

ZGŁOSZENIE
ZAINTERESOWANIA PRACAMI NAD PROJEKTEM - ZGŁOSZENIE ZMIANY DANYCH*

Projekt z dnia z dnia 09 października 2024 r., nr DAG8.680.1.2024, dotyczący
zmiany do Rozporządzenia Ministra Finansów w sprawie szczegółowych warunków przeprowadzania
przetargu dla podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry lub
zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne

(tytuł projektu założeń projektu ustawy, projektu ustawy lub projektu rozporządzenia - zgodnie z jego
treścią udostępnioną w Biuletynie Informacji Publicznej lub informacją zamieszczoną w wykazie prac
legislacyjnych Rady Ministrów, Prezesa Rady Ministrów albo ministrów)

A. OZNACZENIE PODMIOTU ZAINTERESOWANEGO PRACAMI NAD PROJEKTEM

1. Nazwa/~~imię i nazwisko~~**

**Związek Pracodawców Przemysłu
Rozrywkowego i Gier (KRS 0000885216)**

2. Adres siedziby/~~adres miejsca zamieszkania~~**

Al. Jerozolimskie 85/21, 00-807 Warszawa

3. Adres do korespondencji i adres e-mail:

Al. Jerozolimskie 85/21, 00-807 Warszawa
biuro@zpdrig.pl

**B. WSKAZANIE OSÓB UPRAWNIONYCH DO REPREZENTOWANIA PODMIOTU WYMIENIONEGO
W CZĘŚCI A W PRACACH NAD PROJEKTEM**

Lp.	Imię i nazwisko	Adres
1	Łukasz Łazarewicz	Al. Jerozolimskie 85/21, 00-807 Warszawa
2	Adwokat Dominika Bura - Pełnomocnik	ul. Olimpijska 3, 02-636 Warszawa
3	Adwokat Michał Bisiorek - Pełnomocnik	ul. Olimpijska 3, 02-636 Warszawa

OPIS POSTULOWANEGO ROZWIĄZANIA PRAWNEGO, ZE WSKAZANIEM INTERESU

C. BĘDĄCEGO PRZEDMIOTEM OCHRONY

Działając w imieniu Związku Pracodawców Przemysłu Rozrywkowego i Gier („**Związek**”) z siedzibą w Warszawie (00-807) przy Al. Jerozolimskich 85/21, zrzeszającego przedsiębiorstwa z branży zakładów wzajemnych i koncesjonowanych kasyn gier, w związku z publikacją w dniu 31.10.2024 r. na stronach Rządowego Centrum Legislacji („**RCL**”) przygotowanego przez Ministra Finansów („**MF**”) projektu z dnia 09.10.2024 r., nr DAG8.680.1.2024, zmiany do Rozporządzenia Ministra Finansów „w sprawie szczegółowych warunków przeprowadzania przetargu dla podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry lub zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne” („**Projekt Rozporządzenia**”) na zasadzie art. 7 ust. 1, 2 i 5 ustawy z dnia o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa zgłaszam aktualizację stanowiska Związku do Projektu Rozporządzenia („**Stanowisku Związku**”).

W ramach aktualizacji stanowiska przedkładam Opinię prawną dr. hab. Łukasza Grzejdziaka w zakresie zgodności proponowanych zmian do Rozporządzenia z zasadami ustroju oraz regułami konkurencji UE.

Wnioski końcowe wskazanej opinii są następujące:

1. Wejście w życie projektowanych kryteriów wyboru oceny ofert składanych przez przedsiębiorców w przetargach o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry prowadziłoby do stopniowego wzmocnienia pozycji operatora zasiedziałego kosztem pozostałych graczy rynkowych, aż do zmonopolizowania przez niego działalności na lokalnych rynkach właściwych i na obszarach wyznaczonych granicami województw. Prowadziłoby to do powstania silnych barier wejścia na rynek dla nowych operatorów oraz barier ekspansji dla mniejszych operatorów obecnych już na danym obszarze.
2. Nowoprojektowane kryteria wyboru oceny ofert są sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami ustroju gospodarczego, a w szczególności z zasadą społecznej gospodarki rynkowej i konkurencji.
3. Nowoprojektowane kryteria wyboru oceny ofert są sprzeczne z art. 106 ust. 1 w związku art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ich wejście w życie byłoby równoznaczne z wprowadzeniem przez państwo członkowskie, względem przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne, środków nieuchronnie zmierzających do ograniczenia konkurencji.

