

Przesłanki udzielenia koncesji w ustawie Prawo energetyczne a koncepcja swobody prognozowania w procesie podejmowania decyzji koncesyjnej

Wprowadzenie

Tematyka koncesjonowania działalności gospodarczej jest przedmiotem zainteresowania nauki i praktyki już od wielu lat i ciągle cieszy się nie-
słabnącą uwagą. Wielokrotnie dokonywane zmiany w zakresie koncesjonowania działalności gospodarczej skłaniają do ich analizowania, opisywania i objaśniania. Tym razem jednak podjęty temat nie ma stanowić omówienia kolejnej nowelizacji Ustawy z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹ czy też nowelizacji Ustawy z dnia 10 kwietnia 1997 r. Prawo energetyczne², ale raczej być przyczynkiem do dyskusji na temat podejmowania decyzji administracyjnej w ramach tzw. „swobody prognozowania”.

Coraz częściej bowiem ustawodawca, regulując proces podejmowania decyzji w publicznym prawie gospodarczym, posługuje się takimi rozwiązaniami, które nakładają na organ administracji obowiązek ustalenia i oceny stanu faktycznego oraz odniesienia go do stanu zamierzonego. Nie chodzi zatem o dokonanie prostej oceny stanu faktycznego przeszłego czy teraźniejszego, ale o prognozowanie stanu przyszłego (oczekiwanego) na podstawie zgromadzonego materiału dowodowego.

¹ Tekst jedn. Dz. U. 2013, poz. 672 ze zm., dalej „u.s.d.g.”.

² Tekst jedn. Dz. U. 2012, poz. 1059 ze zm., dalej „u.p.e.”.

Tego typu rozwiązania nie są, jak się wydaje, zupełnie nowe, jeśli weźmie się pod uwagę choćby przepisy Ustawy z dnia 25 lutego 1964 r. Kodeks rodzinny i opiekuńczy³, w których ustawodawca wielokrotnie odwołuje się do klauzuli generalnej, jaką jest „dobro dziecka”, i która często wymaga stawiania pewnych prognoz⁴. Interes dziecka wymaga przewidywania określonych zachowań i przewidywanie to winno stanowić istotny element, np. w kształtowaniu władzy rodzicielskiej, obok oceny rzeczywistego układu stosunków i aktualnych wymagań⁵.

Prognozowanie (przewidywanie) pewnych stanów (zdarzeń), choć oparte na różnych podstawach prawnych i służące innym celom, nie jest obce także prawu karnemu (np. prognoza kryminologiczna), cywilnemu (np. prognozy w sprawach o odszkodowania, ustalenie opłat za prognozowane zużycie prądu), finansowemu (np. prognoza finansowa), administracyjnemu (np. prognoza finansowa jednostki samorządu terytorialnego), prawu ochrony środowiska (prognoza oddziaływania na środowisko) czy międzynarodowemu (np. prognozowanie międzynarodowe).

„Swoboda prognozowania” w analizowanym rozumieniu dotyczy podejmowania przez organy administracji szczególnych działań, tj. stosowania prawa w taki sposób, który wymaga oceny stanu faktycznego przyszłego lub teraźniejszego i odniesienia go do stanu pożądanego (oczekiwanego) w przyszłości⁶. Sprowadza się to do dokonywania specyficznej wykładni przepisów prawa administracyjnego. Jak słusznie zauważono w literaturze, specyfika prawa administracyjnego przy interpretowaniu tego prawa wymaga uwzględniania metody celowościowej, której istota sprowadza się do zrekonstruowania celu, w jakim przepisy zostały wydane⁷. Należy potwierdzić, że rola tej metody istotnie wzrasta

³ Tekst jedn. Dz. U. 2012, poz. 788 ze zm.

⁴ Por. postanowienie Sądu Najwyższego (SN) z 18 XI 2003 r., sygn. II CK 199/02, LEX nr 602360; wyrok Sądu Apelacyjnego (SA) w Białymstoku z 28 X 2010 r., sygn. I ACA 458/10, LEX nr 784436.

⁵ J. Ignatowicz, K. Piasecki, J. Winiarz, *Kodeks rodzinny i opiekuńczy z komentarzem*, Warszawa 1993, s. 507.

⁶ Swoboda w przyjmowanym znaczeniu oznacza możliwość dokonania pewnego wyboru na podstawie określonej normy prawnej. Szerzej J. Boć, *Nauka administracji*, Wrocław 2013, s. 220 i n.

⁷ T. Rabska, *Swoistość prawa administracyjnego a reguły wykładni prawa – kilka uwag dyskusyjnych*, w: *Koncepcja systemu prawa administracyjnego. Zjazd Katedr Prawa Administracyjnego i Postępowania Administracyjnego, Zakopane 24–27 września 2006 r.*, pod red. J. Zimmermanna, Warszawa 2007, s. 681–682. Zob. też J. Starościk, *Problemy interpretacji*

w sferze zadań administracji publicznej, które to zadania nie do końca mogą być i bywają precyzyjnie określone⁸.

„Swoboda prognozowania” każe uwzględniać z góry ustalony cel i ma on podstawowe znaczenie w procesach interpretacyjnych.

W nauce prawa niemieckiego „swoboda prognozowania” określana jest jako szczególnego rodzaju luz decyzyjny stosowany przy podejmowaniu przez administrację określonych czynności (działań), który odnosić należy do przeszłości⁹.

Niewątpliwie tego typu działania, służące optymalizacji i zwiększeniu efektywności pracy administracji publicznej w dobie rozwoju gospodarczego, mogą się dokonywać na etapie wykładni tzw. pojęć niedookreślonych (nieostrych), jednak ustalenie ich znaczenia wymaga od organu administracji nowej, specyficznej wiedzy, łączącej w sobie różne rodzaje dyscyplin: ekonomicznej, technicznej itp., nacechowanych dynamicznym rozwojem, oraz umiejętności przewidywania przyszłości (prognozowania) zgodnie z pewnymi założeniami¹⁰, przyjętymi często w dokumentach realizujących prowadzenie polityki rozwoju, np. polityki energetycznej¹¹. Chodzi tu zatem między innymi o dokonywanie wykładni pojęć nieostrych (niedookreślonych), mających szczególne znaczenie, ustalenie treści których należy wiązać ze stanem przewidywanym, który z kolei należy ustalić na podstawie szczególnych cech stosunków administracyjnoprawnych. Nazwanie tego szczególnego luzu decyzyjnego „swobodą prognozowania” intuicyjnie nakazuje sięgać do rozwiązań prezentowanych w innych naukach na temat prognozowania jako działania nakierowanego na przewidywanie pewnych zjawisk społecznych. Zauważalna współzależność dyscyplin badawczych – prawnych, ekonomicznych, socjologicznych, choć pogłębia charakter badań¹²,

prawa administracyjnego, w: *System prawa administracyjnego*, t. I, pod red. J. Starościaka, Warszawa 1977, s. 164 i n.

⁸ T. Rabska, op. cit., s. 682.

⁹ R. Stober, *Prawo administracyjne gospodarcze*, Warszawa 2013, s. 326–327.

¹⁰ J. Zimmermann, *Prawo administracyjne*, Zakamycze 2006, s. 314.

¹¹ Uchwała Rady Ministrów nr 202/2009 z 10 XI 2009 r. w sprawie Polityki energetycznej Polski do 2030 r. Załącznik do uchwały nr 157/2010 z 29 IX 2010 r., <http://www.mg.gov.pl/files/upload/8134/PEP%202030%20-%202009.2010.pdf> (dostęp: 10 V 2014).

¹² T. Rabska, op. cit., s. 676; K. Kiczka, *O współzależności dyscyplin badawczych w publicznym prawie gospodarczym*, w: *Współzależność dyscyplin badawczych w sferze administracji publicznej*, pod red. S. Wrzoska, M. Domagały, J. Izdebskiego, T. Stanisławskiego, Warszawa 2010, s. 313–331.

to w opracowaniu ma charakter jedynie pomocniczy, pozwalający ustalić znaczenie podstawowych pojęć.

Prognozowanie, o jakim mowa w artykule, wymaga doprecyzowania językowego (semantycznego), stąd zamysł takiego podejścia badawczego, by wyróżnić cechy prognozowania jako jednej z czynności podejmowanych przez organ administracji w procesie stosowania prawa.

Przesłanki udzielenia koncesji określone w u.p.e. są na tyle charakterystyczne, że sądzić można, iż pozwolą ukazać istotę „swobody prognozowania”. Ustawodawca, określając w u.p.e. warunki koncesyjne, wymaga bowiem od wnioskodawcy na przykład *zapewnienia* zatrudnienia osób o właściwych kwalifikacjach, udokumentowania *możliwości* pozyskania środków finansowych, posiadania *możliwości technicznych gwarantujących* prawidłowe wykonywanie działalności. Tak sformułowane przesłanki nie tylko odznaczają się pewną elastycznością co do ich zastosowania. Dodatkowo luz decyzyjny wznaga treść przepisu art. 32 ust. 2 u.p.e. odwołującego się do tzw. klauzuli generalnej, tj. polityki energetycznej, czy uwzględniania bezpieczeństwa energetycznego. Nie bez znaczenia w kwestii dyskrecjonalności działania administracji publicznej pozostaje także regulacja u.s.d.g. stanowiąca o tzw. „rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej”¹³.

Tak zakreślone pole badawcze pozwoli ukazać cechy „swobody prognozowania” jako jednego z rodzajów luzu decyzyjnego oraz określić zakres jego kontroli sądowej.

1. Istota „swobody prognozowania” w procesie podejmowania decyzji administracyjnej

1.1. Rozumienie prognozowania

Wyjaśnienie zwrotu „prognozowanie” wymaga nie tylko ujęcia słownikowego, ale także odniesienia do innych dyscyplin naukowych, które z założenia dotyczą przewidywania zdarzeń przyszłych (prognozowania). Prognozowanie według *Słownika języka polskiego PWN* to właśnie przewidywanie przyszłych zjawisk lub zdarzeń¹⁴. Z kolei przez

¹³ Por. A. Trela, *Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej – zarys problematyki*, „Studia Prawa Publicznego” 2013, nr 4, s. 81–106.

¹⁴ *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/slownik/2572573/prognoza> (dostęp: 25 IV 2014).

prognozę rozumie się „przewidywanie (procesów społecznych, przyszłych faktów, zjawisk), zapowiadanie (przebieg wydarzeń, choroby, stanu pogody) oparte na racjonalnych przesłankach i formułowane przez specjalistów”¹⁵.

