

Jacek Kołacz *

ZASADNOŚĆ KRYTERIUM WYSOKOŚCI OPŁATY PROPONOWANEJ PRZEZ UCZESTNIKÓW PRZETARGU, JAKO PODSTAWY UDZIELENIA KONCESJI

1. Wprowadzenie

Zgodnie z art. 52 ust. 1 ustawy o swobodzie działalności gospodarczej¹ (powoływana dalej jako s.d.g.u.), „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”. W wypadku więc, gdy liczba możliwych do udzielenia koncesji jest ograniczona, postępowanie koncesyjne obejmuje niejako dwa etapy²: wstępny, w ramach którego dokonywana jest ocena ubiegających się podmiotów pod względem spełnienia przez nie warunków do udzielenia koncesji oraz dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją, a następnie (o ile w wyniku przeprowadzenia pierwszego etapu nadal możliwych do udzielenia koncesji jest mniej niż ubiegających się o nie podmiotów) – etap właściwego przetargu koncesyjnego.

* Mgr Jacek Kołacz – doktorant w Katedrze Publicznego Prawa Gospodarczego, Uniwersytet Jagielloński w Krakowie.

¹ Ustawa z 2.7.2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej, tj. Dz.U. z 2007 r., Nr 155, poz. 1095 ze zm.

² Zob. K. Kohutek, *Instytucja koncesji w ustawie o swobodzie działalności gospodarczej – wybrane zagadnienia*, PUG 2005, nr 5, s. 3 i n.; A. Trela, *Postępowanie w sprawie udzielenia ograniczonej liczby koncesji*, RPEiS 2005, nr 4, s. 56–57.

W przetargu tym kryterium wyboru podmiotu (ewentualnie podmiotów), który otrzyma ostatecznie koncesję jest, zgodnie z art. 54 ust. 1 s.d.g.u., wysokość opłaty za udzielenie koncesji zadeklarowanej przez danego oferenta. Rozwiązanie to wskazuje, że koncesja staje się niejako zwykłym towarem o charakterze komercyjnym, który może być nabyty przez kontrahenta proponującego w zamian najkorzystniejsze warunki finansowe. Trudno wobec powyższego nie zgodzić się z wyrażanymi w doktrynie głosami krytyki wobec istniejącego rozwiązania³. Ze względu bowiem na szczególną rolę jaką odgrywa koncesja, jako środek władczej ingerencji państwa w gospodarkę, zasady jej przyznawania powinny być oparte na uwzględnieniu w pierwszej kolejności innych niż czysto ekonomiczne, kryteriów oceny potencjalnych koncesjonariuszy.

Celem niniejszego artykułu jest próba wskazania elementów, które powinny być *de lege ferenda* (a w pewnych wypadkach jak się wydaje także *de lege lata*) uwzględniane w ocenie wniosków koncesyjnych w ramach postępowania przetargowego, prowadzonego na podstawie art. 52 i n. s.d.g.u.

2. Koncesja jako szczególny rodzaj decyzji administracyjnej

Zgodnie z obowiązującą obecnie, wyrażoną *expressis verbis* przez art. 20 i 22 Konstytucji, a powtórzoną w art. 6 s.d.g.u., zasada⁴ swobody działalności gospodarczej podejmowanie, wykonywanie i zakończenie prowadzenia działalności gospodarczej jest dla każdego wolne na równych prawach, z zachowaniem wszelako ograniczeń wynikających z przepisów prawa. Jak słusznie podkreśla się w orzecznictwie⁵ zasada wolności gospodarczej jest regułą, a wszelkie od niej odstępstwa muszą wynikać z wyraźnych przepisów prawa i nie mogą być, zgodnie z zasadą *exceptiones non sunt extentendae*, interpretowane rozszerzająco. W wypadku jakichkolwiek wątpliwości domniemanie przemawiać musi za zastosowaniem zasady wolności gospodarczej, a nie – za jej ograniczeniem.

Jednym z ustawowych wyjątków od powyższej zasady jest reglamentacja swobodnego wykonywania pewnych rodzajów działalności o charakte-

³ C. Kosikowski, *Publiczne prawo gospodarcze Polski i Unii Europejskiej*, Warszawa 2004, s. 214, W. J. Katner, *Lepiej już było*, „Rzeczpospolita” nr 246 z 21.10.2003 r.

⁴ W niniejszym opracowaniu pojęcia: „wolność” oraz „swoboda” działalności gospodarczej stosowane będą synonimicznie. Zob. jednak M. Zdyb, *Prawo działalności gospodarczej. Komentarz*, Zakamycze 2000, s. 89–90 odnośnie zasadności dokonania takiego utożsamienia.

⁵ Zob. uzasadnienie uchwały składu 7 sędziów SN z 10.1.1990 r., III CZP 97/89.

rze gospodarczym poprzez wprowadzenie kwalifikowanego pozwolenia administracyjnego w formie koncesji⁶. O wyjątkowości instytucji koncesji w systemie gospodarki rynkowej świadczyć może jej szczególne ukształtowanie w s.d.g.u.

Zastosowanie koncesji ograniczone zostało ustawowo wyłącznie do enumeratywnie wymienionych dziedzin działalności. Katalog zawarty w art. 46 ust. 1 s.d.g.u. uznać należy za zamknięty, na co wyraźnie wskazuje norma statuowana przez ust. 3 powołanego artykułu. Nie jest więc w szczególności możliwe wprowadzenie nowych rodzajów działalności objętej koncesjonowaniem w drodze aktów normatywnych o charakterze podustawowym⁷. Zgodnie zaś z ust. 3 art. 46 s.d.g.u. ewentualne wprowadzenie nowych dziedzin działalności ograniczonej poprzez zastosowanie koncesji możliwe jest tylko w sytuacji wyjątkowej, gdy: dany branża (sektor działalności) ma szczególne znaczenie ze względu na bezpieczeństwo państwa lub obywateli albo inny ważny interes publiczny oraz, gdy wykonywanie danej działalności nie może mieć charakteru wolnego lub ograniczonego w sposób mniej restrykcyjny niż koncesja, a mianowicie – w formie uzyskania wpisu do rejestru działalności regulowanej albo zezwolenia.

