

Konrad Kopystyński

*Wydział Prawa, Administracji i Ekonomii
Uniwersytet Wrocławski*

Brak rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej jako negatywna przesłanka przyznania koncesji

Absence of a guarantee of proper performance of activity
under concession as a negative premise of granting a concession

Streszczenie

Okoliczność braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej należy uznać za negatywną przesłankę przyznania koncesji, choć nie została ona ujęta wprost w katalogu grupującym negatywne przesłanki z ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Za przyjęciem takiego stanowiska przemawia analiza przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej dotyczących rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej, a także przepisów obejmujących pozostałe negatywne przesłanki przyznania koncesji. Stanowisko to nie stoi jednocześnie w sprzeczności z zasadą wolności gospodarczej.

Słowa kluczowe

rękojmia, koncesja, przesłanka, działalność gospodarcza, przyznawac

Abstract

The circumstance of an absence of a guarantee of proper performance of activity under concession should be considered as a negative premise of granting a concession, although it is not reflected in a catalogue including negative premises of granting concession, which is regulated in the Act of Freedom of Economic Activities. Deliberations on provisions relating to a guarantee of a proper performance of activity under concession and provisions including other negative premises of granting a concession argue in favor of adopting that position. At the same time, that position is not contrary to the principle of economic freedom.

Keywords

guarantee, concession, premise, economic activity, grant

1. Wstęp

Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej¹, regulując instytucję koncesji, wymienia m.in. negatywne przesłanki jej przyznania. Są to okoliczności prawne lub faktyczne, których stwierdzenie na etapie badania wniosku o przyznanie koncesji, stanowi lub też może stanowić podstawę wydania decyzji odmownej. Wśród negatywnych przesłanek przyznania koncesji ustawodawca nie wskazał wprost okoliczności braku dawania przez przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej. Niemniej, w orzecznictwie występuje pogląd, zgodnie z którym brak dawania rękojmi stanowi negatywną przesłankę przyznania koncesji². Nie jest to jednak stanowisko jednolite, a nawet dominujące³. Także w piśmiennictwie przeważa stanowisko, zgodnie z którym brak dawania rękojmi nie może stanowić samodzielnej podstawy odmowy przyznania koncesji⁴. Niniejsze opracowanie ma na celu zbadanie, czy zasadne jest zaliczenie braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej do negatywnych przesłanek przyznania koncesji pomimo braku wyraźnego uregulowania tej okoliczności w ustawowym katalogu obejmującym te przesłanki. Niezbędne do tego będzie przeprowadzenie analizy przepisów ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak również innych aktów normatywnych, a także odwołanie się do poglądów wyrażonych w doktrynie i orzecznictwie w odniesieniu do zagadnienia rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej.

W tym miejscu zaznaczyć trzeba, iż obecnie (tj. 28 lutego 2018 r.) w parlamencie trwają prace legislacyjne, w związku z którymi planowane jest uchycenie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej i zastąpienie jej kilkoma innymi ustawami, w tym ustawą z dnia 26 stycznia 2018 r. – Prawo przedsiębiorców (projekt). Ustawa ta na dziś nie została jednakże jeszcze uchwalona i nie można przewidzieć, w jakim dokładnie kształcie (oraz czy w ogóle) wejdzie ona w życie. Rozważania zawarte w niniejszym opracowaniu opierają się zatem na stanie prawnym aktualnym w momencie jego pisania.

2. Pojęcie koncesji oraz negatywne przesłanki jej przyznania

Koncesja należy do podstawowych pojęć administracyjnego prawa materialnego, nie została jednakże zdefiniowana ustawowo. W ślad za Sądem Najwyższym wskazać należy,

¹ Dz. U. z 2017 r., poz. 2168, dalej jako: u.s.d.g. lub ustawa o swobodzie działalności gospodarczej.

² Patrz: wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/07, LEX nr 1645903; postanowienie SN z dnia 4 lipca 2012 r., III SK 1/12, LEX nr 1238105.

³ Patrz: wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., III SK 71/15, LEX nr 2254781; wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

⁴ A. Powałowski, [w:] A. Powałowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC grupa Wolters Kluwer, Warszawa 2009, s. 225.

iż jest ona publicznoprawnym uprawnieniem podmiotowym, przyznawanym w drodze decyzji administracyjnej, indywidualnie oznaczonemu podmiotowi, spełniającemu ustawowo unormowane warunki wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej⁵. W piśmiennictwie uwydatnia się także inne cechy koncesji, takie jak jej niezbywalność⁶ oraz konstytutywny charakter⁷. Koncesjonowanie jest natomiast środkiem reglamentacyjnym, ograniczającym swobodę prowadzenia działalności gospodarczej określonego rodzaju⁸. Podkreśla się przy tym kwalifikowany charakter koncesji, dotyczy ona bowiem rodzajów działalności gospodarczej o szczególnym znaczeniu dla państwa ze względu na konieczność ochrony jego strategicznych interesów, w tym bezpieczeństwa państwa i obywateli⁹. W ujęciu historycznym koncesjonowane rodzaje działalności gospodarczej objęte były tradycyjnie państwowym monopolem, dlatego też koncesję traktować można jako swoiste odstępianie od prawnego monopolu państwa w danej sferze¹⁰. Wreszcie, koncesja jest aktem w znacznej mierze opartym na uznaniu administracyjnym¹¹, przy czym uznanie to odnosić się będzie zarówno do samego rozstrzygnięcia w sprawie udzielenia, zmiany lub cofnięcia koncesji (które w znacznej mierze ma charakter fakultatywny), jak również interpretacji licznych pojęć nieostrych, występujących w przepisach dotyczących koncesji.