Prognozowanie może być rozmaicie rozumiane na gruncie różnych dyscyplin naukowych i z różnego punktu widzenia może być poddawane analizom. W naukach społecznych uznaje się, że „prognozowanie społeczne” to oparte „na uzasadnionych naukowo przesłankach formułowanie przewidywań przyszłych stanów rzeczy, procesów, zdarzeń, tj. prognoz (gr. *prognosis* – przecucie, przewidywanie)”¹⁶. „Prognozy społeczne” w rozumieniu encyklopedycznym „tym różnią się od innych wypowiedzi dotyczących przyszłości (wróżb, prorocत्व, przepowiedni), iż są oparte na jasno sformułowanych przesłankach i wyraźnie jest określony (a w każdym razie może być) sposób dochodzenia do prognozy”¹⁷. Wskazuje się także, że od prognoz dotyczących innych dziedzin różni je to, iż „samo ich sformułowanie i upowszechnienie może oddziaływać na zjawiska będące przedmiotem prognozy. W szczególności wskazuje się na prognozy samospełniające i samounicestwiający się, zwłaszcza gdy dotyczą one życia gospodarczego i politycznego”¹⁸.

W naukach z zakresu ekonomii prognozowanie to wybór najbardziej prawdopodobnej drogi rozwoju wyróżnionego zjawiska ekonomicznego w nadchodzącym okresie, przy czym podstawą tego wyboru jest dotychczasowy przebieg zjawiska i aktualny stan układu¹⁹. Prognozowanie, inaczej „przewidywanie to także wnioskowanie o zdarzeniach nieznanych na podstawie zdarzeń znanych”²⁰. Przez prognozowanie ekonomiczne rozumie się proces przewidywania – często za pomocą specjalnych modeli makroekonomicznych – przyszłego kształtowania się podstawowych zmiennych gospodarczych (zwłaszcza PKB, inflacji, kursu walutowego, stóp procentowych)²¹. Prognozowanie, inaczej

¹⁵ W. Kopaliński, *Słownik wyrazów obcych i zwrotów obcojęzycznych z almanachem*, Warszawa 2000, s. 408.

¹⁶ *Encyklopedia PWN*, <http://encyklopedia.pwn.pl/haslo.php?id=3962486> (dostęp: 25 IV 2014).

¹⁷ *Ibidem*.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ A. Zeliaś, B. Pawełek, S. Wanat, *Prognozowanie ekonomiczne. Teoria. Przykłady. Zadania*, Warszawa 2013, s. 10 i n.

²⁰ M. Cieślak, *Prognozowanie gospodarcze. Metody i zastosowania*, Warszawa 2011, s. 20.

²¹ Portal edukacji ekonomicznej NBP, *Słownik ekonomiczny*, <http://www.nbportal.pl/pl/commonPages/EconomicsEntryDetails?entryId=128&pageId=608> (dostęp: 25 IV 2014).

mówiąc, to racjonalne, naukowe przewidywanie przyszłych zdarzeń, czyli wnioskowanie o zdarzeniach nieznanych na podstawie zdarzeń znanych. Prognozą jest z kolei „sąd o zajściu określonego zdarzenia w czasie określonym z dokładnością momentu (punktu) lub okresu (przedziału czasu, należącego do przyszłości”²². Prognoza to także konkretny wynik wnioskowania w przyszłości na podstawie znajomości modelu ekonometrycznego, opisującego pewien wycinek sfer zjawisk ekonomicznych²³. Przyjmuje się też, że prognoza to sąd sformułowany z wykorzystaniem nauki, odnoszący się do określonej przyszłości, weryfikowany empirycznie, oraz stan charakteryzujący się niepewnością, ale akceptowalny²⁴.

Pojęcie „prognozowanie” może być także niejednolicie rozumiane na gruncie nauk prawnych. Obecnie prognozowanie ujmowane jest w kontekście form działania nowoczesnej administracji²⁵, które umieszcza się między źródłami prawa a typowymi formami administracji i które uznaje się za służące kształtowaniu i prowadzeniu polityki w różnych dziedzinach²⁶. W literaturze uważa się, że prognozowanie, podobnie jak planowanie, jest nową kategorią form działania i należy do administracji publicznej oraz że stoi w środku pomiędzy klasycznymi podziałami: a) między stanowieniem a stosowaniem prawa, b) między sferą zewnętrzną a wewnętrzną administracji oraz c) między działaniami prawnymi a faktycznymi²⁷. W takim rozumieniu prognozowanie może być ujmowane jako jeden z etapów planowania (skonkretyzowanego planowania), które polega na „podlegającym analizie ujmowaniu aktualnego położenia, prognozie przyszłego rozwoju i uprzednim projektowaniu porządku normatywnego”²⁸. Planowanie wyróżniać ma kompleksowość, powiązania i twórczą kreatywność, a także celowość, nie zaś abstrakcyjność działania²⁹. Porządek ten wynika z „pewnego szczególnego stanu lub położenia i pozostaje zależny od jego dalszego rozwoju”³⁰. Należy

²² Z. Czerwiński, *Dylematy ekonomiczne*, Warszawa 1992, s. 220.

²³ Z. Pawłowski, *Zasady predykcji ekonometrycznej*, Warszawa 1998, s. 15.

²⁴ M. Cieślak, op. cit., s. 20.

²⁵ E. Schmidt-Assmann, *Ogólne prawo administracyjne jako idea porządku. Założenia i zadania tworzenia systemu prawnoadministracyjnego*, Warszawa 2011, s. 422.

²⁶ J. Zimmermann, *Aksjomaty prawa administracyjnego*, Warszawa 2013, s. 173.

²⁷ Ibidem, s. 174.

²⁸ E. Schmidt-Assmann, op. cit., s. 422.

²⁹ Ibidem.

³⁰ J. Zimmermann, *Aksjomaty...*, s. 175.

podkreślić, że prognozy powinno poprzedzać badanie stanu bieżącego, aby na podstawie jego wyników przystępować do dalszych pogłębionych prac³¹.

W publicznym prawie gospodarczym spotkać można również takie koncepcje, w których programowanie gospodarcze odróżnia się od planowania gospodarczego, przez które rozumie się „opracowanie świadomej koncepcji rozwoju gospodarki lub jej elementów”³². Efektem programowania są programy gospodarcze. Planowanie gospodarcze polega natomiast na koordynacji *ex ante* czynników kontrolowanych (zależnych od woli panującego) dla osiągnięcia celów zawartych w programach i przewidywanych prognozach³³. Przez planowanie gospodarcze rozumie się „całokształt władczych i zorientowanych na cel czynności, podejmowanych z zamiarem urzeczywistnienia pewnych leżących w interesie publicznym, gospodarczo-politycznych celów, przy czym urzeczywistnienie owych celów ma następować dzięki wpłynięciu na postępowanie prywatnych podmiotów gospodarczych lub też na warunki ich uczestnictwa na rynku w określonym horyzoncie czasowym, z tym wszakże zastrzeżeniem, iż wzmiankowane tutaj wpływanie na prywatną gospodarkę ma następować przy możliwie jak najszerszym respektowaniu podstawowego prawa wolności gospodarczej”³⁴.

Przed wszystkim nie można zapominać, że prognozowanie trwale wpisało się w naukę administracji³⁵. Na gruncie nauki administracji planowanie jest utożsamiane z prognozowaniem i uznawane za nieodłączny problem kierownictwa i administracji³⁶. Tak rozumiane planowanie dotyczy różnorodnych dziedzin, dla których powinny być ustalone odrębne reguły³⁷. Za sferę, która jako pierwsza powinna być objęta planowaniem, uważa się „sferę polegającą na bezpośrednim przekształcaniu stosunków społecznych, objętych działalnością organizatorską administracji”³⁸. Planowanie traktowane jest w nauce administracji jako

³¹ Ibidem, s. 183.

³² C. Kosikowski, *Polskie publiczne prawo gospodarcze*, Warszawa 2003, s. 161.

³³ K. Strzyczkowski, *Podstawowe problemy prawne planowania*, Warszawa 1990, s. 133 i n.

³⁴ M. Szydło, *Planowanie indykatywne jako funkcja państwa wobec gospodarki*, w: *Funkcje współczesnej administracji gospodarczej*, pod red. B. Popowskiej, Poznań 2006, s. 146 i cytowana tam literatura.

³⁵ J. Zimmermann, *Aksjomaty...*, s. 173.

³⁶ Z. Leoński, *Nauka administracji*, Warszawa 2010, s. 130 i n.

³⁷ Ibidem, s. 131.

³⁸ Ibidem.

proces złożony, którego pierwszym etapem powinno być ustalenie celu, przesłanek planistycznych, przebadanie kierunków działania i ich ocena. Końcowym punktem w procesie planowania jest ustalenie planów pochodnych w stosunku do planów głównych³⁹.

Przytoczone powyżej różne ujęcia i definicje prognozowania mają pewien element wspólny, mianowicie wskazują, że prognozowanie to proces złożony, sprowadzający się do przewidywania najbardziej prawdopodobnego zdarzenia, na podstawie pewnych ustaleń i istniejącego porządku. Co prawda dla rozumienia istoty „swobody prognozowania” przydatne są ustalenia poczynione na temat pojęcia „prognozowanie”, jednak koncepcja „swobody prognozowania” nie może być utożsamiana ani z prognozowaniem gospodarczym (choć w pewien sposób musi je uwzględniać, o czym będzie mowa dalej), ani z prognozą jako formą działania administracji. Prognozowanie w analizowanym przypadku pozostaje w związku z przyznawaną organowi administracji kompetencją do wydania aktu administracyjnego (decyzji) o określonej treści i jest jednym z etapów podejmowania decyzji, czynnością dokonywaną w trakcie stosowania prawa. Nie może być zatem rozumiane w kategoriach funkcji organów administracji, a tym bardziej prawnych form działania. Jest jedną z czynności złożonych, zmierzających do wydania aktu administracji. Charakterystyczne dla „swobody prognozowania” jest to, że odnosi się do pojęć niedookreślonych (nieostrych), których znaczenie powinno się ustalać w szczególny sposób, tj. łączyć z pewnym zamierzonym celem, prowadzeniem polityki rozwoju⁴⁰, a przez to nastawić się na realizację określonego skutku prawnego. Nie ma wątpliwości, że zadaniem administracji jest wykonywanie ustaw, ale także podporządkowanie działań określonej polityce administracyjnej⁴¹. Stąd nie bez znaczenia wydaje się postulat pewnej elastyczności przepisów, których granice obowiązywania wyznacza ma zasada legalizmu⁴².