W świetle tych postanowień w pełni uzasadniony wydane się wnioski, że także obszary, do których – *de lege lata* – stosuje się wymóg uzyskania koncesji mają charakter wyjątkowy⁸. Są to bowiem dziedziny związane nieodzownie z zapewnieniem bezpiecznego i sprawnego funkcjonowania państwa i jego obywateli.

Analiza katalogu wymienionego w art. 46 ust. 1 s.d.g.u. pozwala stwierdzić, że koncesjonowaniu podlegają dziedziny, które – ze względu na swoją specyfikę – wymagają szczególnego nadzoru administracyjnego. Dziedziny te wywodzą się zasadniczo z obszarów zmonopolizowanych historycznie przez państwo⁹, które zostały „otwarte” pod pewnymi warunkami dla podmiotów komercyjnych. Niewątpliwie jednak szersze udostępnienie tych sektorów dla działalności komercyjnej nie zniwelowało szczególnej roli, jaką pełnią one w całym systemie gospodarczym. Katalog dziedzin koncesjonowanych obejmuje bowiem m.in. takie obszary jak działalność w zakresie szeroko rozu-

⁶ Zob. wyrok SN z 8.5.1998 r., III ARN 34/98; także C. Kosikowski, *Koncesje w prawie polskim*, Kraków 1996.

⁷ Tak NSA w uzasadnieniu wyroku z 6.2.1991 r., SA/Wr 1164/90.

⁸ S. Biernat, *Podjęcie i prowadzenie działalności gospodarczej – wolność gospodarcza de lege lata i de lege ferenda*, PPH 1994, nr 9, s. 13.

⁹ C. Kosikowski, *Ustawa o swobodzie działalności gospodarczej. Komentarz*, Warszawa 2008, s. 152; tenże, *Koncesje i zezwolenia na działalność gospodarczą*, Warszawa 2002, s. 47 i n.

mianej energetyki, czy rozpowszechniania programów radiowych i telewizyjnych, a więc sektory o ogromnym potencjale oddziaływania społecznego.

Art. 46 ust. 1 s.d.g.u. wymienia także dziedziny, w których konieczność nadzoru administracyjnego uzasadniona jest szczególnie niebezpiecznym charakterem prowadzonej działalności. Do takich obszarów należą w szczególności: wytwarzanie i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią i amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym, prowadzenie działalności w zakresie ochrony osób i mienia oraz prowadzenie przewozów lotniczych.

Mając więc na względzie wskazaną wyżej specyfikę działalności objętej koncesjonowaniem, uznać należy, że dopuszczenie jakiegokolwiek podmiotu do jej prowadzenia powinno być oparte na kryterium wyboru najlepszego spośród dostępnych kandydatów. Niewątpliwie zaś owa jakość przyszłego koncesjonariusza nie może się opierać wyłącznie na jego potencjale finansowym, którego pochodną jest przecież możliwość zaoferowania najwyższej opłaty koncesyjnej.

3. Kryteria oceny podmiotów ubiegających się o uzyskanie koncesji w prawie działalności gospodarczej

Sytuacja, w której liczba potencjalnych koncesjonariuszy jest mniejsza od liczby dostępnych koncesji była przedmiotem regulacji przez ustawodawcę już pod rządami Prawa działalności gospodarczej¹⁰ (powoływanym dalej jako p.d.g.). Zgodnie z art. 19 p.d.g. w takim wypadku organ koncesyjny ogłaszał o możliwości uzyskania koncesji w Monitorze Sądowym i Gospodarczym oraz w dzienniku o zasięgu ogólnokrajowym. Ogłoszenie takie powinno było zawierać określenie przedmiotu i zakresu działalności gospodarczej, na którą ma być wydana koncesja, wskazanie szczególnych warunków wykonywania koncesjonowanej działalności gospodarczej (o ile organ koncesyjny przewidywał określenie w koncesji takich warunków), oraz informacje o charakterze bardziej proceduralnym: wskazanie terminu składania wniosków o udzielenie koncesji oraz wykazu wymaganych dokumentów i informacji dodatkowych.

W wypadku, gdy liczba podmiotów, które spełniły powyższe wymagania była większa od liczby możliwych do udzielenia koncesji, organ koncesyjny zobowiązany był do przeprowadzenia w ramach jednego – wspólnego dla

¹⁰ Ustawa z 19.11.1999 r., Dz.U. Nr 101, poz. 1178.

wszystkich ubiegających się o uzyskanie koncesji podmiotów – postępowania¹¹, rozprawy administracyjnej. Ustawa nie wskazywała przy tym wyraźnego kryterium, któremu należało nadać charakter rozstrzygający przy wyborze podmiotów mających następnie otrzymać koncesję. Wydaje się więc, że w takiej sytuacji organ koncesyjny musiał brać pod uwagę całokształt okoliczności faktycznych danego przypadku i rozstrzygać problem kierując się koniecznością wyboru najlepszych pod względem merytorycznym koncesjonariuszy¹².

Potwierdzenie takiego stanowiska wyprowadzić można było pośrednio także z treści normy art. 19 ust. 4 p.d.g. Przepis ten upoważniał przedsiębiorcę przekazującego informacje mające istotne znaczenie dla jego pozycji konkurencyjnej na rynku do zgłoszenia wniosku, aby zostały one objęte klauzulą poufności. Skoro więc przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie koncesji przekazywał organowi administracyjnemu informacje mogące mieć dla niego tak istotne znaczenie, czynił to w wielu wypadkach zapewne właśnie po to, by dodatkowo wzmocnić swą pozycję w ubieganiu się o uzyskanie koncesji. Taka postawa uzasadniona mogła być zaś tylko wtedy, gdy udzielenie koncesji w warunkach ich ograniczonej liczby następowało właśnie na podstawie oceny merytorycznej poszczególnych kandydatów.

W doktrynie podnosi się wręcz, że w ramach rozprawy administracyjnej kandydaci mogli udowadniać nie tylko swoje zalety, ale także cechy negatywne potencjalnych konkurentów¹³. Taka możliwość wyraźnie wskazuje, że dokonanie wyboru koncesjonariusza było w świetle p.d.g. oparte na kryterium ściśle merytorycznym, z uwzględnieniem wszelkich pozytywnych i negatywnych cech danego kandydata. Nie było to więc niewątpliwie oparcie wyboru o zasadę „nagradzania” koncesją tego podmiotu, który zaoferował w zamian najwyższą cenę.