Koncesja w istotnym zakresie unormowana jest przepisami ustawy o swobodzie działalności gospodarczej. Przepisy te określają m.in. zestawienie negatywnych przesłanek przyznania koncesji, wyrażone w art. 56 ust. 1 u.s.d.g. Ujęte w tym przepisie przesłanki mają charakter ogólny i znajdują zastosowanie we wszystkich sprawach o udzielenie koncesji, niezależnie od jej rodzaju. Katalog przesłanek ogólnych uzupełniany jest natomiast przesłankami dotyczącymi koncesji na wykonywanie określonego rodzaju działalności gospodarczej, które to przesłanki uregulowane są każdorazowo w ustawach szczególnych. Występowanie tych przesłanek zostało zaznaczone poprzez odwołanie z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g.

Dla porządku w tym miejscu przytoczyć należy, iż do odrębnych ustaw zawierających negatywne przesłanki przyznania koncesji na określony rodzaj działalności gospodarczej należą:

- 1) ustawa z dnia 9 czerwca 2011 r. – Prawo geologiczne i górnicze¹²,

⁵ Patrz: wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, Legalis nr 42191.

⁶ C. Kosikowski, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 10, s. 5.

⁷ T. Szanciło, *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3, s. 36.

⁸ J. Boć, *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000, s. 317.

⁹ T. Kocowski, *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009, s. 273.

¹⁰ C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Wydawnictwa Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych Kraków 1996, s. 26.

¹¹ K. Klecha, *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2009, s. 250.

¹² Dz. U. z 2017 r., poz. 2126.

- 2) ustawa z dnia 10 kwietnia 1997 r. – Prawo energetyczne¹³,
- 3) ustawa z dnia 22 sierpnia 1997 r. o ochronie osób i mienia¹⁴,
- 4) ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji¹⁵,
- 5) ustawa z dnia 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 policyjnym¹⁶,
- 6) ustawa z dnia 3 lipca 2002 r. – Prawo lotnicze¹⁷,
- 7) ustawa z dnia 19 listopada 2009 r. o grach hazardowych¹⁸.

Trzeba jednakże odnotować, iż żadna z wymienionych ustaw nie posługuje się pojęciem rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności, ani tym bardziej nie kwalifikuje tej okoliczności jako przesłanki uzyskania koncesji, za wyjątkiem ustawy Prawo geologiczne i górnicze. Ustawa ta w treści art. 49k ust. 1 pkt 3 odnosi się do należytej rękojmi wykonywania działalności w zakresie poszukiwania i rozpoznawania złóż węglowodorów oraz wydobywania węglowodorów ze złóż albo wyłącznie wydobywania węglowodorów ze złóż. W świetle tej ustawy rękojmia, w odniesieniu do finansowych możliwości przedsiębiorcy, stanowi jedno z kryteriów przetargu, którego przeprowadzenie stanowi początkowy etap postępowania o udzielenie koncesji na poszukiwanie i rozpoznawanie złoża węglowodorów oraz wydobywanie węglowodorów ze złoża lub koncesji na wydobywanie węglowodorów ze złoża. Z jednej strony zatem rękojmia na gruncie tej ustawy również nie stanowi ogólnej przesłanki koncesji na wszystkie rodzaje koncesjonowanej działalności gospodarczej przewidziane ustawą (jest ich bowiem znacznie więcej niż działalność odnosząca się do złóż węglowodorów, pełen katalog rodzajów koncesjonowanych działalności wymienia art. 21 ust. 1 ustawy). Z drugiej natomiast strony, także w świetle ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, pojęcie rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej zostało wykorzystane przy okazji ukształtowania warunków zarządzenia przetargu w sytuacji, gdy liczba koncesji przewidzianych do udzielenia jest ograniczona (stosownie do brzmienia art. 52 ust. 1 u.s.d.g.), co zostanie szerzej rozwinięte w dalszej części opracowania.

W doktrynie dominuje stanowisko o wyczerpującym charakterze katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g.¹⁹ Wskazuje się przy tym, iż wykładnia rozszerzająca wzmiankowanego przepisu jest niedopuszczalna w świetle obowiązywania konstytucyjnej zasady wolności

¹³ Dz. U. z 2017 r., poz. 220.

¹⁴ Dz. U. z 2017 r., poz. 2213.

¹⁵ Dz. U. z 2017 r., poz. 1414.

¹⁶ Dz. U. z 2017 r., poz. 290.

¹⁷ Dz. U. z 2017 r., poz. 959.

¹⁸ Dz. U. z 2016 r., poz. 471.

¹⁹ K. Kohutek, [w:] M. Brożyna i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2005, kom. do art. 56 u.s.d.g.

gospodarczej²⁰, z której wynika swoboda prowadzenia działalności gospodarczej. Wymóg uprzedniego uzyskania koncesji w celu wykonywania określonego rodzaju działalności gospodarczej niewątpliwie stanowi ograniczenie tej swobody, a przez musi być traktowany w kategoriach wyjątku od obowiązującej zasady. Wyjątki zaś winny być traktowane zawężająco, w myśl zasady *exceptiones non sunt extendendae*. Za takim poglądem przemawiają też powiązane z powyższą zasadą względy pewności co do treści rozstrzygnięcia wydanego w sprawie.