D. ZAŁĄCZONE DOKUMENTY

1	Opinia prawna dr. hab. Łukasza Grzejdziaka w zakresie zgodności proponowanych zmian do Rozporządzenia z zasadami ustroju oraz regułami konkurencji UE.
---	--

E. Niniejsze zgłoszenie dotyczy ~~uzupełnienia braków formalnych~~/zmiany danych zgłoszenia dokonanego dnia 14.11.2024 r.....**

(podać datę z części F poprzedniego zgłoszenia)

F. OSOBA SKŁADAJĄCA ZGŁOSZENIE		
Imię i nazwisko	Data	Podpis
Michał Bisiorek Adwokat Pełnomocnik	17.04.2025 r.	/profil zaufany/
G. KLAUZULA ODPOWIEDZIALNOŚCI KARNEJ ZA SKŁADANIE FAŁSZYWYCH ZEZNAŃ Jestem świadomy odpowiedzialności karnej za złożenie fałszywego oświadczenia (podpis)		

* Jeżeli zgłoszenie nie jest składane w trybie art. 7 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa, treść: "- Zgłoszenie zmiany danych" skreśla się.

** Niepotrzebne skreślić.

Pouczenie:

1. Jeżeli zgłoszenie ma na celu uwzględnienie zmian zaistniałych po dacie wniesienia urzędowego formularza zgłoszenia (art. 7 ust. 6 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa) lub uzupełnienie braków formalnych poprzedniego zgłoszenia (§ 3 rozporządzenia Rady Ministrów z dnia 22 sierpnia 2011 r. w sprawie zgłaszania zainteresowania pracami nad projektami aktów normatywnych oraz projektami założeń projektów ustaw, w nowym urzędowym formularzu zgłoszenia należy wypełnić wszystkie rubryki, powtarzając również dane, które zachowały swoją aktualność.

2. Część B formularza wypełnia się w przypadku zgłoszenia dotyczącego jednostki organizacyjnej oraz w sytuacji, gdy osoba fizyczna, która zgłasza zainteresowanie pracami nad projektem założeń projektu ustawy lub projektem aktu normatywnego, nie będzie uczestniczyła osobiście w tych pracach.

3. W części D formularza, stosownie do okoliczności, uwzględnia się dokumenty, o których mowa w art. 7 ust. 5 ustawy z dnia 7 lipca 2005 r. o działalności lobbingsowej w procesie stanowienia prawa, a także pełnomocnictwa do wniesienia zgłoszenia lub do reprezentowania podmiotu w pracach nad projektem aktu normatywnego lub projektu założeń projektu ustawy.

4. Część E formularza wypełnia się w przypadku uzupełnienia braków formalnych lub zmiany danych dotyczących wniesionego zgłoszenia.

Ocena zgodności z zasadami ustroju gospodarczego oraz regułami konkurencji UE przepisów projektu nowelizacji rozporządzenia w sprawie szczegółowych warunków przeprowadzenia przetargu dla podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry lub zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne.

1 Wprowadzenie i cel opinii.

Celem opinii jest ocena rozwiązań prawnych dotyczących kryteriów oceny ofert składanych przez przedsiębiorców ubiegających się o koncesję na prowadzenie kasyna gry, zawartych w przyjętym 9 października 2024 r. projekcie rozporządzenia zmieniającego rozporządzenie Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków przeprowadzenia przetargu dla podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry lub zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne (dalej jako: projekt rozporządzenia) pod kątem:

- zgodności z konstytucyjnymi zasadami ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej,
- zgodności z regułami konkurencji UE.