4. Problem konstytucyjności kryterium ustalenia opłaty koncesyjnej w drodze przetargu

Zgodnie z art. 217 Konstytucji, nakładanie danin publicznych następuje w drodze ustawy, przy czym powinna ona określać zarówno kata-

¹¹ Zob. wyrok NSA z 8.4.1981 r., SA 337/81.

¹² Zob. też C. Kosikowski, *Nowe regulacje prawne w zakresie swobody działalności gospodarczej*, PiP 2004, nr 10, s. 12.

¹³ C. Kosikowski, *Koncesje i zezwolenia...*, s. 64.

log podmiotów zobowiązanych do uiszczenia tej daniny, jej przedmiot i stawki, jak również zasady przyznawania ulg i umorzeń oraz kategorie podmiotów zwolnionych od obowiązku uiszczenia danej daniny¹⁴. Norma art. 217 dokonuje rozróżnienia na podatki i inne daniny publiczne niebędące podatkami. To właśnie do kategorii owych „innych” danin publicznych zaliczyć należałoby opłatę uiszczaną przez podmioty ubiegające się w ramach postępowania przetargowego o uzyskanie koncesji. Świadczy o tym jednoznacznie treść art. 62 s.d.g.u.

W ust. 1 powołanego przepisu mowa jest co prawda o opłacie skarbowej, a w ust.2 (dotyczącym opłaty wnoszonej w trybie przetargowym) wyłącznie o opłacie, nie wydaje się wszakże, żeby dawało to podstawę do twierdzenia, że opłata wnoszona w trybie art. 52 s.d.g.u. nie ma charakteru opłaty skarbowej.

Za takim stanowiskiem przemawiają bowiem następujące argumenty.

Po pierwsze, zgodnie z art. 62 ust. 1 opłaty skarbowej za udzielenie koncesji nie pobiera się tylko wtedy, gdy przepisy odrębnych ustaw tak stanowią. Zasadą jest więc konieczność pobierania daniny publicznej za każdą udzieloną koncesję, w tym również – *lege non distinguente* – za tą, która uzyskana została w trybie przetargu.

Po drugie, za uznaniem za opłatę skarbową także opłaty wnoszonej przez uczestnika przetargu koncesyjnego przemawia wykładnia systemowa. Jak wskazano powyżej, podstawowym przepisem regulującym zagadnienie opłat za uzyskanie koncesji jest ust. 1 art. 62 s.d.g.u. Wydzielenie w ramach odrębnego ustępu 2 regulacji odnoszącej się do przetargu koncesyjnego stanowi więc *lex specialis* wyłącznie w zakresie wysokości (a ściślej – sposobu jej ustalenia) takiej opłaty, a nie jej jurydycznego charakteru¹⁵.

Po trzecie wreszcie, ust. 2 art. 62 nie pozbawia opłaty wnoszonej w trybie przetargowym publicznoprawnego charakteru: źródłem konieczności jej poniesienia jest bowiem w sposób wyraźny przepis aktu prawnego o randze ustawy¹⁶. Nawet więc gdyby dokonać odróżnienia tej opłaty od opłaty skarbowej, co – w świetle dotychczasowych uwag – zdaje się nie znajdować żadnego uzasadnienia, stanowiłaby ona wciąż „inną” daninę publiczną w rozu-

¹⁴ Zob. D. Mączyński, *Niekonstytucyjność przepisów o podatku akcyzowym*, PiP 2002, nr 10, s. 64.

¹⁵ Zob. § 55 ust. 1, 3, 4 załącznika do rozporządzenia Prezesa Rady Ministrów z 20.6.2002 r. w sprawie „Zasad techniki prawodawczej”, Dz.U. Nr 100, poz. 908.

¹⁶ Zob. też art. 1 ust.1 pkt 1 lit. c ustawy z 16.11.2006 r. o opłacie skarbowej, Dz.U. Nr 225, poz. 1635 ze zm.

mieniu art. 217 Konstytucji, a w konsekwencji – podlegałyby wymogom stanowionym przez ten przepis.

W doktrynie prawa finansowego definiuje się daninę publiczną, jako: „świadczenie na rzecz państwa lub innego związku publicznoprawnego, którego realizacja zapewniona jest możliwością stosowania środków przymusu prawnego ze strony państwa w celu wyegzekwowania tego świadczenia”¹⁷. Oprócz podatków w skład danin publicznych wchodzi także opłaty i dopłaty¹⁸. Do cech charakterystycznych opłaty zalicza się zasadniczo kilka podstawowych elementów¹⁹. Jest to przede wszystkim świadczenie o charakterze przymusowym, polegającym na możliwości zastosowania środków władczych przez podmiot uprawniony do dokonania poboru danej opłaty. Jest to także świadczenie jednostronnie ustalane przez organ publiczny na podstawie obowiązujących przepisów prawa, przez co nie podlega ono, co do zasady, negocjacom między stronami. Świadczenie to ma być ponadto bezzwrotne, wyrażone w jednostkach pieniężnych oraz powinno mieć charakter ogólny (dotyczyć określonej kategorii podmiotów, a nie indywidualnie wskazanych jednostek). Cechą odróżniającą opłaty od danin publicznych w postaci podatków jest odpłatność, rozumiana jako związanie opłaty z koniecznością otrzymania świadczenia wzajemnego – uzależnionego od uiszczenia opłaty – które jest także świadczeniem ekwiwalentnym, a więc przedstawia potencjalnie tą samą wartość, co wniesiona opłata.

Wskazane wyżej cechy konstrukcyjne opłat mogą budzić pewne wątpliwości w odniesieniu do daniny wnoszonej przez potencjalnych koncesjonariuszy na podstawie art. 52 s.d.g.u.²⁰ Koncesja, ze względu na szczególną rolę, jaką pełni w ramach nadzoru państwa nad prowadzeniem działalności gospodarczej, nie powinna być traktowana jak jakiegokolwiek inne dobro mogące być przedmiotem swobodnego obrotu. Nie może być ona bowiem przez koncesjonariusza swobodnie zbywana; nie może być też przedmiotem swobodnego „obrotu wtórnego” pomiędzy podmiotami gospodarczymi²¹. W konsekwen-

¹⁷ B. Brzeziński, W. Matuszewski, W. Morawski, A. Olesińska, *Prawo finansów publicznych*, Toruń 2003, s. 182.