Nie kwestionując generalnej słuszności wyżej przytoczonych uwag o niedopuszczalności stosowania wykładni rozszerzającej w stosunku do norm zawierających ograniczenia zasady wolności gospodarczej, wskazać należy, że kwestia otwartości katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. zdaje się być w znacznej mierze problemem jedynie teoretycznym z uwagi na treść samych przesłanek w nim ujętych. Z jednej bowiem strony przesłanka z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g. zawiera wyraźne odesłanie do ustaw szczególnych i każe tam poszukiwać dodatkowych okoliczności mogących stanowić podstawę decyzji odmownej w sprawie o udzielenie koncesji. Z drugiej zaś strony, również przesłanka z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. obejmuje kolejne odesłanie, tym razem o charakterze wewnętrznym – do innych przepisów zawartych w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej. Niewątpliwie bowiem „warunki wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją określone w ustawie” obejmują także wymogi zawarte w tej ustawie (albo nawet – przede wszystkim w tej ustawie, odwołanie do odrębnych ustaw ujęte zostało wszakże we wspomnianej przesłance z art. 56 ust. 1 pkt 4 u.s.d.g.). Co więcej, analizowany przepis stanowi jedynie o „niespełnianiu” tych warunków. Nie wymaga natomiast, by miało ono kwalifikowany charakter, jak to jest choćby w przypadku przesłanki cofnięcia koncesji, wyrażonej w art. 58 ust. 2 pkt 1 u.s.d.g., a polegającej na „rażącym [podkreślenie – K.K.] naruszeniu warunków wykonywania koncesjonowanej działalności”. Odwołanie zawarte w treści przesłanki negatywnej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. ma zatem charakter prosty, a dla jej zaktualizowania wystarczające jest niespełnienie przez przedsiębiorcę jakiegokolwiek warunku wykonywania koncesjonowanej działalności, niezależnie od ciężaru naruszonego warunku czy też natężenia naruszenia.

Zakres treściowy przesłanek ujętych w katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. jednoznacznie więc przesądza, iż okoliczności mogących stanowić materialną przeszkodę w udzieleniu koncesji szukać należy także poza tym przepisem, i to nie tylko wśród przepisów ustaw szczególnych. Tytułem przykładu można przytoczyć treść art. 61 u.s.d.g.: „przedsiębiorca, któremu cofnięto koncesję z przyczyn, o których mowa w art. 58 ust. 1 pkt 1 i ust. 2, może wystąpić z wnioskiem o ponowne udzielenie koncesji w takim samym zakresie nie wcześniej niż po upływie 3 lat od dnia wydania decyzji o cofnięciu koncesji”.

²⁰ Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

Nie ma wątpliwości, że przepis ten konstytuuje odrębną przesłankę negatywną udzielenia koncesji, o charakterze temporalnym²¹. Sprowadzać się ona będzie do sytuacji, w której nie upłynął termin trzyletni w dacie złożenia wniosku o przyznanie koncesji przez przedsiębiorcę, któremu wcześniej już ją cofnięto. Treść art. 61 u.s.d.g. dowodzi zatem, że negatywne przesłanki przyznania koncesji uregulowane zostały w treści ustawy także poza wyliczeniem z art. 56 ust. 1 u.s.d.g.

Powyższe rozważania mają istotne znaczenie dla uzyskania odpowiedzi na pytanie, czy brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej należy uznać za negatywną przesłankę przyznania koncesji. Okoliczność dotycząca rękojmi nie jest bowiem wprost wymieniona w katalogu przesłanek z art. 56 ust. 1 u.s.d.g. Jednakże po ustaleniu, iż materialne podstawy do wydania decyzji odmownej w sprawie udzielenia koncesji znajdują się także w przepisach umiejscowionych poza ramami tego katalogu, niezbędne jest w dalszej kolejności zbadanie, czy w treści ustawy o swobodzie działalności gospodarczej występuje przepis, z którego można wywieść negatywną przesłankę przyznania koncesji w oparciu o brak rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej.

3. Brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywna przesłanka przyznania koncesji

Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej nie jest pojęciem ustawowo zdefiniowanym. Można jednakże przyjąć, że rękojmię daje ten przedsiębiorca, w stosunku do którego istnieje uzasadnione przekonanie, że należycie będzie wykonywał koncesjonowaną działalność²². Ocena w przedmiocie występowania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej dokonywana jest w oparciu o informacje na temat cech, predyspozycji i dotychczasowego zachowania wnioskującego o wydanie koncesji przedsiębiorcy, jak również przy uwzględnieniu charakteru koncesjonowanej działalności gospodarczej²³. Kwestia rękojmi jest zatem pewnego rodzaju prognozą co do tego, jak przedsiębiorca będzie wywiązywał się ze swoich obowiązków związanych z wykonywaniem koncesjonowanej działalności gospodarczej już po uzyskaniu koncesji. Rękojmia stanowi w rezultacie swoistą gwarancję, że koncesjonariusz prowadził będzie działalność gospodarczą zgodnie z przepisami prawa, nie dopuszczając się przy tym nadużyć.