Opinia została sporządzona przez dr. hab. Łukasza Grzejdziaka, profesora w Katedrze Europejskiego Prawa Gospodarczego, Wydziału Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego.

2 Skutki planowanej nowelizacji rozporządzenia przetargowego dla konkurencji.

Projekt rozporządzenia wprowadza zmiany dotyczące kryteriów oceny ofert składanych przez przedsiębiorców w przetargach o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry w tym:

1. w obrębie kryterium ustanowionego w §2 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia Ministra Finansów z dnia 27 sierpnia 2010 r. w sprawie szczegółowych warunków przeprowadzenia przetargu dla podmiotów ubiegających się o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry lub zezwolenia na prowadzenie salonu gry bingo pieniężne (dalej jako: rozporządzenie)¹, dotyczącego dochodów podatkowych, jakie podmiot ubiegający się o koncesję planuje osiągnąć;
2. w obrębie kryterium objętego §2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia, które to kryterium odnosi się do zmiany wysokości podatku od gier w stosunku do wysokości tego podatku zadeklarowanej wcześniej przez podmiot, który uzyskał wcześniej koncesję lub zezwolenie w wyniku przetargu;

Ocena skutków zastosowania projektowanych rozwiązań prowadzi do wniosku, że obejmowałyby one uprzywilejowanie, w postępowaniu koncesyjnym, operatorów zasiedziałych, tj. podmiotów, które kontynuują prowadzenie działalności w tej samej lokalizacji, a w szczególności tych będących lokalnymi liderami rynkowymi (o największej skali działalności w danym województwie).

Przy założeniu, że pozostałe kryteria zostały spełnione przez wszystkich uczestników przetargu w takim samym stopniu, przewaga operatora zasiedziałego nad innymi uczestnikami

¹ Dz.U. 2010 nr 161 poz. 1085

postępowania mieściłaby się w przedziale od 1 punktu (w odniesieniu do podmiotu deklarującego drugą pod względem wielkości średnią kwotę podatku od gier w danym województwie i podmiotu, który w okresie ostatnich trzech lat kalendarzowych poprzedzających rok, w którym ogłoszono zawiadomienie o przetargu, nie prowadził działalności na podstawie koncesji lub zezwolenia w województwie, którego dotyczy przetarg) do 2 pkt (w przypadku podmiotu deklarującego trzecią lub kolejną pod względem wielkości średnią kwotę podatku od gier w danym województwie).

Oddziaływanie tak ustalonych kryteriów przetargu prowadziłyby do powstania dodatkowej, poza koncesją, bariery wejścia na rynek dla ewentualnych nowych graczy oraz bariery ekspansji dla graczy już na nim obecnych, lecz o mniejszej skali działalności. Oznaczałoby to bowiem, że nowy gracz oferujący usługi tej samej jakości, i spełniający w równym stopniu pozostałe kryteria przetargowe, stałby zawsze na przegranej pozycji w konkurencji z operatorem zasiedziałym. Podobna sytuacja miałaby miejsce z operatorami rynkowymi już obecnymi w danej lokalizacji, jednak działającymi na mniejszą skalę. Podmioty tego rodzaju, zmuszone zostałyby do opuszczenia rynku po wygaśnięciu koncesji ilekroć operator zasiedziały spełniający w takim samym stopniu pozostałe kryteria, zdecydowałby się wziąć udział w przetargu.

Rezultatem byłoby stopniowe wzmacnianie pozycji danego operatora kosztem pozostałych graczy rynkowych, aż do zmonopolizowania przez niego działalności na lokalnych rynkach właściwych obejmujących obszary danych miejscowości oraz w odniesieniu do działalności na obszarach wyznaczonych granicami województw. Powstałe w ten sposób bariery wejścia i rozwoju miałyby charakter trwały, a w dodatku ich oddziaływanie wzmacniałoby się wraz z upływem czasu. W wyniku uzyskiwania kolejnych koncesji w danym województwie pozycja rynkowa operatora zasiedziałego umacniałaby się. Lokalny dominant z czasem uzyskiwałby kolejne koncesje na prowadzenie kasyna gry w danym województwie. Prowadziłoby to do eliminowania konkurentów z rynku, a tym samym do stopniowego powiększania przewagi operatora zasiedziałego pod względem uzyskiwanych kwot podatku od gier. Wejście na rynek nowego operatora spełniającego w równym stopniu pozostałe kryteria wyboru ofert byłoby wówczas niemożliwe, bez względu na to jak bardzo efektywny by on nie był. Z tych względów kryteria wyboru ofert prowadzą do różnicowania sytuacji konkurentów z przyczyn innych, aniżeli te właściwe konkurencji merytorycznej takie jak efektywność prowadzenia działalności, cena lub jakość usług.