¹⁸ Ibidem, s. 183.

¹⁹ Zob. N. Gajl, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 1986, s. 195 i n.; A. Majchrzycka-Guzowska, *Finanse i prawo finansowe*, Warszawa 2002; P. Smoleń [w:] W. Wojtowicz, A. Gorgol, A. Kuś, A. Niezgoda, P. Smoleń, *Zarys finansów publicznych i prawa finansowego*, Warszawa 2004, s. 297.

²⁰ Zob. C. Kosikowski, *Ustawa...*, s. 209; tenże, *Nowe regulacje...*, s. 12 z powołaniem się na art. 84 Konstytucji.

²¹ Zob. wyrok SN z 8.5.1988 r., III RN 34/98, OSP 1999, nr 7–8, poz. 132; wyrok NSA z 6.2.1995 r., II SA 1835/93, ONSA 1996, nr 1, poz. 36; wyrok NSA z 6.12.2001 r., II SA/Kr 76/98.

cji, nie jest uzasadnione stosowanie do niej ogólnych zasad przeprowadzania przetargu²², a opłata za uzyskanie koncesji nie może być wobec tego traktowana jako cena płacona w ramach standardowego, uregulowanego w art. 70¹ i n. k.c., przetargu²³. Ma ona wyłącznie charakter opłaty publicznoprawnej, uiszczanej przez koncesjonariusza w zamian za uzyskanie koncesji.

Organ koncesyjny udzielając koncesji nie występuje więc jako podmiot obrotu prywatnoprawnego, przeciwnie – realizuje on uprawnienia wynikające z władczej sfery działalności państwa i jako taki musi działać na podstawie i w granicach kompetencji wynikających z przepisów prawa (art. 7 Konstytucji, art. 6 k.p.a., obecnie również art. 9 s.d.g.u.)²⁴.

Wydaje się więc, że opłata koncesyjna o wysokości ustalonej w trybie przetargowym nie odpowiada co najmniej kilku z wyżej wymienionych wymogów, stawianych w doktrynie daninom publicznym.

Po pierwsze, trudno jest przyjąć, by opłata ustalana w zasadzie swobodnie, w ramach ograniczonego wyłącznie kwotą minimalną (art. 53 ust. 2 pkt 1 s.d.g.u. ustanawia wymóg, by minimalna wysokość opłaty, za którą może być udzielona koncesja nie była niższa niż opłata skarbowa albo inna opłata o charakterze publicznoprawnym, przewidziana w odrębnych przepisach za udzielenie koncesji) przetargu, odpowiadała wymogowi ustalenia wysokości daniny na podstawie przepisów prawa i w sposób nie podlegający negocjacji. Przetarg nie jest bowiem co prawda „klasyczną” formą negocjacji, niewątpliwie jednak określenie w tym trybie wysokości opłaty koncesyjnej nie zapewnia elementarnej pewności prawa i pozostawione jest w zasadzie podmiotom prywatnym, ubiegającym się o uzyskanie koncesji.

Po drugie, pewne problemy powstają także na gruncie kryterium wzajemności opłaty, jako daniny publicznej. Gdy opłata ustalona jest w sztywnej wysokości, reprezentuje ona w sposób stały wartość świadczenia wzajemnego. Pozostawienie ustalenia wysokości opłaty samym zainteresowanym poprzez zastosowanie trybu przetargowego, jest w zasadzie pozbawieniem jej jakiegokolwiek ekwiwalentności w znaczeniu obiektywnym. Może mieć ona jedynie charakter ekwiwalentny subiektywnie, rozumiany jako przeświadczenie

²² E. Przeszło, *Przetarg jako forma rozporządzania mieniem publicznym*, PPH 1996, nr 6, s. 9, zasadniczo odnosi możliwość zastosowania trybu przetargowego wyłącznie do mienia publicznego, a nie do efektów działalności władczej organów państwa.

²³ Nawet jednak w ramach przetargu uregulowanego w k.c. cena nie jest zawsze wyłącznym kryterium oceny składanych ofert – zob. A. Brzozowski [w:] K. Pietrzykowski (red.), *Kodeks cywilny. Komentarz*. t. I, Warszawa 2004; Z. Radwański [w:] Z. Radwański (red.), *System prawa prywatnego. Tom 2, Prawo cywilne – część ogólna. Suplement*, Warszawa, s. 61.

²⁴ Zob. C. Kosikowski, *Nowe regulacje...*, s. 12.

podmiotu proponującego wniesienie opłaty w danej wysokości w ramach przetargu o tym, że w jego indywidualnej sytuacji wysokość takiej opłaty odpowiada wartości uzyskanej koncesji. Przesunięcie ekwiwalentności świadczenia z płaszczyzny obiektywnej na subiektywną nie wydaje się jednak znajdować żadnego uzasadnienia, gdyż powoduje zaburzenie niezbędnej w obrocie pewności prawa, a wręcz – w sposób nieuzasadniony prowadzi do różnicowania jego podmiotów.

W omawianej sytuacji nie wydaje się także zasadne stwierdzenie, że podmiot, który po przeprowadzeniu przetargu uzyskuje koncesję, dobrowolnie bierze na siebie ciężar i ryzyko gospodarcze uiszczenia opłaty w wysokości większej, niż inni uczestnicy przetargu, a w konsekwencji – jako chcącemu nie dzieje mu się krzywda (*volenti non fit iniuria*). Zainicjowanie przez podmiot prywatny procedury, z którą związana jest konieczność poniesienia opłaty, nie odbiera jej przecież charakteru daniny publicznej²⁵. Zachowanie zaś konstytucyjnych wymogów ustawowego określenia wysokości danin publicznych jest konieczne zawsze, niezależnie od tego, czy ich niedochowanie przynosi szkodę, czy też jest korzystne dla podmiotów prywatnych²⁶.