³⁹ Ibidem, s. 132.

⁴⁰ K. Kokocińska, *Instytucjonalno-prawne podstawy współpracy samorządu województwa z rządem w zakresie prowadzenia polityki regionalnej*, „Ruch Prawniczy, Ekonomiczny i Socjologiczny” 2008, z. 3, s. 51 i n.

⁴¹ J. Borkowski, *Decyzja administracyjna*, Łódź-Zielona Góra 1998, s. 18.

⁴² M. Zieliński, *Wykładnia prawa. Zasady, reguły, wskazówki*, Warszawa 2008, s. 183; zob. także M. Jędrzejczak, *Elementy dyskrecjonalności organu administracyjnego na poszczególnych etapach stosowania prawa*, „Przegląd Prawniczy, Ekonomiczny i Społeczny” 2013, nr 2, s. 5.

1.2. Rodzaje luzów decyzyjnych

W doktrynie uznaje się, że w procesie stosowania prawa nie mamy do czynienia z prostym modelem sylogistycznym (subsumpcyjnym)⁴³. Należy zgodzić się ze stwierdzeniem, że stosowanie prawa, a właściwie norm prawnych⁴⁴, nie może być już uznawane za prosty proces logiczny, albowiem wnioskowanie jest znacznie bardziej skomplikowane, a każdy z etapów stosowania prawa może wiązać się z koniecznością dokonywania wartościujących wyborów⁴⁵.

Dla porządku, w modelu decyzyjnym stosowania prawa wyodrębnia się poszczególne czynności oraz rozumowania, z których każde prowadzi do wydania decyzji cząstkowej, ale które jako całość prowadzą do wydania decyzji finalnej⁴⁶. W modelu tym wyróżnia się sześć czynności, które polegają na: 1) ustaleniu obowiązywania i stosowalności określonego prawa materialnego, 2) ustaleniu znaczenia tego przepisu w stopniu dostatecznie precyzyjnym dla potrzeb rozstrzygnięcia, 3) uznaniu za udowodnione faktów sprawy i ujęciu ich w języku stosowanego przepisu prawa materialnego, 4) subsumpcji faktów sprawy „pod” stosowany przepis prawa materialnego, 5) ustaleniu konsekwencji prawnych udowodnionych faktów sprawy na podstawie stosowanego przepisu prawa materialnego, 6) wydaniu finalnej decyzji⁴⁷.

Nie ma raczej wątpliwości, że w każdej z powyższych czynności funkcjonują różnego rodzaju luzy (swobody) upoważniające administrację do działania⁴⁸, które w szerokim rozumieniu mogą być określane mianem dyskrecjonalności⁴⁹.

⁴³ B. Wojciechowski, *Model zakresu swobody interpretacji prawa administracyjnego*, w: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, *Wykładnia w prawie administracyjnym*, seria wydawnicza *System Prawa Administracyjnego*, t. 4, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, Warszawa 2012, s. 453.

⁴⁴ A. Redelbach, S. Wronkowska, Z. Ziemiński, *Zarys teorii państwa i prawa*, Poznań 1994, s. 250.

⁴⁵ B. Wojciechowski, op. cit., s. 453.

⁴⁶ L. Leszczyński, *Stosowanie i wykładnia prawa administracyjnego*, w: L. Leszczyński, B. Wojciechowski, M. Zirk-Sadowski, op. cit., s. 39.

⁴⁷ J. Wróblewski, *Sądowe stosowanie prawa*, Warszawa 1988, s. 43, podają za: L. Leszczyński, *Stosowanie i wykładnia...*, s. 39.

⁴⁸ J. Zimmermann, *Aksjomaty...*, s. 204.

⁴⁹ A. Nałęcz, *Uprawnienia dyskrecjonalne administracji – Polska i Unia Europejska*, w: *Nowe problemy badawcze w teorii prawa administracyjnego*, pod red. J. Bocia, A. Chajbowicza, Wrocław 2009, s. 357.

Dyskrecjonalność administracji publicznej rozumiana jako „upoważnienie” do rzeczowego wyważania między większą liczbą dopuszczalnych rozwiązań przewidzianych w dysjunkcji uzyskuje wyraz w teorii luzów⁵⁰. Może być także rozumiana jako „swoboda decyzyjna mieszcząca się co do jej przejawów i zakresu w ramach określonego porządku prawnego (w tym, w jego założeniach aksjologicznych), dotycząca wszystkich elementów składowych procesu decyzyjnego stosowania prawa”⁵¹. Przez dyskrecjonalność w nauce prawa administracyjnego rozumie się „wszelki luz dotyczący zewnętrznego zachowania się organu administracji niezależnie od formy, w jakiej on działa”⁵². W takim ujęciu dyskrecjonalność da się także łączyć ze stanowieniem prawa, choć może być to uznane za dyskusyjne⁵³.

Przyznanie atrybutu dyskrecjonalności upoważnia podmiot stosujący prawo do subiektywnego rozstrzygnięcia, ale przy zapewnieniu jego „poprawności rozumowania i argumentowania”, a także celowości i słuszności⁵⁴. Jak trafnie zauważono w literaturze, proces wykładni i jej efekt w stosunku do zwrotów niedookreślonych prowadzi często do konfuzji subsumpcji i interpretacji przepisów (wykładnia *sensu stricto*)⁵⁵. Rozumowanie typu „subsumpcyjnego” w postaci przesądzenia z góry, *in abstracto*, o znaczeniu zwrotu nieostrego może budzić zastrzeżenia zwłaszcza w przypadku dokonywania interpretacji przez podmiot inny niż dokonujący stosowania przepisu *in concreto*⁵⁶. W ocenie Trybunału Konstytucyjnego (TK) „[n]ieostrość czy niedookreśloność pojęć prawnych sprzyja uelastycznieniu porządku prawnego [...]”⁵⁷. Takie „zwroty występują we wszystkich systemach prawa europejskiego, także tych państw, które charakteryzują się wysoką kulturą prawną i bez wszelkiej

⁵⁰ Szerzej M. Król, *Pojęcie luzu normatywnego stosowania prawa*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 6, s. 62; J. Wróblewski, *Kontrola decyzji sądowej. Wybrane zagadnienia teoretyczne*, „Państwo i Prawo” 1976, nr 8–9, s. 19. Ten ostatni autor wyróżnia tzw. luz walidacyjny, interpretacyjny, dowodowy i wyboru konsekwencji.

⁵¹ L. Leszczyński, *Dyskrecjonalność a jednolitość stosowania prawa. Rola argumentu per rationem decidenti*, w: *Dyskrecjonalność w prawie*, pod red. W. Stańkiewicza, T. Stawckiego, Warszawa 2012, s. 137.

⁵² J. Zimmermann, *Aksjomaty...*, s. 212.

⁵³ *Ibidem*, s. 213.

⁵⁴ B. Wojciechowski, *op. cit.*, s. 464.

⁵⁵ E. Łętowska, *Interpretacja a subsumpcja zwrotów niedookreślonych i nieostrych*, „Państwo i Prawo” 2011, nr 7–8, s. 19.

⁵⁶ *Ibidem*, s. 20.

⁵⁷ Postanowienie TK z 27 IV 2004 r., sygn. P 16/03, OTK ZU nr 4/A/2004.

wątpliwości zaliczane są do państw prawa. Zwroty te przesuwają obowiązek konkretyzacji normy na etap stosowania prawa i w związku z tym dają sądom (czy organom administracji – tak w wypadku np. uznania administracyjnego) pewną swobodę decyzyjną⁵⁸. Interpretacja zwrotów niedookreślonych powinna zatem odbywać się na etapie egzegezy tekstu prawnego⁵⁹.

Jako źródło władzy dyskrecjonalnej wymienia się pojęcia niedookreślone, przez które rozumieć należy te, których zakres i treść są niepewne, które nie ustalają bezpośrednio wszystkich elementów hipotezy i dyspozycji, w przeciwieństwie do pojęć dookreślonych, których hipoteza i dyspozycja w sposób zupełny i pewny ustalają wszystkie elementy sytuacji faktycznej⁶⁰.

Niedookreśloność zwrotów pociąga za sobą nieostrość tych zwrotów. Przy czym o ile w literaturze przedmiotu niedookreśloność traktuje się jako właściwość o charakterze językowym, a po części logicznym, to nieostrość jest przede wszystkim kategorią logiczną⁶¹. Nieostrość nazwy polega na tym, że pomimo zapoznania się z cechami danych przedmiotów nie da się określić desygnatu określonej nazwy. Uważa się, że pewną generalną cechą wszystkich nazw nieostrych jest występujący tzw. pas nieostrości – zawierający przedmioty, co do których trudno orzec nazwę⁶². Drugą cechą jest to, iż wyznaczanie pasa nieostrości dokonuje się nie w stosunku do pojedynczego wyrazu, ale „zwrotu złożonego z różnych wyrazów, którego elementem jest zwrot nieostry”. Nieostrość może występować zarówno w kontekście nazw konkretnych, jak i abstrakcyjnych⁶³.

Do pojęć niedookreślonych zbliżone są klauzule generalne, które uelastyczniają proces stosowania prawa⁶⁴. W literaturze twierdzi się, że „[z]astosowanie w konkretnej regulacji prawnej klauzuli generalnej prowadzi do zwiększenia czy wprost kreowania w procesie stosowania prawa przez odwołanie się do pozaprawnych elementów otoczenia

⁵⁸ Postanowienie TK z 15 IV 2009 r., sygn. Ts 185/08, OTK ZU nr 26/B/2010.

⁵⁹ P. Ruczkowski, *Stosowanie przepisów dopuszczających różne formy luzu decyzyjnego administracji a zasada proporcjonalności*, w: *Wykładnia i stosowanie prawa administracyjnego*, pod red. D.R. Kijowskiego, J. Radwanowicz-Wanczewskiej, M. Winceniak, Warszawa 2012, s. 55.

⁶⁰ B. Wojciechowski, op. cit., s. 466.