²¹ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 56 u.s.d.g.

²² A. Powałowski, *op. cit.*, s. 225.

²³ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/17, LEX nr 1645903.

Rękojmia prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jest pojęciem niedookreślonym²⁴, a jej występowanie lub brak w każdej sprawie należy badać *a casu ad casum* przy uwzględnieniu konkretnych okoliczności prawno-faktycznych. Niemniej, tradycyjnie do okoliczności przesądzających o braku dawania rękojmi zalicza się fakt uprzedniego naruszenia przez przedsiębiorcę przepisów ustawy mającej związek z przedmiotem prowadzonej przez niego działalności gospodarczej²⁵. Inną okolicznością wpływającą na ocenę w przedmiocie rękojmi jest ogólna kondycja finansowa przedsiębiorcy²⁶ czy też fakt jego uprzedniej karalności²⁷. Z drugiej strony, przykładowo, pojedynczy przypadek stwierdzenia wprowadzenia do obrotu paliwa niespełniającego norm przez przedsiębiorcę działającego w branży paliwowej od wielu lat nie przesądza jeszcze o braku dawania przez tego przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności w zakresie obrotu paliwami²⁸.

Jak już zostało wspomniane, brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej nie został ujęty w katalogu grupującym negatywne przesłanki przyznania koncesji. Należy jednak zauważyć, że przesłanka taka była unormowana w art. 20 ust. 6 nieobowiązującej już ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej²⁹. Zgodnie z treścią przywołanego przepisu odmowa udzielenia koncesji mogła nastąpić, gdy przedsiębiorca nie dawał rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej. Kolejna ustawa, także już nieobowiązująca, z dnia 19 listopada 1999 r. – Prawo działalności gospodarczej³⁰, przesłanki takiej już nie ujmowała. Argument z wykładni historycznej przemawia więc za tym, by na gruncie obecnie obowiązującego stanu prawnego nie traktować rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji. Kolejne działania ustawodawcy mogą bowiem świadczyć, iż jego wolą było uniezależnienie rozstrzygnięcia o przyznaniu koncesji od okoliczności dawania rękojmi przez wnioskującego o koncesję przedsiębiorcę. Brak ujęcia tej okoliczności w katalogu negatywnych przesłanek w ustawie z dnia 19 listopada 1999 r. było wyraźną zmianą w porównaniu z uregulowaniem zawartym w ustawie uprzednio obowiązującej, a nadto zostało utrzymane na gruncie obecnie obowiązującej ustawy, co zdaje się tylko potwierdzać kierunek obrany przez ustawodawcę.

²⁴ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., VI SA/Wa 1212/10, LEX nr 737911; także: C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, wyd. VII, LexisNexis, 2013, LEX, kom. do art. 50, nb. 2.

²⁵ Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/17, LEX nr 1645903.

²⁶ Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2016 r., VI ACa 208/15, LEX nr 2053893.

²⁷ Wyrok SOKiK z dnia 4 kwietnia 2007 r., XVII Ame 166/06, LEX nr 1724308.

²⁸ Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2007 r., VI ACa 187/07, LEX nr 1645936.

²⁹ Dz. U. Nr 41, poz. 324 z późn. zm.

³⁰ Dz. U. Nr 101, poz. 1178 z późn. zm.

Mając na uwadze powyższe argumenty odwołujące się do wykładni historycznej, nie można jednakże pominąć tego, że w treści obecnie obowiązującej ustawy o swobodzie działalności gospodarczej nie zrezygnowano całkowicie z normatywnego wykorzystania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Pojęcie to pojawia się w niej dwukrotnie. Stosownie do dyspozycji art. 50 pkt 2 u.s.d.g.: „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”. Z kolei w myśl art. 52 ust. 1 u.s.d.g.: „jeżeli liczba przedsiębiorców, spełniających warunki do udzielenia koncesji i dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, organ koncesyjny zarządza przetarg, którego przedmiotem jest udzielenie koncesji”.

Z treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wyprowadzić można kompetencję organu koncesyjnego do badania kwestii rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej u przedsiębiorcy ubiegającego się o uzyskanie koncesji. Z przytoczonego przepisu, ani z żadnego innego, nie wynika jednakże wprost, że w razie stwierdzenia, iż przedsiębiorca nie daje rękojmi, można w oparciu o to odmówić udzielenia mu koncesji. Z drugiej strony, nasuwa się pytanie o sens tego uregulowania, skoro ustawodawca nie powiązał wspomnianej kompetencji organu ze skutkiem w postaci możliwości wydania na tej podstawie decyzji negatywnej w przedmiocie przyznania koncesji. Wskazuje się w doktrynie, że kompetencję organu koncesyjnego do sprawdzenia faktów pod kątem dawania przez przedsiębiorcę rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej należy wiązać z treścią art. 52 pkt 1 u.s.d.g., normującego warunki zarządzenia przetargu³¹. Jedną z przesłanek wykorzystania trybu przetargowego istotnie dotyczy liczby przedsiębiorców legitymujących się rękojmią prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Można mieć jednakże poważne wątpliwości, czy opisana kompetencja organu koncesyjnego określona w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. rzeczywiście ogranicza się jedynie do sytuacji, kiedy należy zbadać warunki niezbędne do zarządzenia przetargu o udzielenie koncesji.