5. Zasadność wysokości oferty jako kryterium wyłącznego w świetle wykładni systemowej

Udzielając koncesji w trybie art. 52 s.d.g.u., organ koncesyjny opiera się wyłącznie na wysokości opłaty zaproponowanej przez potencjalnych koncesjonariuszy. Stanowi o tym *expressis verbis* art. 54 ust. 1 *in fine* s.d.g.u., który nie upoważnia organu koncesyjnego do dokonania wyboru koncesjonariusza w oparciu o inne niż proponowana wysokość opłaty kryteria. *Prima facie* wydaje się, że dodatkowe czynniki nie mogą być brane pod uwagę nawet pomocniczo. W wypadku bowiem, gdy kilka podmiotów zaoferuje wniesienie opłaty w tej samej kwocie, organ ma obowiązek wezwać je do ponownego zadeklarowania wysokości opłaty i dokonać wyboru oferty przedsiębiorcy, który zaproponował, że zapłaci więcej (art. 54 ust. 2 s.d.g.u.). Jeżeli więc organ spośród kilku podmiotów oferujących taką samą kwotę opłaty koncesyjnej wybierze podmiot o najlepszych, jego zdaniem, warunkach me-

²⁵ Tak A. Drwiło [w:] C. Kosikowski, E. Ruśkowski (red.), *Finanse publiczne i prawo finansowe*, Warszawa 2006, s. 656.

²⁶ Zob. D. Mączyński, *Niekonstytucyjność...*, s. 68; por. też wyrok TK z 9.11.1999 r., K 28/98.

rytorycznych, takie działanie mogłoby być traktowane jako interpretacja *praeter* albo wręcz *contra legem*.

Warto wskazać, że oparcie wyboru koncesjonariusza o wysokość proponowanej przez niego opłaty, jako kryterium wyłączne, nie znajduje poparcia także w regulacji ogólno-systemowej.

Przykładowo podać można, że art. 2 pkt 5 prawa zamówień publicznych²⁷, definiujący na potrzeby tej ustawy pojęcie oferty najkorzystniejszej, stanowi o bilansie ceny i innych kryteriów odnoszących się do przedmiotu zamówienia. Kryteria wyboru najlepszej oferty będą więc zazwyczaj określone *ad casum* – w zależności od okoliczności danego przypadku²⁸.

Podobnie, zgodnie z art. 91 powołanej ustawy, zamawiający wybiera ofertę najkorzystniejszą na podstawie kryteriów oceny ofert określonych w specyfikacji istotnych warunków zamówienia, przy czym kryteriami oceny ofert oprócz ceny mogą być także inne wskaźniki odnoszące się do przedmiotu zamówienia, a w szczególności: jakość, funkcjonalność, parametry techniczne, zastosowanie najlepszych dostępnych technologii w zakresie oddziaływania na środowisko, koszty eksploatacji, serwis, wpływ sposobu wykonania zamówienia na rynek pracy w miejscu jego realizacji oraz termin finalizacji zamówienia. Intencją ustawodawcy było więc niewątpliwie umożliwienie podmiotom zamawiającym oparcia wyboru kontrahenta nie tylko o kryterium ceny, ale także o inne, często przy tym nie mniej wymierne finansowo, czynniki. Elastyczność taka jest w pełni zrozumiała, gdyż ustanowienie ceny jako samoistnego i wyłącznego kwantyfikatora w wielu przypadkach nie umożliwia dokonania wyboru najbardziej korzystnej spośród dostępnych ofert²⁹.

Również unijne prawo zamówień publicznych uwzględnia w ocenie ofert inne, oprócz czysto ekonomicznych, kryteria. Przykładowo, dyrektywa 2004/18/WE w sprawie koordynacji procedur udzielania zamówień publicznych na roboty budowlane, dostawy i usługi³⁰, powołuje, obok ceny, także inne kryteria oceny poszczególnych ofert: jakość, wartość techniczną, właściwości estetyczne i funkcjonalne, aspekty środowiskowe, koszty użytkowania,

²⁷ Ustawa z 29.1.2004 r. Prawo zamówień publicznych, t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 223, poz. 1655 ze zm.

²⁸ Zob. Z. Świeboda, *Ustawa o zamówieniach publicznych z komentarzem*, Warszawa 2002, s. 20; J. Pieróg, *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 17.

²⁹ Zob. też: T. Czajkowski (red.), *Prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Warszawa 2004, s. 224 i n.

³⁰ Dyrektywa 2004/18/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z 31.3.2004 r., O.J. L 134 z 30.4.2004 r.

rentowność, serwis posprzedażny oraz pomoc techniczną, termin lub czas dostarczenia, bądź realizacji zamówienia. Wprowadzona została dodatkowo możliwość przypisania przez zamawiającego poszczególnym kryteriom ich wag, które będą brane pod uwagę w ocenie ofert³¹.

Podobnie, na gruncie ustawy o partnerstwie publiczno-prywatnym³², zgodnie z art. 15 ust. 1, najkorzystniejszą ofertą jest nie tylko taka, która przedstawia najlepszy bilans wynagrodzenia, ale również – jest najbardziej uzasadniona w świetle innych czynników oceny, jak np. podziału ryzyka związanego z danym przedsięwzięciem, zakresu odpowiedzialności stron, zgodności oferty partnera prywatnego z potrzebami społeczności lokalnej, a nawet cech indywidualnych potencjalnego partnera prywatnego, takich jak doświadczenie w realizacji podobnych projektów³³.

Co istotne, zarówno na gruncie tej ustawy, jak i prawa zamówień publicznych, katalog okoliczności, które mogą wpływać na wybór danej oferty nie ma charakteru zamkniętego.

Procedurę przetargową przewiduje także w ustawie o specjalnych strefach ekonomicznych³⁴. Tryb ten stosowany jest w celu udzielenia zezwoleń na prowadzenie działalności gospodarczej na terenie danej strefy, uprawniających do korzystania z pomocy publicznej. Ponieważ ilość przedsiębiorców mogących otrzymać takie zezwolenie w danej strefie jest ograniczona, wydaje się, że instytucja ta najbardziej przypomina sytuację uregulowaną w art. 52 s.d.g.u. Porównanie istniejących w ustawie o SSE regulacji powinno być więc niewątpliwie pomocne w ocenie istniejących na gruncie s.d.g.u. rozwiązań.

Określenie kryteriów oceny branych pod uwagę w ramach przeprowadzanych przetargów pozostawione zostało, zgodnie z art. 17 ust. 1a ustawy o SSE, rozporządzeniom, wydawanym przez ministra właściwego do spraw gospodarki³⁵. Akty te opierają się w zasadzie na identycznym katalogu kryte-

³¹ Zob. A. Sołtysińska, *Europejskie prawo zamówień publicznych. Komentarz*, Zakamycze 2006, s. 399.