⁶¹ M. Zieliński, op. cit., s. 178.

⁶² Ibidem, s. 180.

⁶³ Ibidem.

⁶⁴ B. Wojciechowski, op. cit., s. 466.

aksjologicznego”⁶⁵. Klauzule generalne można traktować jako zwroty językowe o zabarwieniu wartościującym, odsyłającym do ocennych i ogólnie ukierunkowanych kryteriów pozaprawnych, wprowadzających pewną swobodę dla podmiotu stosującego prawo⁶⁶. Klauzule są konstrukcjami złożonymi, składającymi się z określenia rodzaju wartości, ocen, norm oraz sfery rzeczywistości rzutuującej na kierunek identyfikacji czy wartościowania⁶⁷.

Nie każdy zwrot niedookreślony można traktować jako klauzulę generalną. Może być nią tylko taki zwrot, który nie wynika z właściwości językowych, ale odsyła do pewnych norm lub ocen pozaprawnych⁶⁸. W nauce prawa klauzule generalne mogą być traktowane jako przepisy modyfikujące przepisy centralne, które nakazują stosującemu prawo w zakresie użycia określonych norm uwzględnić oceny funkcjonujące w społeczeństwie⁶⁹. Klauzule generalne nie przyznają także kompetencji do dyskrecjonalności. Powszechnie na gruncie orzecznictwa przyjmuje się, że „[u]życie w tekście przepisu pojęcia niedookreślonego zobowiązuje organ administracji publicznej do «doprecyzowania» (skonkretyzowania) tego pojęcia przy uwzględnieniu okoliczności faktycznych konkretnej sprawy i kontekstu normatywnego, w którym to pojęcie funkcjonuje [...], a w sytuacji, gdy w sprawie występują niedookreślone przesłanki podjęcia decyzji, to uzasadnienie powodów przyjęcia przez organ stosujący prawo danego rozumienia określonego pojęcia musi być bardzo szczegółowe, pełne i przekonujące”⁷⁰.

Trzeba zwrócić uwagę, że użycie przez ustawodawcę określeń prawnie niezdefiniowanych zobowiązuje do rozważenia, czy dokonana przez organ administracji ocena okoliczności sprawy nie nosi cech dowolności lub czy organy administracji nie przekroczyły granic swobody interpretacji tych określeń na tle konkretnego stanu faktycznego. Należy także zaznaczyć, iż sądy administracyjne uprawnione są do kontroli decyzji administracyjnych, i to również tych wydawanych na podstawie przepisów zawierających wyrażenia niedookreślone, przy czym sądy badają i oceniają, czy organ administracji prawidłowo zinterpretował te pojęcia

⁶⁵ Ibidem.

⁶⁶ Ibidem.

⁶⁷ L. Leszczyński, *Stosowanie i wykładnia...*, s. 4.

⁶⁸ B. Wojciechowski, op. cit., s. 467.

⁶⁹ M. Zieliński, op. cit., s. 136.

⁷⁰ Wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego (NSA) z 15 XII 2008 r., sygn. I OSK 622/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/69F0B0E177> (dostęp: 28 IV 2014).

na tle stanu faktycznego konkretnej sprawy⁷¹. Ustalenie treści kryteriów gospodarczych w klauzulach generalnych stanowi istotny element praktyki decyzyjnej organów administracji oraz sądów.

Podkreślić trzeba, że zarówno w przypadku pojęć niedookreślonych, jak i uznania administracyjnego chodzi o pewne luzy normatywne, jednak funkcjonujące na różnych poziomach.

Uznania administracyjnego nie można wiązać z interpretacją pojęć niedookreślonych⁷². Pojęcia te nie są bowiem zaliczane do sformułowań ustawowych upoważniających do uznania administracyjnego⁷³. Luz wynikający z nieostrości pojęć ustawowych jest upoważnieniem dla organu administracji do dokonania wiążącej oceny na etapie przygotowania aktu administracyjnego. Z kolei luz wynikający z uznania administracyjnego stosowany jest na etapie subsumpcji i dotyczy przyszłości⁷⁴. Przedmiotem uznania administracyjnego nie jest ustalenie znaczenia tekstu prawnego ani ocena występujących faktów, lecz określenie skutku prawnego⁷⁵.

W niemieckiej nauce prawa uznanie administracyjne jest obok pracy na tekście drugim stałym filarem „ustawowo kierowanej administracji”⁷⁶. Może być rozumiane jako „szczególna właściwość konkretyzacji prawa w ramach zadanego określenia celów”⁷⁷. W tej koncepcji uznanie administracyjne nie jest uważane za wolność wyboru i, co więcej, może być umieszczone nie tylko po stronie skutków prawnych, ale także po stronie stanu faktycznego. Wobec takiego rozwiązania uznanie i upoważnienie do oceny nie będą prawnie rozdzielone i będą mogły być stosowane zamiennie z metodycznego punktu widzenia. Wykonywanie uznania jest traktowane jako przejaw konkretyzacji prawa, tj. jako administracyjne wyważanie kryteriów prawidłowości determinowane celem ustawowym⁷⁸. Pozwala ono na „spięcie” pozornie różnych stanów faktycznych oraz uporządkowanie ich wedle funkcji zastosowanego postępowania

⁷¹ Por. L. Morawski, *Wykłady w orzecznictwie sądów. Komentarz*, Toruń 2002, s. 383.

⁷² Zob. Z. Janowicz, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, Warszawa-Poznań 1992, s. 257.

⁷³ J. Zimmermann, *Prawo...*, s. 314.

⁷⁴ *Ibidem*.

⁷⁵ P. Mincer, *Uznanie administracyjne*, Toruń 1983, s. 111; K. Kiczka, *Decyzje uprawniające w administracyjnym prawie gospodarczym*, w: *Administracyjne prawo gospodarcze*, A. Borkowski, A. Chełmoński, M. Guziński, K. Kiczka, L. Kieres, T. Kocowski, Wrocław 2005, s. 403.

⁷⁶ E. Schmidt-Assman, *op. cit.*, s. 260.

⁷⁷ *Ibidem*.

⁷⁸ *Ibidem*, s. 263.

konkretyzującego. Autor zauważa, że trudne rozstrzygnięcia prognostyczne wydawane są na bazie tzw. „uznania prognostycznego”, które wymaga szczególnej przejrzystości metody. Coraz częściej w doktrynie niemieckiej funkcjonują określenia *Prognose- und Risikoentscheidungen*, które dotyczą decyzji uwzględniających pewne prognozy, np. w zakresie planowania, ochrony środowiska, prawa administracyjnego i gospodarczego⁷⁹.

Warto także zwrócić uwagę, że w Rekomendacji nr R (80) 2 Komitetu Ministrów Rady Europy dotyczącej wykonywania dyskrecjonalnych kompetencji administracji⁸⁰ przez „kompetencję dyskrecjonalną» (*pouvoir discretionnaire*) rozumie się kompetencję, która przyznaje władzy administracyjnej pewien zakres oceny (*une certaine latitude d'appréciation*) co do podjęcia decyzji, pozwalając jej dokonywać takiego wyboru, który – spośród wielu rozwiązań prawnie uzasadnionych – wydaje się jej najbardziej stosownym (*la plus opportune*)⁸¹. W punkcie 12. „Rozważań ogólnych” Rekomendacji nr R (80) podkreślono, że „[r]ekomendacji nie stosuje się do aktów administracyjnych w przypadkach, w których ustawodawca używa kompetencji prawnej zwanej nieokreśloną (*un concept juridique dit indéterminée – unbestimmter Rechtsbegriff*). Ta kategoria koncepcji prawnych nie jest szczegółowo zdefiniowana przez samego ustawodawcę, a jednak dysponuje obiektywnym sensem, który władza administracyjna winna zidentyfikować w indywidualnych przypadkach”⁸².

W przywoływanej Rekomendacji zaleca się, by akt administracyjny powzięty w wykonaniu kompetencji dyskrecjonalnej podlegał kontroli legalności (*un contrôle de légalité*) przed sądem bądź innym niezawisłym organem. Celem kompetencji dyskrecjonalnej ma być to, aby władza administracyjna, której przyznana została kompetencja dyskrecjonalna, kierowała się jako celem wyznaczającym (*le but déterminant*) tylko celem lub celami, przez wzgląd na które kompetencja ta została przyznana⁸³.

⁷⁹ M. Ibler, *Art. 19 Abs. 4 GG*, w: *Berliner Kommentar zum Grundgesetz*, Hrsg. von K.H. Friauf, W. Höfling, Berlin 2011, Rn. 257.

⁸⁰ Przyjęta 11 III 1980 r. na 316. posiedzeniu wiceministrów. Dalej „Rekomendacja nr R (80)”.

⁸¹ Rekomendacja nr R (80).

⁸² Rekomendacja nr R (80).

⁸³ Rekomendacja nr R (80). Por. też wyrok NSA z 18 XI 2012 r., sygn. I OSK 965/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/C146FAF151> (dostęp: 30 IV 2014).

2. Przesłanki udzielenia koncesji w ustawie Prawo energetyczne

Nie wchodząc w głębszą dyskusję na temat wzajemnych relacji przepisów u.p.e. i u.s.d.g., podzielić można pogląd, że wzajemny stosunek obu tych aktów prawnych może podlegać różnej ocenie w odniesieniu do poszczególnych rozwiązań prawnych⁸⁴. Stąd przesłanki udzielenia koncesji w prawie energetycznym oceniać należy zarówno pod kątem regulacji u.p.e., jak i u.s.d.g. Zbyt kategorię wydają się stwierdzenia, że przepisy u.p.e. stanowią *lex specialis* w stosunku do przepisów u.s.d.g.⁸⁵, tzn. że przepisy u.s.d.g. znajdują zastosowanie wyłącznie w takiej sytuacji, gdy określona kwestia nie będzie regulowana przepisami u.p.e.⁸⁶

Przesłanki określone w u.p.e. można podzielić na pozytywne i negatywne. Prezes Urzędu Regulacji Energetyki (URE) zgodnie z art. 33 ust. 1 u.p.e. udziela koncesji wnioskodawcy, który: „1) ma siedzibę lub miejsce zamieszkania na terytorium państwa członkowskiego Unii Europejskiej, Konfederacji Szwajcarskiej lub państwa członkowskiego Europejskiego Porozumienia o Wolnym Handlu (EFTA) – strony umowy o Europejskim Obszarze Gospodarczym; 2) dysponuje środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności bądź jest w stanie udokumentować możliwości ich pozyskania; 3) ma możliwości techniczne gwarantujące prawidłowe wykonywanie działalności; 4) zapewni zatrudnienie osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych, o których mowa w art. 54 u.p.e.; 5) uzyskał decyzję o warunkach zabudowy i zagospodarowania terenu albo decyzję o ustaleniu lokalizacji inwestycji w zakresie budowy obiektu energetyki jądrowej, o której mowa w ustawie z dnia 29 czerwca 2011 r. o przygotowaniu i realizacji inwestycji w zakresie obiektów energetyki jądrowej oraz inwestycji towarzyszących”⁸⁷. Prezes URE udziela koncesji na obrót gazem ziemnym

⁸⁴ T. Długosz, *Szczególna regulacja działalności w sektorach sieciowych*, w: *Publiczne prawo gospodarcze*, seria *System Prawa Administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, t. 8b, Warszawa 2013, s. 185–186. Podobnie A. Walaszek-Pyziół, *Energia i prawo*, Warszawa 2005, s. 34.