Wymaga podkreślenia, że odesłanie do stosowania art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w odniesieniu do rękojmi w zakresie wyznaczonym wyłącznie przez art. 52 ust. 1 u.s.d.g. nie znajduje żadnej wyraźnej podstawy ustawowej, a wynika jedynie z faktu, iż oba przepisy jako jedyne na gruncie ustawy o swobodzie działalności gospodarczej posługują się pojęciem

³¹ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.; także: wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej³². Co więcej, obok rękojmi, w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. ustawodawca używa także pojęcia „warunków wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją”, które to pojęcie również powtórzone jest następnie w treści art. 52 ust. 1 u.s.d.g. (w takim samym kontekście jak rękojmia). W tym wypadku jednak nie ma wątpliwości, iż kompetencja organu koncesyjnego do sprawdzenia spełnienia przez przedsiębiorcę warunków wykonywanej działalności gospodarczej odnosi się do szerszego spektrum sytuacji niż tylko do tych związanych z zarządzaniem przetargu. Oczywiście jest bowiem, że właściwy organ zobowiązany jest badać spełnienie tych warunków każdorazowo przy rozstrzygnięciu sprawy o udzielenie koncesji, natomiast stwierdzenie ich niespełnienia stanowi jedną z negatywnych przesłanek przyznania koncesji, unormowaną w przepisie art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g.

Dalej, jak wynika z treści art. 52 ust. 1 u.s.d.g., okoliczność, iż liczba zainteresowanych uzyskaniem koncesji przedsiębiorców spełniających warunki do jej udzielenia jest większa niż liczba koncesji do udzielenia, sama w sobie nie stanowi jeszcze podstawy zarządzenia przetargu na udzielenie koncesji. Dopiero stwierdzenie, że liczba takich przedsiębiorców, jednocześnie dających rękojmię prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej, przewyższa liczbę koncesji przewidzianych do udzielenia, w efekcie wymaga zarządzania obligatoryjnego przetargu. Wprost wynika z tego, że brak dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej stanowi w takiej sytuacji przeszkodę w otrzymaniu koncesji. W oparciu o to można zatem okoliczność tę uznać za negatywną przesłankę udzielenia koncesji, jednakże o charakterze względnym – znajduje ona bowiem zastosowanie jedynie w ściśle określonym układzie postępowania, kiedy zachodzi potrzeba zarządzania przetargu w przedmiocie udzielenia koncesji³³. Trzeba w tym miejscu podkreślić, iż tryb przetargowy rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej ma charakter wyjątkowy, zasadą jest natomiast przeprowadzenie tradycyjnego postępowania wyjaśniającego z wykorzystaniem rozprawy administracyjnej. Wprowadzona tutaj instytucja przetargu nawiązuje do obrotu cywilnoprawnego, gdzie zasadniczym kryterium wyboru oferenta jest cena, jaką ten oferuje za dany towar lub usługę³⁴.

Więcej natomiast wątpliwości pojawia się przy rozważeniu hipotetycznej sytuacji, kiedy liczba koncesji przewidzianych do udzielenia jest mniejsza niż liczba przedsiębiorców spełniających formalne warunki jej uzyskania, ale jednocześnie większa niż liczba przedsiębiorców spełniających te warunki, którzy dodatkowo legitymują się da-

³² A. Powalowski, [w:] A. Powalowski (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC LEX, Warszawa 2007, kom. do art. 50 u.s.d.g., nb. 3.

³³ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.; także: wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

³⁴ C. Kosikowski, *Ustawa...*, kom. do art. 52, nb. 1.

waniem rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej objętej koncesją. Wykluczone jest wówczas zarządzenie przetargu, nie są bowiem spełnione warunki z art. 52 ust. 1 u.s.d.g. Mając natomiast na uwadze, iż tryb przetargowy w postępowaniu administracyjnym sam w sobie ma charakter wyjątkowy, niedopuszczalne jest jego wykorzystanie w przypadkach innych niż ustawowo określone. Nie ma natomiast żadnych przeciwwskazań, by w takiej sytuacji przeprowadzić rozprawę administracyjną, która z jednej strony ułatwi wybór koncesjonariuszy, z drugiej zapewni realizację innych zasad postępowania administracyjnego, takich jak zasada bezpośredniości, koncentracji dowodów, a w tym wypadku także zasada kontrydiktoryjności³⁵. Rodzi się natomiast w związku z tym pytanie: czy organ koncesyjny winien wówczas przy rozstrzygnięciu w przedmiocie koncesji brać pod uwagę kryterium dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej? Trzeba zauważyć, że przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym właściwy organ nie powinien brać tej kwestii pod uwagę, mogłoby spowodować, iż koncesję uzyskaliby przedsiębiorcy nie dający rękojmi kosztem przedsiębiorców ją dających (jeżeli w ocenie organu koncesyjnego ci pierwsi lepiej sprościliby pozostałym warunkom uzyskania koncesji). A przecież przedsiębiorcy nie dający rękojmi w takim wariantcie w ogóle nie zostaliby dopuszczeniu do przetargu o udzielenie koncesji, gdyby w ogólnym rozrachunku większa liczba wnioskodawców dawała rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej niż było koncesji do rozdysponowania. Pociągałoby to za sobą dość nielogiczny w swej wymowie wniosek, że okolicznością działającą w praktyce na niekorzyść przedsiębiorców dających rękojmi jest okoliczność braku dawania rękojmi u przedsiębiorców rywalizujących z nimi o uzyskanie koncesji.