3 Kwestia zgodności proponowanej nowelizacji z zasadami ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.

3.1 Zasady społecznej gospodarki rynkowej i konkurencji.

Stosownie do art. 20 Konstytucji, społeczna gospodarka rynkowa oparta na wolności działalności gospodarczej, własności prywatnej oraz solidarności, dialogu i współpracy partnerów społecznych stanowi podstawę ustroju gospodarczego Rzeczypospolitej Polskiej.

Spółeczna gospodarka rynkowa stanowi spójną koncepcję ustroju gospodarczego, w którego centrum lokuje się mechanizm rynkowy oparty na wolnej grze rynkowej prywatnych podmiotów konkurujących ze sobą i cieszących się wolnością gospodarczą. Jest ona przy tym rozumiana nie tylko jako zasadnicza wolność od ograniczających ją działań państwa, lecz także od ograniczeń wynikających z nadużywania prywatnej siły rynkowej. W klasycznym ujęciu doktryny społecznej gospodarki rynkowej, system gospodarczy powinien zapewniać tzw. pełną konkurencję (*vollstandiger Wettbewerb*), gwarantującą najwyższą efektywność

gospodarki.² Pełna konkurencja jest źródłem korzyści ekonomicznych i pozaekonomicznych dla społeczeństwa.³ O ile te pierwsze wiążą się z efektywnością ekonomiczną, o tyle te drugie rozumie się przede wszystkim jako sytuację, w której wolność poszczególnych podmiotów rynkowych moderowana jest przez wolność innych podmiotów. W tym kontekście konkurencja postrzegana jest jako narzędzie służące pozbawianiu silnych podmiotów kontroli nad rynkiem i umożliwianiu siłom rynkowym wzajemnego równoważenia się.⁴

W systemie społecznej gospodarki rynkowej sprawnie funkcjonująca gospodarka wolnorynkowa jest nie tyle celem, a instrumentem służącym osiągnięciu celu ostatecznego w postaci postępu społecznego. Ustrój ten powinien obejmować szerszy zestaw instrumentów polityki społecznej i węższy zestaw środków polityki gospodarczej, delikatnie zsynchronizowanych ze sobą. Oznacza to promowanie instrumentów polityki społecznej, jednak tylko takich, które nie są niezgodne z zasadami gospodarki rynkowej, i które nie pozwalają monopolistyczno-syndykalistycznym tendencjom na penetrowanie fundamentów porządku konkurencyjnego.⁵

Nadanie przez ustrojodawcę społecznej gospodarce rynkowej rangi nadrzędnej zasady ustroju gospodarczego RP ma programowy charakter.⁶ Zasada ta stanowi wiążącą normę konstytucyjną adresowaną do państwa i jego organów, przekładającą się na nakaz dążenia „do osiągnięcia ustroju społecznej gospodarki rynkowej w takim stopniu, jak to jest faktycznie i prawnie możliwe.”⁷ Wynika z niej zatem adresowana do państwa i wiążąca dyrektywa stanowienia i stosowania prawa w zgodzie z tą zasadą. W odniesieniu do elementu rynkowego zasady społecznej gospodarki rynkowej, przekłada się to na obowiązek ochrony zarówno wolności gospodarczej, jak i mechanizmu konkurencyjnego.