⁸⁵ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2007, s. 202.

⁸⁶ M. Czarnecka, T. Oglódek, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Bydgoszcz–Katowice, s. 418; podobnie J. Baehr, E. Stawicki, J. Antczak, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Zakamycze 2003, s. 215; Z. Muras, *Przesłanki odmowy udzielenia koncesji na rynku paliw i energii*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2011, nr 4, s. 2.

⁸⁷ Dz. U. Nr 135, poz. 789 ze zm.

z zagranicą wnioskodawcy, który: 1) posiada własne pojemności magazynowe lub 2) zawarł umowę przedwstępną o świadczenie usługi magazynowania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego, o których mowa w art. 24 ust. 1 Ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o zapasach ropy naftowej, produktów naftowych i gazu ziemnego oraz zasadach postępowania w sytuacjach zagrożenia bezpieczeństwa paliwowego państwa i zakłóceń na rynku naftowym⁸⁸ w wielkości ustalonej zgodnie z art. 25 ust. 2 tej ustawy, lub 3) został zwolniony z obowiązku utrzymywania zapasów obowiązkowych gazu ziemnego, o których mowa w art. 24 ust. 1 ustawy o zapasach paliw.

Przepis art. 33 ust. 3 u.p.e. stanowi o przesłankach negatywnych. I tak, nie może być wydana koncesja wnioskodawcy: „1) który znajduje się w postępowaniu upadłościowym lub likwidacji⁸⁹; 2) któremu w ciągu ostatnich 3 lat cofnięto koncesję na działalność określoną ustawą z przyczyn wymienionych w art. 58 ust. 2 u.s.d.g. lub którego w ciągu ostatnich 3 lat wykreślono z rejestru działalności regulowanej z przyczyn, o których mowa w art. 71 ust. 1 u.s.d.g., 3) skazanemu prawomocnym wyrokiem sądu za przestępstwo mające związek z przedmiotem działalności gospodarczej określonej ustawą”⁹⁰.

Obok tych przesłanek u.s.d.g. w art. 56 ust. 1 określa, że organ koncesyjny może odmówić udzielenia koncesji lub ograniczyć jej zakres w stosunku do wniosku o udzielenie koncesji albo odmówić zmiany koncesji: „1) gdy przedsiębiorca nie spełnia warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją określonych w ustawie lub warunków podanych do wiadomości przedsiębiorcom w trybie art. 48 ust. 2 lub art. 51 ust. 1 u.s.d.g.; 2) ze względu na zagrożenie obronności lub bezpieczeństwa państwa lub obywateli; 3) jeżeli w wyniku przeprowadzonego przetargu, o którym mowa w art. 52, udzielono koncesji innemu przedsiębiorcy lub przedsiębiorcom; 4) w przypadkach określonych w odrębnych przepisach”.

Pamiętać także należy o treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g., który stanowi, że „przed podjęciem decyzji w sprawie udzielenia koncesji lub jej zmiany organ koncesyjny może: dokonać sprawdzenia faktów podanych we wniosku o udzielenie koncesji w celu stwierdzenia, czy przedsiębiorca spełnia warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją oraz czy daje rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją”.

⁸⁸ Dz. U. Nr 52, poz. 343 ze zm., dalej „ustawa o zapasach paliw”.

⁸⁹ Szerzej T. Hutor, *Upadłość wyklucza koncesję*, „Głosa” 2004, nr 4, s. 33 i n.

⁹⁰ Art. 33 ust. 3 u.p.e.

W literaturze wyróżnia się też grupę przesłanek pomocniczych, które mieszczą się w zakresie władztwa dyskrejonalnego (luzu decyzyjnego) organu regulacyjnego, a wynikają z całokształtu prawa energetycznego, np. kwestie wynikające z polityki energetycznej państwa, zagwarantowania bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji czy uwzględnienia wymogów ochrony środowiska⁹¹. Faktem jest, że art. 33 ust. 4 u.p.e., który odnosił się do założeń polityki energetycznej państwa w zakresie udzielania koncesji, został uchylony. Niemniej jednak nadal uzasadnione wydaje się twierdzenie, iż skoro zgodnie z art. 23 ust. 1 u.p.e. prezes URE reguluje działalność przedsiębiorstw energetycznych zgodnie z ustawą i polityką energetyczną państwa, to zagadnienia te nie są „zupełnie prawnie irrelevantne w kontekście działań regulacyjnych i mogą wywierać określony wpływ na treść i zakres udzielanej koncesji, w tym np. jej warunków, czasu obowiązywania, a także zakres dokumentów i dowodów, które należy zgromadzić w celu ustalenia podstaw udzielenia koncesji”⁹². Choć przyznać trzeba, że komentowana na tle uchylonego już przepisu art. 33 ust. 4 u.p.e. koncepcja prowadząca do uzależnienia możliwości uzyskania koncesji od zgodności z niedookreślonymi i niepodlegającymi publikacji założeniami polityki energetycznej może być uznawana za trudną do pogodzenia z założeniami demokratycznego państwa prawnego⁹³, to jednak z drugiej strony prowadzenie polityki rozwoju, w tym rozwoju energetycznego, wymaga zachowania spójności działań.

Ze względu na omawianą tematykę przedmiotem dalszej analizy będą tylko te przesłanki, które kwalifikować można do mieszczących się w zakresie władztwa dyskrejonalnego i które najpełniej oddają jego istotę⁹⁴. W zasadzie chodzi o trzy istotne przesłanki określone w u.p.e., a mianowicie: dysponowanie przez wnioskodawcę środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej bądź udokumentowanie możliwości ich pozyskania, posiadanie możliwości technicznych gwarantujących prawidłowe

⁹¹ Z. Muras, *Warunki uzyskania koncesji*, w: *Prawo energetyczne*, pod red. M. Swory, Z. Murasa, Warszawa 2010, s. 1106.

⁹² Ibidem.

⁹³ A. Lipiński, *Niektóre problemy nowego prawa energetycznego*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 5, s. 2.

⁹⁴ K. Ziemiński, *Zakres uznaniowości rozstrzygnięć Prezesa URE*, w: *Prawo energetyczne wobec wyzwań liberalizacji*, pod red. M. Swory, M. Szewczyka, K. Ziemińskiego, Warszawa 2008, s. 25 i n.

wykonywanie działalności oraz zapewnienie zatrudnienia osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych.

W literaturze zwrócono uwagę, że przepisy u.p.e. w porównaniu z wymogami dyrektywy 2006/123/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 12 grudnia 2006 r. dotyczącej usług na rynku wewnętrznym (dyrektywa usługowa)⁹⁵ przyznają dużą uznaniowość Prezesowi URE. Pogląd ten dotyczy przesłanki dysponowania lub możliwości pozyskania odpowiednich środków finansowych na działalność koncesjonowaną oraz przesłanki posiadania odpowiednich możliwości technicznych, które nie zostały w u.p.e. dostatecznie dookreślone, co w praktyce oznacza znaczną swobodę po stronie organu koncesyjnego w zakresie zastosowania tych wymogów w konkretnym przypadku⁹⁶.

Jeśli chodzi o przesłankę dysponowania przez wnioskodawcę środkami finansowymi w wielkości gwarantującej prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej bądź udokumentowania możliwości ich pozyskania, to z interesującego nas punktu widzenia można wyróżnić dwie grupy poglądów. Pierwszą, w której zwraca się uwagę na konieczność przeprowadzenia przez organ administracji prognozy kształtowania wielkości środków finansowych koncesjonariusza w przyszłości, w perspektywie całego okresu wykonywania działalności gospodarczej⁹⁷, a także uwzględniania możliwości uzyskania w przyszłości środków finansowych⁹⁸. Przy czym udokumentowanie takiego rodzaju środków może być niemożliwe⁹⁹. W drugiej grupie przyjmuje się pogląd, że chodzi o wszystkie składniki majątkowe, które obrazują kondycję finansową wnioskodawcy i gwarantują prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej¹⁰⁰. W tym kontekście konieczność posiadania przez przedsiębiorcę odpowiednich środków finansowych bądź udokumentowania możliwości ich pozyskania w rozumieniu u.p.e. „należy rozpatrywać w trzech aspektach: po pierwsze, posiadania własnych środków lub udokumentowania w sensie formalnoprawnym możliwości pozyskania odpowiednich środków na wykonywanie działalności gospodarczej w sposób prawidłowy (wówczas następuje udzielenie koncesji); po drugie,

⁹⁵ Dz. Urz. UE L 376/36 z 27 XII 2006 r.

⁹⁶ S. Dudzik, *Sposoby przekształcania prawa polskiego pod wpływem prawa europejskiego (na przykładzie prawa gospodarczego)*, „Państwo i Prawo” 2008, nr 5, s. 15.

⁹⁷ A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 44–45.

⁹⁸ H. Palarz, *Prawo energetyczne z komentarzem*, Gdańsk 2004, s. 170.

⁹⁹ Ibidem.