Podkreślić w tym miejscu należy, iż nie do zaakceptowania w wyżej zarysowanej sytuacji byłoby przyjęcie rozwiązania polegającego na przyznaniu koncesji w pierwszej kolejności przedsiębiorcom legitymującym się rękojmią prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej, a dopiero następnie ocena wniosków reszty przedsiębiorców w celu rozdysponowania pozostałych, nieprzyznanych wcześniej koncesji. Rozwiązanie to tylko pozornie pozwala wyeliminować trudne do zaakceptowania w praktyce następstwa przedstawionego rozumowania. Zachowując konsekwencję, trzeba byłoby bowiem przyjąć, że skoro nie zachodzą warunki do zarządzenia przetargu, brak jest również podstaw do różnicowania ofert przy rozstrzygnięciu w oparciu o pozaustawowe kryterium, jakim jest okoliczność dawania rękojmi (mogłaby ona bowiem mieć w takim wypadku znaczenie prawne jedynie w specyficznej sytuacji procesowej związanej z koniecznością zarządzenia przetargu, zgodnie z brzmieniem art. 52 ust. 1 u.s.d.g.).

³⁵ B. Adamiak, [w:] A. Adamiak, J. Borkowski, *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 15, Legalis, C.H. Beck, Warszawa 2017, kom. do art. 89, nb 1.

Powyższe rozważania budzą poważne wątpliwości co do zasadności uznawania braku rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji tylko w razie zarządzenia przetargu. Przyjęcie takiego stanowiska wiązałoby się z trudnymi do zaakceptowania implikacjami w wymiarze funkcjonalnym. Nadto, skoro w ramach trybu przetargowego kryterium dawania rękojmi wprost zostało przez ustawodawcę uznane za istotne przy wyborze przyszłych koncesjonariuszy, brak jest przekonujących powodów, dla których należałoby takiej istotności mu odmówić przy rozstrzyganiu spraw o udzielenie koncesji w pozostałych przypadkach. Niezależnie bowiem od zastosowanego trybu (z wykorzystaniem przetargu czy bez) koncesja uprawnia do prowadzenia działalności gospodarczej w sferach o szczególnym znaczeniu dla państwa ze względu na jego strategiczne interesy. Kształtując przesłankę rękojmi przy wyborze koncesjonariuszy w ramach trybu przetargowego, ustawodawcy niewątpliwie przyświecał cel w postaci wzmocnienia ochrony interesu publicznego. Przejawia się on w umożliwieniu wykonywania działalności gospodarczej w newralgicznych dla państwa dziedzinach jedynie przedsiębiorcom dającym gwarancję, że należycie wywiążą się z wynikających z tego obowiązków. Pozbawiając okoliczności dotyczącej rękojmi relewantności prawnej przy rozstrzyganiu ogółu spraw o przyznanie koncesji, ustawodawca tym samym dopuściłby do nieuzasadnionego narażenia interesu publicznego w porównaniu z procedurą zakładającą skorzystanie z instytucji przetargu.

Zwrócić uwagę trzeba również na okoliczność, że w sytuacji ograniczonej liczby koncesji do rozdysponowania organ koncesyjny zobowiązany jest zbadać kwestię rękojmi prawidłowego wykonywania działalności koncesjonowanej przez każdego z wnioskodawców w sytuacji, gdy przedsiębiorców ubiegających się o uzyskanie koncesji, spełniających pozostałe warunki jej uzyskania, będzie więcej niż liczba przewidzianych koncesji, niezależnie od tego, czy liczba takich przedsiębiorców dających rękojmię ostatecznie również przewyższy liczbę koncesji do rozdysponowania. Co prawda zarządzenie przetargu w myśl art. 52 ust. 1 następuje wyłącznie w tym drugim przypadku, jednak, z oczywistych względów, żeby stwierdzić, że liczba przedsiębiorców dających rękojmię jest większa niż liczba koncesji przewidzianych do udzielenia, trzeba uprzednio zbadać istnienie tej rękojmi u każdego przedsiębiorcy. W efekcie nawet jeżeli finalnie nie zostaną spełnione warunki do zarządzenia przetargu, organ i tak będzie musiał dokonać ustaleń w przedmiocie występowania rękojmi u wszystkich wnioskodawców.

Nie jest przekonujący argument wysuwany dla uzasadnienia braku uznania rękojmi jako ogólnej przesłanki negatywnej przyznania koncesji, a odwołujący się do zasady wolności gospodarczej i wynikającego z niej zakazu stosowania wykładni rozszerzającej w stosunku do przepisów stanowiących wyjątek od tej zasady. Wymaga podkreślenia, że o ile podstawy wydania decyzji odmownej w sprawie o udzielenie koncesji mu-

szą być ustawowo określone, o tyle niekoniecznie muszą one zamykać się w katalogu z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., już bowiem w jego treści zawarte są odesłania zarówno do innych przepisów w ramach ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, jak również do odrębnych ustaw. Przepisem zawierającym materialną podstawę do odmowy wydania koncesji w oparciu o brak rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej jest art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. Przeprowadzona analiza nie dała podstaw do przyjęcia, że zastosowanie tego przepisu ogranicza się jedynie do sytuacji określonej w art. 52 ust. 1 u.s.d.g. związanej z przeprowadzeniem przetargu w sytuacji ograniczonej liczby koncesji do wydania. Podobnie wykluczyć należy koncepcję, stosownie do której przepis art. 50 pkt 2 u.s.d.g. ustanowiony został w związku z określonymi regulacjami ustaw szczególnych. Żadna z ustaw szczególnych nie określa bowiem rękojmi prawidłowego wykonywania działalności jako ogólnej przesłanki przyznania koncesji. W świetle tego uznać trzeba, iż kompetencja organu koncesyjnego do zbadania występowania u przedsiębiorcy rękojmi rozciąga się na wszystkie sprawy o udzielenie koncesji, bez jej zawężenia jedynie do przypadków związanych z koniecznością zarządzenia przetargu.

