cenowych”, a wręcz odwrotnie – weryfikacja takich ofert prowadzi do niepotrzebnego przedłużania przetargu. Dlatego należy dopuścić możliwość wycofania oferty wraz z wnioskiem o koncesję, co z kolei skutkować powinno umorzeniem postępowania na podstawie art. 105 § 2 k.p.a.

Przepisy ustawy nie przewidują też możliwości odrzucenia oferty w przypadku niewpłacenia wadium⁵⁰. Mając na względzie argumenty natury ekonomicznej oraz racjonalność ustawodawcy wydaje się, że właściwe jest uwzględnianie wyłącznie ofert z wpłaconym wadium. Takie rozwiązanie zwalnia bowiem z konieczności weryfikowania ofert złożonych bez wadium, które i tak w ostateczności nie są brane pod uwagę. Przyjęcie innego rozwiązania niepotrzebnie wydłużałoby postępowanie nakazując szczegółową analizę nieopłaconych ofert. Podkreślić także trzeba, że niemożliwe jest uzupełnianie ofert, gdyż składa się je w zapieczętowanych kopertach⁵¹. Możliwe wydaje się jednak uzupełnienie oferty poprzez wpłacenie wadium po terminie wskazanym w ogłoszeniu, ale nie później niż do chwili otwarcia ofert. W interesie przedsiębiorcy będzie leżało poinformowanie organu koncesyjnego o wpłaceniu wadium i przedstawienie dowodu wpłaty.

Najwięcej zastrzeżeń budzą rozwiązania dotyczące wyboru oferty. Wyboru ofert dokonuje się w liczbie zgodnej z liczbą koncesji, przy czym organ koncesyjny kieruje się wysokością zadeklarowanych opłat za udzielenie koncesji. W sytuacji, gdy kilku przedsiębiorców zadeklarowało opłatę w takiej samej wysokości, organ koncesyjny wzywa tych przedsiębiorców do ponownego zadeklarowania wysokości opłaty i wybiera ofertę przedsiębiorcy, który zadeklarował wyższą opłatę (art. 54 ust. 1 i 2 usdg). Tak więc w przetargu jedynym elementem decydującym o wyborze koncesjonariusza jest wysokość opłaty⁵².

Wprawdzie w przetargu biorą udział przedsiębiorcy spełniający warunki wykonywania działalności gospodarczej oraz dający rękojmię prawidłowego jej wykonywania, to jednak każdy z nich może spełniać te warunki w różnym stopniu. Przetarg winien zatem prowadzić do wyboru najlepszego koncesjonariusza, a nie do wyboru koncesjonariusza oferującego najwyższą opłatę za koncesję.

Przyjęte rozwiązanie wyraźnie wskazuje, że o wyborze oferenta decyduje cena, gdyż taki właśnie charakter, podyktowany względami fiskalnymi, ma

⁴⁹ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, 178 i n.

⁵⁰ Chodzi wyłącznie o sytuacje, kiedy wadium nie zostało wpłacone do chwili otwarcia ofert.

⁵¹ Por. wyrok NSA z 23 listopada 1998 r., sygn. akt II SA 1174/98, LEX nr 43201.

⁵² Zob. M. Szydło, op. cit., s. 5; C. Kosikowski, *Nowe regulacje...*, s. 12; idem, *Ustawa o swobodzie...*, s. 177.

„deklarowana opłata”. Jak stwierdzono w literaturze, opłata nie powinna być przedmiotem negocjacji i przetargu, gdyż jest ustalana władczo przez państwo i nie może być zmieniana w drodze czynności cywilnoprawnej⁵³. Przyjęta regulacja zakłada zatem, że przedsiębiorcy będą deklarować wyższą opłatę aniżeli wynika ona z przepisów⁵⁴, co uznać należy za niedopuszczalne.

Organ koncesyjny po dokonaniu wyboru koncesjonariuszy, przekazuje wszystkim przedsiębiorcom pisemną informację o wyniku przetargu oraz zwraca wadium (art. 54 ust. 3 usdg). Zgodnie z art. 56 ust. 1 pkt 3 usdg, organ koncesyjny odmawia udzielenia koncesji tym przedsiębiorcom, których oferty nie zostały wybrane. Natomiast jest zobowiązany udzielić jej tym przedsiębiorcom, których oferty zostały wybrane (art. 54 ust. 4 usdg). Wadium wpłacone przez przedsiębiorców, których oferty wybrano, zalicza się na poczet opłaty. Wadium w tym postępowaniu, podobnie jak w postępowaniu cywilnym, ma charakter zabezpieczający i gwarantujący niewycofanie się z udziału w przetargu.

W ustawie brak rozwiązań dopuszczających możliwości odwołania bądź zamknięcia przetargu bez dokonania wyboru. Mogą bowiem zdarzyć się sytuacje wskazujące na ewidentne błędy w ocenie wniosków, czy braki ofert uniemożliwiające kontynuowanie postępowania, dlatego też istotne będzie dokonanie zmian i w tym zakresie.

Słusznym rozwiązaniem jest natomiast brak możliwości ubiegania się o promesę w postępowaniu o udzielenie ograniczonej liczby koncesji (art. 51 ust. 3 usdg). Odmienne rozwiązanie czyniłoby instytucję przetargu bezprzedmiotową.