Z takim rozumieniem zasady społecznej gospodarki rynkowej współgra prezentowane w doktrynie ujęcie konstytucyjnej zasady konkurencji. Zasada ta nie jest wymieniona wprost w

² W. Eucken, *Wettbewerb als Grundprinzip der Wirtschaftsverfassung* in *Der Wettbewerb als Mittel volkswirtschaftlicher Leistungssteigerung und Leistungsauslese* (Berlin: Duncker & Humblot 1942), s. 37-38; W. Eucken, *Die Grundlagen der Nationalökonomie*. (Springer 1965), s. 91. D. J. Gerber, *Constitutionalizing the Economy: German Neo-Liberalism, Competition Law and the „New” Europe*, *American Journal of Comparative Law*. vol. 42, 1994, s. 43, C. Ahlborn, C. Grave, *Walter Eucken and Ordoliberalism: An Introduction from a Consumer Welfare Perspective*, *Competition Policy International*, vol. 2, is. 2 (Nov. 1, 2006) i H. Rieter, M. Schmolz, *The ideas of German Ordoliberalism 1938–45: pointing the way to a new economic order*, *The European Journal of the History of Economic Thought*, vol. 1 (1)/1993 r., s. 100.

³ D. J. Gerber, *Constitutionalizing...* op. cit., s. 43.

⁴ W. Eucken, *Die Wettbewerbsordnung und Ihre Verwirklichung*, *Ordo: Jahrbuch für Die Ordnung von Wirtschaft und Gesellschaft*, vol. 2, 1949, s. 27; F. Böhm, *Die Ordnung der Wirtschaft als geschichtliche Aufgabe und rechtsschöpferische Leistung*. (Stuttgart und Berlin: W. Kohlhammer 1938), s. 105. Jak twierdził jeden z ojców społecznej gospodarki rynkowej L. Erhard, „żaden obywatel nie może być na tyle silny aby ograniczać indywidualną wolność lub, w imię fałszywej wolności, być w stanie ją ograniczyć.”- zob. L. Erhard, *Wohlstand für Alle*, (Econ Verlag Düsseldorf/Wien, Februar 1957), s. 7.

⁵ A. Müller-Armack, *The Social Market Economy as an Economic And Social Order*, *Review of Social Economy*, vol. 36(3) (December 1978), s. 327-329.

⁶ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer, 2023, s. 90

⁷ Jak słusznie twierdzi K. Strzyczkowski, „uznanie konkurencji jako jednej z zasad ustroju gospodarczego RP jest konsekwencją decyzji ustawodawcy konstytucyjnego o ustroju społecznej gospodarki rynkowej, opierającej się na wolności gospodarczej i własności prywatnej, gdyż istnieje ścisły związek między wolnością gospodarczą, własnością prywatną a konkurencją zob. ibidem oraz cytowani przezeń T. Gizbert-Studnicki, *Zasady i reguły prawne*, Państwo i Prawo vol. 3, 1988, s. 16 i n.; M. Strzelbicki, *Publicznoprawne gwarancje swobody świadczenia usług przez podmioty zagraniczne w Polsce*, Poznań 2008.

konstytucji, jednak doktryna prawa rekonstruuje ją z innych przepisów konstytucji, w szczególności z jej art. 20 lub art. 76.⁸

Z zasady konkurencji wynika obowiązek „skierowany do organów władzy ustawodawczej wydania odpowiednich regulacji prawnych zmierzających do stworzenia, względnie ochrony, już istniejących mechanizmów konkurencji.”⁹ Prawodawca podlega zatem zarówno obowiązkowi o charakterze pozytywnym tworzenia, poprzez odpowiednią legislację, warunków sprzyjających jak najpełniejszemu funkcjonowaniu mechanizmu konkurencyjnego oraz powstrzymywania się od interwencji, która mogłaby konkurencję ograniczyć, w tym poprzez tworzenie niekonkurencyjnych struktur rynkowych.