W tym miejscu zaznaczyć należy, iż z brzmienia art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wynika, że ustawodawca rozróżnia „warunki wykonywania działalności objętej koncesją” oraz „rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją”³⁶. Płyne z tego wniosek, że rękojmia nie jest jednym z warunków wykonywania koncesjonowanej działalności w rozumieniu art. 50 pkt 2 u.s.d.g. Co więcej, wskazuje się w orzecznictwie, że wykładnia pojęcia rękojmi winna być dokonywana w oparciu o inne czynniki niż te dotyczące pozostałych ustawowo określonych warunków uzyskania koncesji³⁷. Jak się jednak wydaje, uwagi te nie stoją na przeszkodzie określeniu podstawy materialnej odmowy przyznania koncesji w art. 50 pkt 2 u.s.d.g. w zw. z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. (ten ostatni stanowi o niespełnianiu warunków działalności objętej koncesją określonych w ustawie). Podkreślić trzeba, iż art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. bardzo szeroko ujmuje warunki koncesjonowanej działalności gospodarczej – chodzi zarówno o warunki określone w samej ustawie, jak również szczególne warunki określone przez organ koncesyjny, w granicach odrębnych ustaw, w trybie art. 48 ust. 2 u.s.d.g. lub 51 ust. 1 u.s.d.g. Przy tak szerokim ujęciu warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej przez ustawodawcę trudno zakładać, iż jego wolą było pominięcie wśród nich rękojmi prawidłowego wykonywania działalności gospodarczej. Nadto, przynajmniej w ramach trybu przetargowego, unormowanego w art. 52 ust. 1 u.s.d.g., dawanie rękojmi stanowi niewątpliwie warunek dopuszczenia do przetargu (a przez to uzyskania kon-

³⁶ K. Kohutek, *op. cit.*, kom. do art. 50 u.s.d.g.

³⁷ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 listopada 2008 r., VI SA/Wa 315/08, LEX nr 1062475.

cesji) w rozumieniu materialnoprawnym, tj. należy traktować ją jako okoliczność prawną lub faktyczną, której zaistnienie jest niezbędne dla wywołania określonego skutku prawnego. Dlatego też wniosek o niedopuszczalności wiązania braku dawania rękojmi z przesłanką niespełniania ustawowych warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. jedynie w oparciu o zestawienie przez ustawodawcę tych warunków i rękojmi w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. trudno uznać za uzasadniony. Można natomiast przedstawić interpretację, w oparciu o którą wymienienie przez ustawodawcę w treści art. 50 pkt 2 u.s.d.g. obok warunków wykonywania koncesjonowanej działalności także pojęcia rękojmi miało na celu jedynie podkreślenie, że ta ostatnia także stanowi jeden z tych warunków.

Należy przy tym podkreślić, iż nawet przyjęcie stanowiska, zgodnie z którym rękojmią prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją nie stanowi jednego z warunków wykonywania koncesjonowanej działalności w rozumieniu art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g., nie stoi na przeszkodzie uznaniu art. 50 pkt 2 u.s.d.g. za podstawę samodzielnej przesłanki negatywnej udzielenia koncesji, bez potrzeby wiązania jej z art. 56 ust. 1 pkt 1 u.s.d.g. W dalszym ciągu jest to bowiem podstawa ustawowo określona, a jedynie znajdująca się poza katalogiem z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., podobnie zresztą jak choćby przesłanka z art. 61 u.s.d.g.

Nieprzekonującym argumentem przeciwko uznaniu rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej za negatywną przesłankę przyznania koncesji jest również odwołanie się do tego, iż odmowa udzielenia koncesji nie może nastąpić w oparciu o tak niejednoznaczną okoliczność, gdyż również w tym wymiarze godzi to w zasadę wolności gospodarczej oraz pewności wobec prawa³⁸. Wskazać należy, iż jedną z cech wyróżniających koncesję jest właśnie jej uznaniowość, występująca w znacznie szerszym wymiarze niż w przypadku pozostałych aktów reglamentacyjnych. Uznaniowy charakter koncesji przejawia się m.in. w ukształtowaniu przesłanek jej przyznania oraz cofnięcia w oparciu o pojęcia niedookreślone. Podkreślenia wymaga, iż postać klasycznej klauzuli generalnej przyjmuje negatywna przesłanka przyznania koncesji, dotycząca zagrożenia obronności lub bezpieczeństwa państwa lub obywateli³⁹, wyrażona w treści art. 56 ust. 1 pkt 2 u.s.d.g., a więc ujęta wprost w katalogu grupującym okoliczności stanowiące podstawy odmowy udzielenia koncesji. Co więcej, okoliczność ta stanowi jednocześnie przesłankę cofnięcia koncesji, unormowaną w dyspozycji art. 58 ust. 3 u.s.d.g. Wynika z tego, że ustawodawca wyraźnie dopuścił

³⁸ Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

³⁹ M. Sieradzka, [w:] M. Sieradzka, M. Zdyb, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX, Wolters Kluwer, Warszawa 2013, kom. do art. 56 u.s.d.g., nb. 4.

w przypadku koncesji występować negatywnych przesłanek jej przyznania oraz przesłanek cofnięcia w formie pojęć niedookreślonych o wysoce ocennym charakterze.