³² Ustawa z 28.7.2005 r. o partnerstwie publiczno-prywatnym, Dz.U. Nr 169, poz. 1420 ze zm.

³³ Tak B. Korbus, M. Strawiński, *Partnerstwo publiczności – prywatne. Nowa forma realizacji zadań publicznych*, Warszawa 2006; zob. również J. Jacyszyn, T. Kalinowski, *Komentarz do ustawy o partnerstwie publiczności – prywatnym*, Warszawa 2006, s. 112.

³⁴ Ustawa z 20.10.1994 r. o specjalnych strefach ekonomicznych, t.j. Dz.U. z 2007 r., Nr 42, poz. 274 ze zm., powoływana dalej jako ustawa o SSE.

³⁵ Zob. przykładowo: rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z 15.11.2004 r. w sprawie przetargów i rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie Łódzkiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej, Dz.U. Nr 254, poz. 2544; rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z 15.11.2004 r. w spra-

riów przyznawania zezwoleń, przy czym poszczególne przesłanki mają charakter ściśle związany z istotą działalności danej strefy (np. wartość i warunki realizacji przedsięwzięć gospodarczych, w tym inwestycji planowanych na terenie strefy; udział w tworzeniu i modernizacji infrastruktury gospodarczej w strefie; udziału w powiązaniach gospodarczych, w tym kooperacyjnych, z przedsiębiorcami działającymi na terenie kraju; zgodność przedsięwzięć gospodarczych planowanych na terenie strefy z celami rozwoju strefy oraz przedsięwzięciami gospodarczymi realizowanymi lub planowanymi na terenie strefy przez innych przedsiębiorców; stopień zagrożenia dla środowiska oraz planowanych przedsięwzięć w zakresie jego ochrony; stopień innowacyjności technologii przedsięwzięć i działalności planowanej na terenie strefy).

Kryterium wysokości uiszczonej opłaty nie jest więc w ogóle brane pod uwagę przy ocenie składanych przez poszczególnych zainteresowanych ofert.

W świetle powyższych rozważań nie w pełni zrozumiała jest decyzja ustawodawcy, który – jak się zdaje – *de facto* postanowił zawęzić postawę oceny podmiotów ubiegających się o koncesje w trybie art. 52 s.d.g.u. wyłącznie do kryterium wysokości proponowanej przez potencjalnych koncesjonariuszy opłaty³⁶. Wydaje się, że uwzględniając specyfikę dziedzin objętych koncesjonowaniem, ze szczególnym wskazaniem tych spośród nich, w których – ze względu na naturalne bądź techniczne ograniczenia³⁷ – wydanie teoretycznie dowolnej liczby koncesji nie jest możliwe (np. radiofonia i telewizja, działalność na podstawie prawa geologicznego i górniczego³⁸), należałoby przy wyborze podmiotu (podmiotów), którym zostaną udzielone koncesje uwzględniać także inne, niezmiernie istotne dla danego obszaru działalności, czynniki.

wie przetargów i rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie Krakowskiego Parku Technologicznego, Dz.U. Nr 254, poz. 2542; rozporządzenie Ministra Gospodarki i Pracy z 15.11.2004 r. w sprawie przetargów i rokowań oraz kryteriów oceny zamierzeń co do przedsięwzięć gospodarczych, które mają być podjęte przez przedsiębiorców na terenie Legnickiej Specjalnej Strefy Ekonomicznej, Dz.U. Nr 254, poz. 2543.

³⁶ Taki wniosek wynika również z treści uzasadnienia rządowego projektu ustawy o swobodzie działalności gospodarczej, druk sejmowy nr 2118, gdzie stwierdza się wprost, iż przetarg koncesyjny wprowadzony zostaje w miejsce dotychczasowej rozprawy administracyjnej, a organ koncesyjny dokonując wyboru koncesjonariusza kierować się ma wielkością zadeklarowanej przez poszczególnych pretendentów opłaty za udzielenie koncesji.

³⁷ Zob. M. Szydło, *Reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej w nowej ustawie o swobodzie działalności gospodarczej*, PUG 2004, nr 12, s. 5.

³⁸ Ustawa z 4.2.1994 r. Prawo geologiczne i górniczne, t.j. Dz.U. z 2005 r., Nr 228, poz. 1947 ze zm.

Przykładowo wskazać można, że przy wyborze koncesjonariusza na podstawie prawa energetycznego³⁹ powinno się uwzględniać cele wskazane w art. 1 ust. 2 ustawy (tworzenie warunków do zrównoważonego rozwoju kraju, zapewnienie bezpieczeństwa energetycznego, oszczędnego i racjonalnego użytkowania paliw i energii, rozwoju konkurencji, przeciwdziałanie negatywnym skutkom naturalnych monopolii, uwzględnianie wymogów ochrony środowiska, zobowiązań wynikających z umów międzynarodowych oraz równoważenie interesów przedsiębiorstw energetycznych i odbiorców paliw i energii). Wydaje się bowiem, że norma statuowana tym przepisem powinna być traktowana jako kształtująca zasady postępowania podmiotów podlegających ustawie we wszystkich aspektach ich działalności. W konsekwencji, również przy udzielaniu koncesji w sytuacji ich ograniczenia ilościowego, organ koncesyjny powinien brać pod uwagę przy wyborze koncesjonariusza wskazane wyżej cele ustawy⁴⁰.

Również na gruncie innych ustaw regulujących działalność objętą koncesjonowaniem zasadne byłoby uwzględnienie w ramach wyboru koncesjonariusza kryteriów dodatkowych.

Przykładowo, w ramach działalności objętej koncesją na podstawie prawa geologicznego i górniczego celowe wydaje się uwzględnienie przede wszystkim wymogów ochrony środowiska oraz perspektyw rozwoju tego sektora⁴¹. Niewątpliwie bowiem złoża kopalin uznać należy za elementy środowiska w rozumieniu art. 3 pkt 39 prawa ochrony środowiska⁴², a w rezultacie – konieczne staje się uwzględnienie także przepisów tej ustawy w ramach postępowania koncesyjnego⁴³. Wydaje się, że ze względu na specyfikę działalności koncesjonowanej na podstawie prawa geologicznego i górniczego, oparcie wyboru koncesjonariusza wyłącznie o kryterium proponowanej opłaty koncesyjnej może być szczególnie szkodliwe. Niejednokrotnie bowiem, podmiot oferujący uiszczenie w zamian za udzielenie koncesji opłaty w niższej od swoich konkurentów wysokości, może jednocześnie gwarantować prowadzenie dzia-

³⁹ Ustawa z 10.4.1997 r. Prawo energetyczne, t.j. Dz.U. z 2006 r., Nr 89 poz. 625 ze zm.