W systemie społecznej gospodarki rynkowej, wszelka interwencja państwa w gospodarkę powinna nie tylko być uzasadniona jego celami lecz także być podejmowana na zasadzie wyjątku. Interwencja ta powinna być zatem proporcjonalna, a zatem nie nadmierna, tj. ograniczona do minimum niezbędnego do osiągnięcia określonego celu. Jednocześnie interwencja ta powinna być prowadzona w takiej formie i przy użyciu takich instrumentów, które w jak najmniejszy sposób ingerują w konkurencję na rynku. Dotyczy to także wykonywania przez organy administracji gospodarczej funkcji reglamentacji gospodarczej.¹⁰ Jest ona dopuszczalna w systemie społecznej gospodarki rynkowej, choć jedynie jako odstępstwo od zasady wolności gospodarczej. Stosownie do art. 22 Konstytucji RP ograniczenie wolności działalności gospodarczej jest dopuszczalne tylko w drodze ustawy i tylko ze względu na ważny interes publiczny, przez co rozumie się przede wszystkim potrzebę realizacji wartości wymienionych w art. 31 ust. 3 Konstytucji RP.¹¹ Stosownie do jego treści, ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw mogą być ustanawiane tylko w ustawie i tylko wtedy, gdy są konieczne w demokratycznym państwie dla jego bezpieczeństwa lub porządku publicznego, bądź dla ochrony środowiska, zdrowia i moralności publicznej, albo wolności i praw innych osób.

Z powyższego wynika, że zgodna z zasadami ustroju gospodarczego reglamentacja działalności gospodarczej ma być prowadzona zarówno w sposób proporcjonalny do celu któremu służy, jak i w sposób minimalnie godzący w konkurencję. *A contrario*, ukształtowanie przez prawodawcę warunków uzyskania koncesji w sposób, który prowadzi do zakłócenia działania mechanizmu konkurencyjnego w stopniu wykraczającym poza to, co niezbędne do ochrony określonego dobra chronionego prawem, jest sprzeczne z zasadami ustroju gospodarczego RP.

3.2 Ocena zgodności kryteriów wyboru ofert z zasadami ustroju gospodarczego RP.

Wprowadzenie kryterium objęte nowoprojektowanym §2 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia, wiązałoby się z naruszeniem konstytucyjnych zasad społecznej gospodarki rynkowej i konkurencji. Jego stosowanie prowadziłoby bowiem do faworyzowania operatora zasiedziałego oraz do powstania barier wejścia na rynek i ekspansji, co w rezultacie sprzyjałoby monopolizacji lokalnych rynków. Rozwiązanie to tworzyłoby strukturalne

⁸ K. Strzyczkowski, *Prawo gospodarcze publiczne*, Wolters Kluwer, 2023, s. 104; alternatywnie zasadę konkurencji rekonstruuje się z art. 76 Konstytucji RP, stosownie do którego „władze publiczne chronią konsumentów, użytkowników i najemców przed działaniami zagrażającymi ich zdrowiu, prywatności i bezpieczeństwu oraz przed nieuczciwymi praktykami rynkowymi.”

⁹ Ibidem

¹⁰ Podobnie G. Kryszewski, K. Prokop, *Aksjologia polskiej konstytucji*, Wyd. Sejmowe 2017, Rozdz. 4, lex/el.

¹¹ Wyr. Trybunału Konstytucyjnego z 17.12.2003 r., SK 15/02

warunki do prowadzenia działalności w warunkach silnej koncentracji rynku, a nawet monopolu, znacznie ograniczając lub nawet wyłączając konkurencję na lokalnych rynkach.

Antykonkurencyjny charakter tego kryterium nie budzi wątpliwości. Analogiczne działania, choć dokonywane nie przez prawodawcę, a przez przedsiębiorców, były bez zastrzeżeń uznawane przez Prezesa UOKiK i sądy za praktyki ograniczające konkurencję. W decyzji z 10 lipca 2009 r. nr RWA - 9/2009 organ konkurencji uznał za nadużycie pozycji dominującej poprzez przeciwdziałanie ukształtowaniu się warunków niezbędnych do powstania bądź rozwoju konkurencji, przyjęcie za kryterium oceny ofert w postępowaniu w sprawie zawarcia umowy o udzielenie świadczeń opieki zdrowotnej okoliczności realizowania przez oferenta, w dniu złożenia oferty, leczenia świadczeniobiorców w ramach danego zakresu świadczeń na podstawie umowy zawartej z NFZ, co stanowiło naruszenie art. 9 ust. 1 i ust. 2 pkt 5 ustawy z dnia 16 lutego 2007 r. o ochronie konkurencji i konsumentów.¹²