¹⁰⁰ Z. Muras, *Warunki...*, s. 1115.

w ogóle braku (w ocenie organu regulacyjnego) wystarczających środków do prowadzenia danej działalności koncesjonowanej (wówczas następuje odmowa udzielenia koncesji); i wreszcie po trzecie, posiadania środków, jednakże w wymiarze niegwarantującym zabezpieczenia roszczeń osób trzecich, mogących powstać wskutek niewłaściwego prowadzenia działalności objętej koncesją, w tym szkód w środowisku, wówczas udzielenie koncesji jest uzależniane od złożenia przez wnioskodawcę zabezpieczenia majątkowego w postaci gwarancji ubezpieczeniowej, gwarancji bankowej, umowy gwarancyjnej z osobami fizycznymi lub osobami prawnymi¹⁰¹.

W orzecznictwie pojęcie środków finansowych w rozumieniu art. 33 ust. 1 pkt 2 u.p.e. oznacza kapitał w odpowiedniej wysokości, który daje gwarancję prawidłowego wykonywania działalności¹⁰². Możliwość uzyskania wymaganych środków finansowych może być udokumentowana na przykład umowami zawartymi z bankami, przyszłymi inwestorami lub innymi instytucjami finansowymi, a także uchwałą o podwyższeniu kapitału¹⁰³. Środki finansowe to wszelkie składniki, które obrazują sytuację finansową przedsiębiorcy, również wierzytelności, w szczególności krótkoterminowe, kapitał własny oraz obcy¹⁰⁴.

Sąd Najwyższy w wyroku z 16 kwietnia 2008 r. uznał, że „[k]westia, czy podmiot ubiegający się o koncesję na prowadzenie reglamentowanej działalności gospodarczej posiada odpowiednie środki finansowe, należy do okoliczności faktycznych, które powinny zostać ustalone zarówno przez regulatora na etapie postępowania administracyjnego, jak i przez Sądy pierwszej i drugiej instancji”¹⁰⁵.

Nie ulega wątpliwości, że ocena wiarygodności przedłożonych przez wnioskodawcę dokumentów powinna być obiektywna, przejrzysta i pozbawiona charakteru dyskryminacyjnego¹⁰⁶, jednak samo pojęcie środków finansowych *gwarantujących* prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej odnosić należy w każdym przypadku do rodzaju i zakresu prowadzonej działalności gospodarczej.

¹⁰¹ Ibidem.

¹⁰² Wyrok Sądu Ochrony Konkurencji i Konsumentów (SOKiK) z 3 VII 2009 r., sygn. XVII AmE 166/08, bip.ure.gov.pl/download.php?s=1&id=5730 (dostęp: 2 V 2014).

¹⁰³ Wyrok SOKiK z 3 VII 2009 r., sygn. XVII AmE 166/08.

¹⁰⁴ Wyrok SA w Warszawie z 12 II 2009 r., sygn. VI AcA 1033/08, bip.ure.gov.pl/download.php?s=1&id=5842 (dostęp: 2 V 2014).

¹⁰⁵ Wyrok SN z 16 IV 2008 r., sygn. III SK 33/07, OSNP 2009, nr 15–16, poz. 215.

¹⁰⁶ A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, op. cit., s. 90.

Co do przesłanki dotyczącej możliwości technicznych, to w literaturze uważano, że w chwili składania wniosku podmiot ubiegający się o koncesję nie musi jeszcze dysponować środkami technicznymi gwarantującymi mu prawidłowe wykonywanie działalności, ale jedynie musi wykazać techniczną „możliwość” (wykonalność) planowanych rozwiązań, tzn. że organ koncesyjny jest obowiązany udzielić koncesji, nawet jeśli przedsiębiorca nie posiada jeszcze stosownych urządzeń¹⁰⁷. Wyrażenie „ma możliwości techniczne może oznaczać wymóg dysponowania właściwymi urządzeniami i instalacjami gwarantującymi prawidłowe prowadzenie działalności koncesjonowanej”¹⁰⁸. Zwrot „ma” w *Słowniku języka polskiego PWN* nie ma jednoznacznego określenia. Jako jedno z objaśnień funkcjonuje: „być właścicielem, użytkownikiem lub dysponentem czegoś”¹⁰⁹. Z kolei „możliwość” to zarówno „zdolności, predyspozycje psychiczne i fizyczne człowieka, dzięki którym może on coś osiągnąć”, jak i „tkwiąca w czymś i ujawniająca się w sprzyjających warunkach zdolność do działania i osiągnięcia jakichś efektów”¹¹⁰. Gwarancja to natomiast „poręczenie, że coś nastąpi albo że jest prawdziwe”¹¹¹.

W literaturze zakłada się, że redakcja komentowanego przepisu nakazuje przyjąć, „iż w powyższym zakresie organ koncesyjny obowiązany jest każdorazowo uwzględniać stan faktyczny istniejący w dacie wydawania decyzji administracyjnej, ustalony w oparciu o materiał dowodowy zgromadzony w danej sprawie”¹¹². Ponadto zwrot „ma możliwości” nie może być interpretowany jako „będzie miał lub oświadczył, że będzie miał możliwości techniczne”. Przedsiębiorca musi bowiem w momencie udzielania koncesji być wyposażony w odpowiednie urządzenia techniczne gotowe do użycia. Zatem sprowadzanie tej przesłanki jedynie do posiadania bliżej nieokreślonych „możliwości technicznych jest w świetle argumentów językowych nieuzasadnione”¹¹³. Dalej stwierdza się nawet, że w momencie występowania o koncesję wnioskodawca powinien zakończyć proces inwestycyjny¹¹⁴.

¹⁰⁷ M. Spyra, *Koncesje w prawie energetycznym*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 1998, nr 6, s. 4; M. Czarnecka, T. Oglódek, op. cit., s. 434.

¹⁰⁸ M. Czarnecka, T. Oglódek, op. cit., s. 434. Podobnie A. Walaszek-Pyziół, op. cit., s. 47.

¹⁰⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/ma> (dostęp: 30 IV 2014).

¹¹⁰ *Ibidem*.

¹¹¹ *Ibidem*.

¹¹² Z. Muras, *Warunki...*, s. 1118.

¹¹³ *Ibidem*.

¹¹⁴ Z. Muras, *Koncesje w prawie energetycznym – zakres dominium państwowego, w: Prawo energetyczne wobec wyzwań...*, s. 15.

Określenie „ma możliwości techniczne”, traktowane jako zbiorcze określenie wymogów technicznych, musi być zatem oceniane w każdym przypadku indywidualnie w zależności od rodzaju i zakresu działalności gospodarczej. Nie oznacza to jednak konieczności zakończenia procesu inwestycyjnego (rozumianego jako czynność wieloetapowa, złożona)¹¹⁵, ale wykazania pewnej gotowości technicznej warunkującej prawidłowe wykonywanie działalności zgodnie z koncesją.

W wyroku z 28 lutego 2008 r. Sąd Ochrony Konkurencji i Konsumentów uznał, że ocena możliwości technicznych dotyczących prowadzenia stacji paliw obejmuje w szczególności tytuł prawny do nieruchomości, na której znajduje się stacja, zgodność obiektu budowlanego z wymogami Prawa budowlanego oraz możliwość dysponowania instalacjami i urządzeniami gwarantującymi prawidłowe wykonywanie działalności gospodarczej¹¹⁶.

Kolejną przesłanką wydania koncesji w u.p.e. jest zapewnienie zatrudnienia osób o właściwych kwalifikacjach zawodowych. Przepis ten nie może stanowić podstawy uzależnienia wydania koncesji od zatrudnienia osób o właściwych kwalifikacjach¹¹⁷, zatem kwestie zatrudnienia należy odnosić do momentu rozpoczęcia działalności gospodarczej, a nie etapu ubiegania się o koncesję¹¹⁸. Koncesję zgodnie z art. 33 ust. 1 pkt 4 może otrzymać wnioskodawca, który „zapewni”, tj. „oświadczy komuś, że coś jest lub będzie na pewno” albo „sprawi, że coś się stanie lub ktoś uzyska coś”¹¹⁹. W praktyce udzielania koncesji od wnioskodawcy wymaga się złożenia stosownego oświadczenia, w którym zobowiązuje się on, że w chwili rozpoczynania działalności takie osoby będą zatrudnione¹²⁰.

Odrębną przesłankę odmowy udzielenia koncesji stanowi brak rękopmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej¹²¹, choć wprost ustawodawca nie przesądził o niej w przepisach u.s.d.g. Pośrednio o uznaniu braku rękopmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej, jako odrębnej przesłance odmowy udzielenia koncesji,

¹¹⁵ Podobnie T. Długosz, *Komentarz do art. 33 ust. 1 ustawy Prawo energetyczne*, w: *Prawo energetyczne. Komentarz*, pod red. M. Pawelczyka, Poznań 2012, s. 547.

¹¹⁶ Wyrok SOKiK z 28 II 2008 r., sygn. XVII AmE 121/07, <http://www.bip.ure.gov.pl> (dostęp: 30 IV 2014).

¹¹⁷ H. Palarz, *op. cit.*, s. 170.

¹¹⁸ A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *op. cit.*, s. 91.

¹¹⁹ *Słownik języka polskiego PWN*, <http://sjp.pwn.pl/szukaj/zapewni> (dostęp: 1 V 2014).

¹²⁰ Z. Muras, *Warunki...*, s. 1124.

¹²¹ K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia*, „Przegląd Ustawodawstwa Gospodarczego” 2005, nr 5, s. 2.

stanowić może treść art. 52 ust. 1 u.s.d.g., w której ustawodawca przesądza, iż w postępowaniu przetargowym mogą brać udział wyłącznie przedsiębiorcy, którzy spełniają warunki do udzielenia koncesji i dający rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją. Przesłanka ta może także wynikać z przepisów odrębnych ustaw, choć nie wprost¹²². W takim wypadku rękojmia stanowi nie tylko zapewnienie, że przedsiębiorca spełnia warunki wykonywania działalności, ale że będzie je spełniać w przyszłości. Jeżeli nawet ustawodawca nie do końca wyraźnie określa, czym jest owa rękojmia, to w przepisach regulujących warunki wykonywania działalności koncesjonowanej można odróżnić te warunki, które mają szczególne znaczenie, tj. odnoszą się do możliwości oceny przyszłego zachowania przedsiębiorcy. Wprowadzanie wymogu dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej może być uznane za wskazanie przedsiębiorcom, „iż w określonych sytuacjach oczekuje się od nich określonego sposobu postępowania”¹²³.