⁴⁰ Zob. A. Walaszek-Pyziół, W. Pyziół, *Prawo energetyczne. Komentarz*, Warszawa 1999, s. 13–14.

⁴¹ Przedsiębiorca ubiegający się o uzyskanie koncesji mógłby np. dobrowolnie zobowiązać się do uiszczenia wyższych od ustawowego minimum wpłat na fundusz likwidacji zakładu górniczego.

⁴² Ustawa z 27.4.2001 r. Prawo ochrony środowiska, t.j. Dz.U. z 2008 r., Nr 25, poz. 150 ze zm.

⁴³ Tak A. Lipiński, R. Mikosz, *Ustawa Prawo geologiczne i górnicze. Komentarz*, Warszawa 1995, s. 85–86.

łałości w sposób o wiele bardziej pożądanym z punktu widzenia ochrony środowiska. Co więcej, zapewnienie przez potencjalnego koncesjonariusza spełnienia wyższych niż konkurenci standardów ochrony środowiska w ramach prowadzonej działalności gospodarczej, prowadzi zazwyczaj *de facto* do osiągnięcia bardzo wymiernych ekonomicznie korzyści społecznych⁴⁴. W konsekwencji – kryterium w postaci wysokości zadeklarowanej przez podmioty ubiegające się o uzyskanie koncesji opłaty, może zostać w realiach konkretnego przypadku zrównoważone, a nawet przewyższone przez dodatkowe, nieuwzględnione na gruncie regulacji art. 54 ust. 1 s.d.g.u., elementy.

Podobnie przedstawiać się będzie sytuacja odnosząca się do oceny podmiotów ubiegających się o uzyskanie koncesji na podstawie ustawy o wykonywaniu działalności gospodarczej w zakresie wytwarzania i obrotu materiałami wybuchowymi, bronią, amunicją oraz wyrobami i technologią o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁴⁵. W wyborze ewentualnych koncesjonariuszy celowe wydaje się uwzględnianie dodatkowych czynników związanych przykładowo z bezpieczeństwem produkcji, czy też systemem obrotu technologiami o przeznaczeniu wojskowym lub policyjnym⁴⁶. Wydaje się także, że w ramach oceny potencjalnych koncesjonariuszy organ koncesyjny powinien uwzględniać wymóg ogólny wynikający z dyspozycji art. 4 ustawy, a więc konieczność zapewnienia w jak największym stopniu ochrony życia i zdrowia ludzkiego, mienia oraz środowiska naturalnego.

6. Szczególny tryb koncesjonowania na gruncie ustawy o radiofonii i telewizji

Przykładem szczególnej wobec s.d.g.u. regulacji jest ustawa o radiofonii i telewizji⁴⁷, która w art. 36 ust. 1 wyraźnie określa kryteria, na których powinien oprzeć swe rozstrzygnięcie organ koncesyjny. Katalog ten za-

⁴⁴ Zob. A. Lipiński [w:] J. Jendrośka (red.), *Ustawa – Prawo ochrony środowiska. Komentarz*, Wrocław 2001, tezy 7–9 do art. 126.

⁴⁵ Ustawa z 22.6.2001 r., Dz.U. Nr 67, poz. 679 ze zm.

⁴⁶ Wskazywać może na to pośrednio chociażby dyspozycja art. 7 ust. 2 ustawy, zgodnie z którym przed udzieleniem koncesji organ koncesyjny jest obowiązany do zweryfikowania rzetelności potencjalnego koncesjonariusza poprzez zasięgnięcie opinii Ministra Obrony Narodowej, ministra właściwego do spraw gospodarki, Szefa Agencji Bezpieczeństwa Wewnętrznego, jak też właściwego komendanta wojewódzkiego Policji.

⁴⁷ Ustawa z 29.12.1992 r. o radiofonii i telewizji, t.j. Dz.U. z 2004 r., Nr 253, poz. 2531 ze zm., powoływana dalej jako ustawa o RiTV.

kreślony jest szeroko i nie ma charakteru zamkniętego, na co wskazuje użycie w tym przepisie zwrotu „w szczególności”⁴⁸. Dodatkowo, art. 36 ust. 1 pkt 1 ustawy o RiTV odsyła w ocenie do celów ustawy wymienionych w art. 1 ust. 1. Takie rozwiązanie jednoznacznie wskazuje na fakt, że organ koncesyjny musi kierować się w wyborze podmiotu, któremu powinna zostać udzielona koncesja, ogólnymi założeniami prakseologicznymi ustawy, a także okolicznościami mogącymi mieć istotny wpływ na działalność tego podmiotu oraz na objęcie danej działalności ingerencją administracji państwowej w postaci koncesjonowania⁴⁹. Za taką cechą niewątpliwie trudno byłoby uznać wyłącznie wysokość proponowanej przez dany podmiot opłaty za udzielenie mu koncesji.

Konieczność uwzględnienia w ocenie podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych celów ustawy RiTV została zaakcentowana przez ustawodawcę również na gruncie s.d.g.u. Zgodnie bowiem z art. 52 ust. 2 s.d.g.u. tryb przetargowy stosuje się dopiero po dokonaniu oceny podmiotów ubiegających się o uzyskanie koncesji zgodnie z wymaganiami art. 36 ustawy RiTV. Takie rozwiązanie, niewątpliwie zasługujące na aprobatę, powoduje jednak dalsze wątpliwości. Niezrozumiałe jest w szczególności dlaczego koncesja na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych potraktowana została w sposób wyjątkowy i jedynie w jej wypadku zastrzeżony został w ustawie ogólnej (s.d.g.u.) warunek dokonania wstępnej preselekcji podmiotów ubiegających się o koncesję, przed przeprowadzeniem właściwego postępowania przetargowego. Wybór podmiotów na podstawie kryteriów zawartych w art. 52 ust. 1 s.d.g.u. (tj. spełniania warunków do udzielenia koncesji i dawania rękojmi prawidłowego wykonywania działalności objętej koncesją) może przecież w praktyce doprowadzić do dopuszczenia do przetargu podmiotów, które wprawdzie spełniają powyższe wymagania, ale czynią to w niejednakowym stopniu⁵⁰.