Kryterium zawarte w projektowanym §2 ust. 1 pkt 3a rozporządzenia, nie ma czytelnego uzasadnienia w celach, którym służyć ma reglamentacja podejmowania działalności gospodarczej polegającej na prowadzeniu kasyna. W obowiązującym brzmieniu rozporządzenia kryterium ustanowione w §2 ust. 1 pkt 3a służy celom fiskalnym. W założeniu im większa wartość podatku zadeklarowanego do osiągnięcia w przyszłości przez podmiot ubiegający się o koncesję, tym potencjalnie większy dochód państwa z podatku od gier. Trudno uznać, że taki sam skutek będzie miało zastosowanie kryterium wartości zadeklarowanego w przeszłości podatku od gier na obszarze danego województwa. Po pierwsze, zadeklarowanie podatku w dużej wysokości w przeszłości nie oznacza, że dany podmiot osiągnie podobnie wysoki podatek w przyszłości. Tym bardziej nie świadczy to o tym, że wejście na rynek nowego gracza, który konkurowałby z operatorem zasiedziałym, nie doprowadziłoby do uzyskania przez państwo wyższych dochodów podatkowych, aniżeli w przypadku takiej konfiguracji, w której koncesję na kolejne kasyno uzyskałby zasiedziały operator. Oddziaływanie mechanizmu konkurencyjnego sprzyja bowiem efektywności gospodarczej oraz zwiększeniu ogólnego wolumenu sprzedaży.

Po drugie, z punktu widzenia państwa istotna jest nie tyle kwota podatku osiągniętego w danym województwie, a uzyskana w skali całego państwa. Gdyby nawet na podstawie efektywności danej działalności w przeszłości oceniać perspektywę zwiększenia dochodów podatkowych w przyszłości, należałoby to zrobić poprzez odniesienie do dochodów podatkowych osiągniętych przez dany podmiot w skali całego państwa. Wprowadzenie projektowanego kryterium może doprowadzić do absurdu, w którym skrajnie nieefektywny przedsiębiorca prowadzący jedyne kasyno w województwie będzie uprzywilejowany w przetargu o udzielenie koncesji względem najbardziej efektywnego operatora w państwie, który jednak dotychczas działalności w danym województwie nie prowadził.

Kryterium zawarte w §2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia zostało sformułowane w sposób nieprzejrzysty i nie jest w pełni jasne. Z uzasadnienia projektu rozporządzenia wynika jednak, że jego zastosowanie skutkować ma nieprzyznaniem 2 pkt podmiotowi, który w poprzednim postępowaniu przetargowym uzyskał koncesję lub zezwolenie lecz odprowadził mniejszy od zadeklarowanego w ofercie podatek od gier. Ma to w założeniu zapobiegać praktykom zawyżania kwot deklarowanego podatku w postępowaniach przetargowych (i dzięki temu

¹² Decyzja utrzymana w mocy wyr. SOKiK z 20 kwietnia 2011 r. sygn. akt XVII AmA 201/09 oraz wyr. Sądu Apelacyjnego w Warszawie z 23 maja 2012 r. sygn. akt VI A Ca 1142/11; zob. także decyzję Prezesa UOKiK z Nr RŁO 57/2013 z 31 grudnia 2013 r.

uzyskiwania większej liczby punktów), a następnie korygowania deklaracji, gdy rzeczywista skala działalności podmiotu nie pozwala na odprowadzenie deklarowanej kwoty. Kryterium uregulowane w projektowanym §2 ust. 1 pkt 5 rozporządzenia rzeczywiście nie wprowadza preferencji dla operatorów zasiedziały, a wyłącznie osłabia pozycję tych spośród nich, którzy nie odprowadzili wcześniej zadeklarowanego podatku. Opiera się ono jednak na kryterium ustanowionym w §2 ust. 1 pkt 3a projektowanego rozporządzenia, które jest wadliwe.