Rozwiązanie przyjęte w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej polegające na rezygnacji z rozprawy administracyjnej na rzecz przetargu słuszenie spotkało się w literaturze z krytyką⁵⁵. Pomimo braku przepisów odwołujących się do kodeksu cywilnego, wiele elementów postępowania przetargowego wskazuje, że mamy do czynienia z instytucją prawa prywatnego, a nie publicznego. Wydaje się jednak, że ogólna kodeksowa regulacja przetargu, oparta na wolności kontraktowej i wyznaczona normami względnie wiążącymi⁵⁶, nie przystaje do postępowania koncesyjnego, a w każdym razie w takim kształcie prawnym, jaki przyjął ustawodawca.

V. WNIOSKI

Ustawa z 2 kwietnia 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej utrzymała instytucję prawną koncesji stanowiącej podstawową formę ograniczania swobody podejmowania i wykonywania działalności gospodarczej, przejmując większość rozwiązań uregulowanych w ustawie – Prawo działalności gospodarczej. Wprowadzone w zakresie koncesjonowania nieliczne zmiany mają w zasadzie charakter precyzujący istotę koncesji i procedurę jej udzielania. Ustawodawca ograniczył

⁵³ C. Kosikowski, *Nowe regulacje...*, s. 9.

⁵⁴ Por. rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych (Dz. U. Nr 12, poz. 153 ze zm.) oraz rozporządzenie Ministra Infrastruktury z 8 września 2003 r. w sprawie opłaty lotniczej (Dz. U. Nr 176, poz. 1718).

⁵⁵ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie...*, s. 177; idem, *Nowe regulacje...*, s. 12.

⁵⁶ Z. Radwański, *Aukcja i przetarg po nowelizacji kodeksu cywilnego*, „Monitor Prawniczy” 2004, nr 8, s. 355.

ilość dziedzin działalności gospodarczej objętej koncesją wskazując, że pojęcia koncesji nie należy obecnie wiązać z monopolem państwa. Ustalił też, że szczególne warunki wykonywania działalności objętej koncesją powinny wynikać z przepisów ustawowych, czym ograniczył stosowane dotychczas w tym zakresie przez organy administracji swobodne uznanie.

Wiele uwag nasuwa się jednak w odniesieniu do procedury udzielania ograniczonej liczby koncesji. Przepisy ustawy wykazują brak spójności w kwestii dotyczącej oceny spełniania przez wnioskodawców wymogów dotyczących dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesyjnej. Z jednej strony – w przypadku braku spełniania tego wymogu, ustawa uniemożliwia uczestniczenie przedsiębiorcy w postępowaniu przetargowym, z drugiej jednak – nie zawiera żadnych przepisów pozwalających na zakończenie względem niego postępowania koncesyjnego.

Brak spójności przepisów cechuje także postępowanie przetargowe. O ile samo usytuowanie instytucji przetargu w postępowaniu administracyjnym nie powinno wywoływać sprzeciwu, co potwierdzają przepisy stosowane w zakresie ustawy o specjalnych strefach ekonomicznych, o tyle przyjęty sposób jego regulacji słusznie podlega krytyce. Przepisy dotyczące procedury przeprowadzania przetargu są bardzo fragmentaryczne, co nie usprawnia postępowania i nie zapewnia uczestnikom postępowania należytej ochrony prawnej.

Przeniesienie na grunt prawa publicznego instytucji podlegającej reżimowi prawa prywatnego wymaga kompleksowej regulacji, zwłaszcza że jej zastosowanie prowadzić ma do nawiązania stosunku administracyjnoprawnego. Ważne jest zatem uwzględnienie specyfiki tego postępowania. Wzorując się na rozwiązaniach kodeksowych błędnie przyjęto, że o wyborze koncesjonariusza decydować ma cena. Taki właśnie charakter nadano opłacie koncesyjnej. Należy zatem powtórzyć, że o wyborze koncesjonariusza powinno decydować to, czy spełnia on warunki wykonywania działalności gospodarczej w stopniu większym aniżeli pozostali wnioskodawcy oraz czy gwarantuje bezpieczeństwo państwa i obywateli, a nie to, jaką cenę uzyska się za koncesję.

W porównaniu z obecną regulacją, rozprawa administracyjna zapewniała warunki sprawnego i przejrzystego postępowania, a przepisy k.p.a. gwarantowały poszanowanie praw uczestników postępowania koncesyjnego. Dlatego też nowelizacja ustawy powinna wprowadzić takie zmiany, które unormują całościowo instytucję przetargu, tak by stanowiła drugą fazę szczegółowego badania wniosków, w której przedsiębiorcy będą mieli szansę ponownego przedstawienia swoich racji przed organem koncesyjnym, ewentualnie w przypadku braku takiej zmiany zasadne wydaje się przywrócenie instytucji rozprawy administracyjnej.

PROCEEDINGS AIMING TO LIMIT THE NUMBER OF THE CONCESSIONS

S u m m a r y

The paper enlists the main changes in the concessioning of business activity which were implemented after the Act on Freedom of Economic Activity was adopted on 2 April 2004, and it discusses the consequences of the reduced number of the types of business activity that are subject to concessioning, and the manner in which special terms and conditions of carrying out certain business activities are determined. Special attention is given to the institution of a tender which aims at identifying the number and type of potential concessions if their number is to be limited. General provisions relating to the procedures prior to the tender are discussed and compared with specific solutions regulated in the Act on radio and television of 29 December 1992. Further, the main elements of a tender implemented in the Act on Freedom of Economic Activity are presented in relation to the solutions of the civil code, and the manner of their regulation as well as the role of the tender in the concessioning process are discussed. It is also pointed out that in comparison with the solutions adopted in the Act on special economic zones of 20 October 1994 and issued on the basis of decisions made by delegated statutory authorities, the 'concessionary tender' is not of a comprehensive character and does not, at least in the legal form adopted for it by the legislator, improve the said procedures.