W praktyce uznaje się, że rękojmi należytego wykonywania działalności nie daje przedsiębiorca, który zalega z zapłatą składek na ubezpieczenie społeczne i zapłatą podatków, a tym samym nie spełnia warunku określonego w art. 33 ust. 1 pkt 2 u.p.e. pozwalającego udzielić promesy¹²⁴. Należy zauważyć, że dawanie rękojmi dotyczy zapewnienia prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej w przyszłości, ale na podstawie okoliczności, które jedynie uprawdopodobniają tę okoliczność. Tak więc przekonanie o dawaniu rękojmi odnosi się do sytuacji przyszłej, gdyż zawiera w sobie ocenę przedsiębiorcy dotyczącą jego działania już po uzyskaniu koncesji, ale sformułowaną na podstawie dotychczasowej, aktualnej wiedzy o tym konkretnym przedsiębiorcy¹²⁵.

Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej bywa też utożsamiana w doktrynie z warunkami wykonywania działalności gospodarczej¹²⁶. Z pewnością zwrot „rękojmia prawidłowego

¹²² A. Trela, op. cit., s. 97 i n.

¹²³ T. Kocowski, *Reglamentacja gospodarcza*, w: *Administracyjne prawo...*, s. 508–509. Zob. też Z. Duniewska, *Zakres regulacji prawa administracyjnego materialnego – wyznaczenie pojęcia instytucji tego prawa*, w: *Prawo administracyjne materialne*, seria *System Prawa Administracyjnego*, pod red. R. Hausera, Z. Niewiadomskiego, A. Wróbla, t. 7, Warszawa 2012, s. 171–177.

¹²⁴ Wyrok Sądu Okręgowego w Warszawie z 18 XI 2013 r., sygn. VII AmE 101/11, <http://orzeczenia.warszawa.so.gov.pl> (dostęp: 2 V 2014).

¹²⁵ A. Powałowski, *Komentarz do art. 50 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej*, <http://www.lex.pl> (dostęp: 3 I 2014).

¹²⁶ M.A. Waligórski, *Koncesje na działalność gospodarczą w prawie polskim*, Poznań 2009, s. 50.

wykonywania działalności koncesjonowanej” zakwalifikować należy do kategorii pojęć niedookreślonych, które uznawać można za „klauszulę generalną”¹²⁷.

Jak wcześniej zauważono, „względy polityki energetycznej”¹²⁸, a także bezpieczeństwa energetycznego¹²⁹ rozumianego jako „stan gospodarki umożliwiający pokrycie bieżącego i perspektywicznego zapotrzebowania odbiorców na paliwa i energię w sposób technicznie i ekonomicznie uzasadniony przy zachowaniu wymagań ochrony środowiska”, mimo że nie stanowią odrębnych i samodzielnych przesłanek, z pewnością mają znaczenie w postępowaniu o udzielenie koncesji. Prowadzenie działalności koncesjonowanej w zakresie unormowanym w u.p.e. powinno być zgodne z polityką energetyczną oraz względami bezpieczeństwa energetycznego.

Wprawdzie strategie i programy nie są źródłami prawa, ale są aktami programowymi skierowanymi do podmiotów odpowiedzialnych za realizację polityki rozwoju, określającymi projektowane i wykonawcze zadania oraz cele działania tych podmiotów w zakresie poszczególnych sektorów i obszarów oraz w określonej w tych dokumentach perspektywie czasowej¹³⁰. Trudno zatem przyjąć, że organ administracji odpowiedzialny za realizację polityki energetycznej jako części polityki rozwoju będzie podejmował decyzje (wydawał koncesje) sprzeczne z istotą tej polityki¹³¹. W orzecznictwie podkreśla się, iż akty stanowiące system realizacji polityki mogą być podstawą kontroli sprawowanej „łącznie z odpowiednimi przepisami prawa powszechnie obowiązującego”¹³².

W dokumencie uchwalonym przez Radę Ministrów „Polityka energetyczna Polski do 2030 roku” podkreślono, że realizacja polityki

¹²⁷ Szerzej A. Trela, op. cit., s. 84 i n.

¹²⁸ Szerzej M.A. Waligórski, *Polityka energetyczna państwa jako sektorowa polityka administracyjna*, „Biuletyn URE” 2008, nr 4, s. 73; F. Elżanowski, *Polityka energetyczna. Prawne instrumenty realizacji*, Warszawa 2008, s. 68.

¹²⁹ Szerzej M. Domagała, *Bezpieczeństwo energetyczne. Aspekty administracyjnoprawne*, Lublin 2008, s. 103 i n.; E. Kosiński, *Środki prawne regulacji sektora gazu ziemnego w Unii Europejskiej*, w: *Środki prawne publicznego prawa gospodarczego*, pod red. L. Kieresa, Wrocław 2007, s. 119; M. Rewizorski, R. Rosicki, W. Ostant, *Wybrane aspekty bezpieczeństwa energetycznego Unii Europejskiej*, Warszawa 2013, s. 23 i n.

¹³⁰ J. Jaśkiewicz, *Komentarz do art. 4 ustawy o zasadach prowadzenia polityki rozwoju*, stan prawny na 19 I 2014, <http://www.lex.pl> (dostęp: 3 I 2014).

¹³¹ Zob. też wyrok TK z 12 XII 2011 r., sygn. P 1/11, s. 19 i n., <http://isap.sejm.gov.pl/Download?id=WDU20112791644&type=1> (dostęp: 11 V 2014).

¹³² Wyrok Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego (WSA) w Warszawie z 5 V 2010 r., sygn. V SA/Wa 451/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/912E14EF34> (dostęp: 12 V 2014).

energetycznej ma zwiększyć bezpieczeństwo energetyczne kraju, przy zachowaniu zasady zrównoważonego rozwoju. Polityka energetyczna wpisuje się także w priorytety „Strategii rozwoju kraju 2007–2015” i odpowiada celom odnowionej Strategii Lizbońskiej oraz Strategii Zrównoważonego Rozwoju Unii Europejskiej: zakłada poprawę efektywności energetycznej, wzrost bezpieczeństwa dostaw paliw i energii, dywersyfikację struktury wytwarzania energii elektrycznej, rozwój wykorzystania odnawialnych źródeł energii, rozwój konkurencyjnych rynków paliw i energii, a także ograniczenie oddziaływania energetyki na środowisko¹³³.

Obecnie trwają prace nad strategią „Bezpieczeństwo energetyczne i środowisko”, obejmującą dwa niezwykle istotne dla gospodarki obszary, tj. energetykę i środowisko. Celem strategii ma być ułatwianie sprzyjającego środowisku wzrostu gospodarczego w Polsce poprzez zapewnienie dostępu do energii (bezpieczeństwa energetycznego) oraz do nowoczesnych, w tym innowacyjnych, technologii, a także wyeliminowanie barier administracyjnych. Strategia ta jest jedną z dziewięciu zintegrowanych strategii rozwoju¹³⁴. Z jednej strony uszczegóławia postanowienia średniookresowej strategii rozwoju kraju („Strategia Rozwoju Kraju 2020 r.”) w dziedzinie energetyki i środowiska, z drugiej zaś – stanowi ogólną wytyczną dla „Polityki energetycznej Polski” i „Polityki ekologicznej Państwa” oraz innych programów rozwoju, które staną się elementami systemu realizacji strategii „Bezpieczeństwo energetyczne i środowisko”. Należy także podkreślić, że strategia ta współgra z celami rozwojowymi określonymi na poziomie wspólnotowym, ujętymi przede wszystkim w dokumencie „Europa 2020 – Strategia na rzecz inteligentnego i zrównoważonego rozwoju sprzyjającego włączeniu społecznemu”¹³⁵.

Opisane powyżej przesłanki udzielenia koncesji (wydania – jak stanowi u.p.e.) z pewnością mają wpływ na okres, na jaki udziela się koncesji. W myśl art. 36 u.p.e. koncesji udziela się na czas oznaczony, nie krótszy niż 10 lat i nie dłuższy niż 50 lat. Jak słusznie zauważono, w praktyce Prezes URE, udzielając koncesji, bierze pod uwagę politykę energetyczną państwa i jest ona uwzględniana w odniesieniu do maksymalnego okresu obowiązywania koncesji¹³⁶. Niewątpliwie czas,

¹³³ Uchwała Rady Ministrów nr 202/2009 w sprawie Polityki energetycznej Polski do 2030 r. Załącznik do Uchwały nr 157/2010 z 29 IX 2010 r.

¹³⁴ Informacja na stronie BIP Ministerstwa Gospodarki, <http://bip.mg.gov.pl/node/19680> (dostęp: 10 V 2014).

¹³⁵ Ibidem.

¹³⁶ Z. Muras, *Warunki...*, s. 1157–1158.

na jaki udzielana jest koncesja, powinien być także wynikiem oceny spełniania przez przedsiębiorcę warunków wykonywania działalności gospodarczej i dawania rękojmi prawidłowego jej wykonywania. Inaczej mówiąc, powinien to być wynik prognozowania, uwzględniający kwestie polityki energetycznej, bezpieczeństwa energetycznego, warunków wykonywania działalności oraz gwarancji (rękojmi), jaką w tym zakresie daje przedsiębiorca. W tym znaczeniu ocena możliwości finansowych przedsiębiorcy powinna uwzględniać stan majątkowy przedsiębiorcy nie tylko na dzień wydania decyzji, ale także w przyszłości. Podobnie można stwierdzić, że możliwości techniczne powinny gwarantować wykonywanie działalności w okresie ważności koncesji, w związku z czym organ koncesyjny może, a nawet powinien, zakładać rozwój inwestycyjny z uwzględnieniem polityki energetycznej i zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego.

Luz decyzyjny w prawie energetycznym ma szczególny charakter, dotyczy bowiem zarówno stosowania uznania administracyjnego, jak i wykładni pojęć niedookreślonych¹³⁷ o szczególnym znaczeniu, tj. odnoszących się do przyszłych zachowań przedsiębiorcy (rękojmia prawidłowego wykonywania działalności). Działania organu administracji są zatem nakierowane na ocenę skutków prawnych, które mogą wystąpić w określonym przez organ administracji terminie (okresie ważności koncesji). Uzasadnienie tego typu rozstrzygnięcia z pewnością zawęży luz decyzyjny i przemawia za uznaniem koncesji w u.p.e. za akt związany, choć charakter poszczególnych przesłanek udzielenia koncesji z pewnością pozostawia Prezesowi URE istotny zakres swobody¹³⁸. Stosowanie uznania administracyjnego i pojęć niedookreślonych jest często spotykane w praktyce w odróżnieniu od przewidywania w decyzji administracyjnej zachowań przyszłych (swoboda prognozowania).