⁴⁸ Tak J. Sobczak, *Radiofonia i telewizja. Komentarz do ustawy*, Zakamycze 2001, s. 429–430.

⁴⁹ W doktrynie wyrażono nawet stanowisko, że „ustawodawca wyraźnie zmierza w ten sposób do zapewnienia równości szans dla wszystkich podmiotów ubiegających się o koncesję, zabiegając jednocześnie o możliwie szeroki wachlarz propozycji, z których Krajowa Rada Radiofonii i Telewizji winna wybrać najlepszą. Przyjęte w art. 34 ust. 2 ustawy o radiofonii i telewizji rozwiązanie sprzyjać także będzie wytworzeniu się atmosfery walki konkurencyjnej między wnioskodawcami” – J. Sobczak, *Radiofonia...*, s. 414–415.

7. Uwagi końcowe

W podsumowaniu dotychczasowych rozważań zasadne wydaje się zgłoszenie *de lege ferenda* postulatu, by w ocenie podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji w pierwszym rzędzie brać pod uwagę cechy merytoryczne ich wniosków, a dopiero gdy tak przeprowadzona weryfikacja nie doprowadzi do wyłonienia mniejszej (lub równej) liczby kandydatów, niż ilość możliwych do udzielenia koncesji, by w grę wchodziło kryterium wysokości proponowanej przez potencjalnych koncesjonariuszy opłaty⁵¹. Kryterium to mogłoby być stosowane dopiero niejako „rezerwowo”, a więc w sytuacji, gdy wcześniej przeprowadzona ocena merytoryczna poszczególnych kandydatów nie doprowadziłaby do wyłonienia najlepszych z nich, gdyż parametry wszystkich z przedstawionych ofert byłyby jednakowe⁵².

Jak się wydaje, tryb ten odpowiadałby najlepiej szczególnemu charakterowi „dobra” jakim jest koncesja, a więc – *de facto* – aksjologii, która stoi za objęciem wybranych sfer gospodarki daleko idącą ingerencją państwa w postaci koncesjonowania⁵³. Należy jednocześnie podkreślić, że z rozwiązaniem tym mamy już do czynienia *de lege lata* na gruncie niektórych z ustaw szczególnych dotyczących konkretnych z koncesjonowanych dziedzin. Wydaje się jednak, że celowe byłoby jego uwypuklenie już w s.d.g.u., a więc w płaszczyźnie regulacji ogólnej dla procedury koncesyjnej⁵⁴.

Wskazany dwuetapowy tryb⁵⁵ byłby tym samym niejako „technicznym” sposobem rozstrzygnięcia wątpliwości w sytuacji, w której propozycje wszyst-

⁵⁰ A. Trela, *Postępowanie...*, s. 62.

⁵¹ Zob. przykładowo kilkustopniowy tryb wprowadzony na gruncie art. 41 i n. ustawy z 27.10.1994 r. o autostradach płatnych oraz o Krajowym Funduszu Drogowym, t.j. Dz.U. z 2004 r., Nr 256, poz. 2571 ze zm., w ramach którego przetarg *sensu stricte* (w którym jednak, co istotne, uwzględnia się szerokie spektrum elementów – zob. 49 powołanej ustawy), stanowi wyłącznie jeden z elementów całej procedury (art. 41 ustawy).

⁵² Por. art. 91 ust. 4 prawa zamówień publicznych.

⁵³ Por. wyrok NSA z 25.11.2003 r., II SA 1794/2002.

⁵⁴ Zwłaszcza, że zgodnie z uzasadnieniem rządowego projektu ustawy (druk sejmowy nr 2118) zamiarem prawodawcy było uregulowanie ogólnych zasad koncesjonowania w s.d.g.u., z jednoczesnym zminimalizowaniem ewentualnych odstępstw występujących na gruncie regulacji ustaw szczególnych. Do podobnego wniosku prowadzi interpretacja art. 63 s.d.g.u. *a contrario*.

⁵⁵ Należy podkreślić, że nie chodzi w tym miejscu o dwuetapowość wynikającą z dyspozycji art. 52 ust. 1 s.d.g.u., lecz o wprowadzenie zbliżonego do niej rozwiązania na gruncie art. 54 ust. 1 s.d.g.u.

kich potencjalnych kandydatów prezentują równy poziom merytoryczny, uzasadniający przyznanie koncesji każdemu z nich⁵⁶. Jego wprowadzenie stanowiłoby jednocześnie bardziej wyraźne dostosowanie specyfiki funkcjonującego na gruncie s.d.g.u. postępowania przetargowego do charakteru klasycznej instytucji koncesjonowania.

⁵⁶ Warto zaznaczyć, że w dotychczasowych wypowiedziach doktryny znaleźć można stanowisko, które wskazuje na konieczność stosowania właśnie takiej procedury już *de lege lata* (A. Kidyba, W. Popiołek, S. Sołtysiński, *Skoro było lepiej, dlaczego jest źle?*, „Rzeczpospolita” nr 271 z 21.11.2003 r.). Problematyczne może być jednak, czy przyjęcie takiego rozwiązania na gruncie obowiązujących przepisów nie będzie działaniem *contra legem*? S.d.g.u. mówi bowiem wyraźnie o przetargu, w którym organ koncesyjny *verba legis*: dokonuje wyboru ofert kierując się wysokością zadeklarowanych opłat za udzielenie koncesji (M. Szydło, *Swoboda działalności gospodarczej*, Warszawa 2005, s. 259 stwierdza wprost „...jedynym kryterium jakim może się kierować prowadzący przetarg organ koncesyjny jest wysokość zadeklarowanej opłaty za udzielenie koncesji”). Wydaje się więc, że dokonanie wyboru koncesjonariusza (koncesjonariuszy) w oparciu o kryterium merytoryczne, a nie wysokość zadeklarowanej opłaty, mogłoby się spotkać z zarzutem działania sprzecznego z wyraźną wolą ustawodawcy. Ze względu zaś na potencjalne ryzyko prawne jakie wiąże się w praktyce obrotu gospodarczego ze wskazaną wątpliwością, zasadna wydaje się interwencja ustawodawcy celem jej jednoznacznego wyjaśnienia.