Wreszcie argument z wykładni historycznej, a nawiązujący do uregulowania kwestii rękojmi należytego wykonywania działalności gospodarczej jako negatywnej przesłanki przyznania koncesji na gruncie ustawy z dnia 23 grudnia 1988 r. o działalności gospodarczej, nie przesądza o zasadności poglądu, w myśl którego obecnie brak dawania rękojmi nie stanowi podstawy wydania decyzji odmownej w sprawie o przyznanie koncesji. W oparciu o wyżej przedstawione rozważania dotyczące art. 50 pkt 2 u.s.d.g. wskazać należy, iż to ten przepis zawiera w aktualnym stanie prawnym tę przesłankę. Mając to na uwadze, uzasadniona jest konstatacja, że ustawodawca nie tyle wyeliminował okoliczność braku dawania rękojmi spośród negatywnych przesłanek przyznania koncesji, co jedynie zmodyfikował treść przepisu ją konstytuującego, pozostawiając jednakże niezmienny skutek normatywny w postaci kompetencji organu koncesyjnego do odmowy udzielenia koncesji w oparciu o stwierdzenie braku rękojmi.

4. Wnioski

Okoliczność braku dawania rękojmi prawidłowego wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej nie została co prawda ujęta wprost w katalogu negatywnych przesłanek przyznania koncesji z art. 56 ust. 1 u.s.d.g., należy ją jednak uznać za samodzielną podstawę odmowy udzielenia koncesji w oparciu o treść art. 50 pkt 2 u.s.d.g. Przepis ten bowiem określa kompetencję organu koncesyjnego do zbadania występowania rękojmi u ubiegającego się o uzyskanie koncesji przedsiębiorcy, nadto jego zastosowanie nie ogranicza się jedynie do sytuacji, kiedy wymagane jest zarządzanie przetargu w trybie art. 52 ust. 1 u.s.d.g. W konsekwencji wyprowadzić można z niego normę konstytuującą samodzielną negatywną przesłankę przyznania koncesji. Rozwiązanie to jednocześnie nie pozostaje w nieuzasadnionej kolizji z zasadą wolności gospodarczej.

Bibliografia

Orzeczenia

Wyrok SN z dnia 8 maja 1998 r., III RN 34/98, Legalis nr 42191.

Wyrok SOKiK z dnia 4 kwietnia 2007 r., XVII Ame 166/06, LEX nr 1724308.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 6 czerwca 2007 r., VI ACa 187/07, LEX nr 1645936.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 12 grudnia 2007 r., VI ACa 1019/07, LEX nr 1645903.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 21 listopada 2008 r., VI SA/Wa 315/08, LEX nr 1062475.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 5 sierpnia 2010 r., VI SA/Wa 1212/10, LEX nr 737911.

Postanowienie SN z dnia 4 lipca 2012 r., III SK 1/12, LEX nr 1238105.

Wyrok WSA w Warszawie z dnia 20 maja 2015 r., VI SA/Wa 3504/14, LEX nr 2086071.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 23 czerwca 2015 r., VI ACa 1123/14, LEX nr 1814847.

Wyrok SA w Warszawie z dnia 15 kwietnia 2016 r., VI ACa 208/15, LEX nr 2053893.

Wyrok SN z dnia 9 lutego 2017 r., III SK 71/15, LEX nr 2254781.

Literatura

Adamiak A., Borkowski J., *Kodeks postępowania administracyjnego. Komentarz*, wyd. 15, Legalis, C.H. Beck Warszawa 2017.

Boć J., *Prawo administracyjne*, Kolonia Limited, Wrocław 2000.

Brożyna M. i in., *Swoboda działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX/el. 2005.

Klecha K., *Wolność działalności gospodarczej w Konstytucji RP*, C.H. Beck, Warszawa 2009.

Kocowski T., *Reglamentacja działalności gospodarczej w polskim administracyjnym prawie gospodarczym*, Kolonia Limited, Wrocław 2009.

Kosikowski C., *Koncesje w prawie polskim*, Wydawnictwa Instytutu Prawa Spółek i Inwestycji Zagranicznych, Kraków 1996.

Kosikowski C., *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, „Państwo i Prawo” 2004, z. 10.

Kosikowski C., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, wyd. VII, LexisNexis, 2013.

Powałowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Dom Wydawniczy ABC grupa Wolters Kluwer, Warszawa 2009.

Powałowski A. (red.), *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, ABC, LEX, Warszawa 2007.

Sieradzka M., Zdyb M., *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, LEX, Wolters Kluwer, Warszawa 2013.

Szanciło T., *Przedsiębiorca w prawie polskim*, „Przegląd Prawa Handlowego” 2005, nr 3.