Jeśli chodzi o kontrolę sądową decyzji podejmowanych w trybie uznania administracyjnego, to podlega jej jedynie to, „czy wydanie decyzji zostało poprzedzone prawidłowo prowadzonym postępowaniem z zachowaniem procedury administracyjnej, zwłaszcza szczegółowym ustaleniem stanu faktycznego. Natomiast ocena pod kątem kryteriów słuszności i celowości prowadzona jest wyłącznie w zakresie – czy organy administracji nie przekroczyły granicy uznania administracyjnego. Oczywiście jest, że podejmowanie decyzji opartych na uznaniu

¹³⁷ Zob. T. Długosz, *Szczególna regulacja...*, s. 194.

¹³⁸ Z. Muras, M. Swora, *Nakazanie dalszego prowadzenia działalności*, w: *Prawo energetyczne*, pod red. M. Swory, Z. Murasa, s. 1080–1081.

administracyjnym nie może oznaczać dowolności i arbitralności. Zakres uznania wyznaczony jest zawsze normami kompetencyjnymi, przepisami o postępowaniu administracyjnym i przepisami prawa materialnego. Wydając decyzje o charakterze uznaniowym, organ jest związany nie tylko przepisem, ale i celem określonej regulacji¹³⁹. Oznacza to, że sądowa kontrola tego typu decyzji obejmuje samo postępowanie poprzedzające jego wydanie, ale już nie rozstrzygnięcie będące wynikiem dokonania przez właściwy organ wyboru jednego z możliwych sposobów rozstrzygnięcia sprawy.

Z kolei kontrola legalności decyzji wydawanych na podstawie przepisów zawierających pojęcia niedookreślone nie może ograniczać się „do rozważań, czy dokonana przez organ administracji publicznej ocena okoliczności sprawy nie nosi cech dowolności lub nie przekroczyła granic swobody interpretacji tych określeń. Pojęcia niedookreślone (niekiedy nazywane też nieostrymi) bardzo często zapożyczone są z języka potocznego; przez umieszczenie ich w tekście prawnym stają się pojęciami prawnymi. Ich treść może, ale nie musi wówczas odpowiadać dotychczasowemu znaczeniu. Wykładnia pojęć niedookreślonych podlega w pełnym zakresie kontroli sądowej. Kontrola ta nie musi być tylko dokonywana niejako od strony negatywnej, tj. przez wskazanie, czego organ nie uwzględnił przy interpretacji bądź co dodatkowo mieści się w jej zakresie”¹⁴⁰.

Wyżej przedstawione poglądy są ugruntowane w orzecznictwie i dlatego nie do przyjęcia jest twierdzenie, że sądowa kontrola administracji ma charakter pełny i że nie są z niej wyłączone ani decyzje oparte na uznaniu administracyjnym, ani te zawierające pojęcia niedookreślone¹⁴¹.

W nauce niemieckiej prawa nie ma wątpliwości, iż zupełna kontrola sądowa jest tylko pewnym wzorcem podstawowym, a jej ograniczenia muszą być ustalone normatywnie i nie mogą być usprawiedliwione mocno „prognostycznym charakterem jakiegoś rozstrzygnięcia”¹⁴². Co słusznie zauważono, „upoważnienia administracji do ostatecznego rozstrzygnięcia nie wykluczają sądowej kontroli, lecz redukują jej intensywność” ,

¹³⁹ Wyrok NSA z 18 III 2011 r., sygn. I OSK 2064/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/258B31FF51> (dostęp: 7 V 2014).

¹⁴⁰ Wyrok WSA w Warszawie z 20 IV 2010 r., sygn. II SA/Wa 51/10, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/53585F3915> (dostęp: 7 V 2014).

¹⁴¹ Wyrok NSA z 27 VIII 2009 r., sygn. I OSK 1306/08, <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/E6ABCDEFA0> (dostęp: 7 V 2014).

¹⁴² E. Schmidt-Assman, op. cit., s. 276.

zatem dla upoważnień, np. w zakresie prognozowania, konieczne jest wypracowanie pewnych siatek kontroli, nazywanych także modelem wyważania. Model ten składa się z dwóch etapów. W pierwszym zostają zbadane określone prawne założenia upoważnienia ustawowego, które mają podlegać pełnej kontroli sądowej. W drugim natomiast – kontrola nastawiona jest na pojęcia dyrektyw wyważania, wyważany materiał oraz samo wyważanie¹⁴³. Przez „dyrektywę wyważania” należy rozumieć „upoważnienia konkretyzacji, które przy wyborze materiału kierują administracją w spojrzeniu na wynik całościowy i otwierają się tylko na ograniczoną kontrolę”¹⁴⁴. Stany faktyczne materiału wyważania podlegają kontroli sądowej z uwzględnieniem „uzasadnionego w prawie materialnym szczególnego zobowiązania ustalania przez władzę” i mogą być „kwestionowane w rezultacie dużego nakładu argumentacji”¹⁴⁵. Z kolei kontrola samego wyważania odnosi się do jego przebiegu i widocznych w nim czynników uzasadnienia. Dopiero kiedy uzasadnienie opierać się będzie na rzeczowo prawidłowych wyważeniach, sąd będzie mógł je uznać za prawidłowe¹⁴⁶.

Podsumowanie

Swoboda prognozowania rozumiana jako szczególny rodzaj luzu decyzyjnego upoważniający organ administracji do oceny zebranych dowodów z punktu widzenia skutków istotnych nie tylko w chwili wydania decyzji administracyjnej, ale przede wszystkim w przyszłości (w okresie obowiązywania aktu) stanowi nowe wyzwanie badawcze w naukach prawnych. Pozwala spojrzeć na stosowanie prawa przez administrację publiczną z szerokiej perspektywy ujmującej nie tylko stan istniejący, ale głównie stan pożądaný, zamierzony i prognozowany na podstawie wielu okoliczności. Umiejętność prognozowania decyzji administracyjnej (przewidywania skutków prawnych na przyszłość) nie jest dowolna, jej granice wyznaczają normy prawa materialnego, pozostawiając jednak organowi administracji luz decyzyjny, wymagający dokładnego określenia celów i pod tym kątem „ważenia materiału dowodowego” tak, by osiągnąć zamierzony efekt.

¹⁴³ Ibidem, s. 279–280.

¹⁴⁴ Ibidem, s. 280.

¹⁴⁵ Ibidem.

¹⁴⁶ Ibidem.

Swoboda prognozowania z pewnością może być przedmiotem analizy na gruncie przepisów u.p.e. Wydanie koncesji w u.p.e. wiąże się z koniecznością oceny warunków wykonywania działalności gospodarczej, rękojmi prawidłowego jej wykonywania, ale także uwzględnienia polityki energetycznej i zapewnienia bezpieczeństwa energetycznego państwa. Stąd w zasadzie organ administracji zobowiązany jest dokonać oceny istniejącego stanu, ale także stanu przyszłego, i prognozowania przyszłości. Inaczej mówiąc, organ winien dokonać oceny, czy przedsiębiorca w okresie obowiązywania koncesji będzie wykonywał działalność gospodarczą w sposób prawidłowy, a jednocześnie czy będzie realizował politykę energetyczną państwa w perspektywie krótkoterminowej, a może i długoterminowej¹⁴⁷.

Takie ujęcie sprawia, że kontrola „swobody prognozowania” w odróżnieniu od uznania administracyjnego będzie kontrolą „między” „uznaniem administracyjnym” a kontrolą „pełną”, w której ważenie dokonywane przez organ administracji winno podlegać wnikliwej ocenie. Ilość regulacji wpływającej na luz decyzyjny organu koncesyjnego w postępowaniu o udzielenie koncesji w u.p.e. jest znamienna. Uznanie administracyjne doznaje wprawdzie ograniczenia przez konieczność wykładni pojęć niedookreślonych, jednak odkodowanie normy prawnej nie może nie uwzględniać celu, w jakim przepisy zostały wydane. Przyjmowany także przez orzecznictwo wzorzec kontroli aktów niebędących źródłami prawa, mający być narzędziem realizacji kompetencji, także skłania do uznania, że wykładnia publicznego prawa gospodarczego oraz prawa administracyjnego wymaga wypracowania, a co najmniej poszukiwania, nowych metod uwzględniających specyfikę tego rodzaju stosunków prawnych.

PREMISES FOR GRANTING A CONCESSION CONTAINED IN THE ACT ON ENERGY LAW AND THE FREEDOM OF FORECASTING IN THE CONCESSION DECISION-MAKING PROCESS

Summary

It is increasingly frequent nowadays that tasks undertaken by public administration in the economic sphere are not, or cannot be, precisely defined. It may also be noted that the regulations of the decision-making process contain specific legal solutions

¹⁴⁷ W Ministerstwie Gospodarki prowadzone są prace nad „Projektem polityki energetycznej Polski do 2050 r.”, http://www.igcp.org.pl/system/files/2014_01_17_MG_DE_Zaproszenie_IGCP.pdf (dostęp: 10 V 2014).

which impose on the administrative body a duty to establish and assess the actual state of affairs and to refer to the intended one. In German science of public law, such manner of setting standards or regulating tasks of public administration is termed 'freedom to predict'.

This subject is analysed in the practical as well as theoretical sphere. Thus, it was first necessary to focus on the legal forms of the functioning of public administration, different 'gaps', or freedoms in deciding by administrative bodies, and the judicial (court) manner of their supervision.

Provisions of the Energy law of 10 April 1997 are certainly a reflection of the regulation of this 'freedom to predict'. The authoress places this freedom within the framework of discretionary powers requiring an assessment of a situation in the context of the intended (future) condition. The following have been analysed: availability of financial resources guaranteeing that the applicant will be capable of proper conduct of economic activity, and documenting the possibility of procuring the necessary funds, availability of technical resources ensuring proper execution of business, human resources and availability of appropriately qualified personnel. Another premise is a warranty of performance of the activity under concession, including observance of energy safety and energy policy provisions.

Finally, reader's attention is drawn to the differences in judicial supervision of acts-at-law taken in the process of administrative approval and freedom to predict.

Keywords: concession – predicting – underspecified concepts – discretion – energy law