Kryteria wyboru ofert zawarte w projekcie rozporządzenia są w związku z tym niezgodne z zasadami ustroju gospodarczego RP.

4 Kwestia zgodności kryteriów wyboru ofert z regułami konkurencji UE.

Kryteria wyboru ofert zawarte w projekcie nowelizacji rozporządzenia budzą wątpliwości co do ich zgodności z unijnymi regułami konkurencji, a w szczególności z art. 106 ust. 1 TFUE. Stosownie do jego treści państwa członkowskie, w odniesieniu do przedsiębiorstw publicznych i przedsiębiorstw, którym przyznają prawa specjalne lub wyłączne, nie wprowadzają ani nie utrzymują żadnego środka sprzecznego z normami Traktatów, w szczególności z normami przewidzianymi w artykule 7 oraz artykułach 101-109 włącznie.

Art. 106 ust. 1 TFUE ustanawia zakaz podejmowania przez państwa członkowskie, wobec kategorii podmiotów w nim wymienionych, środków, które skutkowałyby naruszeniem przepisów traktatowych, a w szczególności reguł konkurencji. Jak wynika z treści tego przepisu, nie może być on stosowany samodzielnie, a zawsze w połączeniu z innym przepisem Traktatów. Szczególnie często stosowany jest łącznie z art. 102 TFUE statuującym zakaz nadużywania pozycji dominującej.

Utrwalone orzecznictwo sądowe nakazuje uznawać za naruszenie art. 106 ust. 1 TFUE w związku z art. 102 TFUE wszelkie środki podjęte przez państwa członkowskie, które stwarzają warunki, w których przedsiębiorstwo nie jest w stanie uniknąć nadużycia pozycji dominującej lub jest do niego przywiedzione.¹³ Za naruszenie art. 106 ust. 1 TFUE w związku z art. 102 TFUE uznawane było:

- przyznanie praw wyłącznych skutkujące brakiem możliwości efektywnego zaspokojenia popytu ze strony potencjalnych nabywców;¹⁴
- przyznanie posiadaczowi praw wyłącznych kolejnych uprawnień umożliwiających mu rozszerzenie lub wzmocnienie jego pozycji dominującej;¹⁵
- stworzenie warunków do dyskryminacji cenowej¹⁶,

¹³ wyr. TS z 23.04.1991 r., C-41/90, *Klaus Höfner i Fritz Elser p. Macrotron GmbH*, EU:C:1991:161, pkt 20

¹⁴ Zob. wyr. TS z 3.03.2011 r., C-437/09, *AG2R Prévoyance p. Beaudout*, EU:C:2011:112, z 11.12.1997 r., C-55/96, *Job Centre coop. arl.*, EU:C:1997:603 oraz wyr. Sądu UE z 25.03.2015 r., T-556/08, *Slovenská Pošta*, EU:T:2015:189.

¹⁵ wyr. TS z 13.12.1991 r., C-18/88, *RTT p. GB-Inno-BM S.A.* EU:C:1991:474, pkt 24; analogiczne podejście stosowane było w wyr. TS z 17.11.1992 r., C-271/90, C-281/90 i C-289/90, *Hiszpania, Belgia i Włochy p. Komisji*, EU:C:1992:440 oraz z 17.07.2014 r. C-553/12 P, *Komisja p. Dimosia Epicheirisi Ilektrismou AE (DEI)* EU:C:2014:2083; Zob. także wyr. TS z 12.02.1998 r., C-193/96, *Postępowanie karne przeciwko Silvano Raso i innym*, EU:C:1998:54

¹⁶ Wyr. TS z 17.07.1997 r., C-242/95, *GT-Link A/S p. Danske Staatsbaner (DSB)*, EU:C:1997:376

- stosowanie cen nadmiernie wygórowanych¹⁷ oraz do odmowy dostępu do urządzeń kluczowych.¹⁸

W sprawie *Corbeau* Trybunał nie zidentyfikował konkretnego środka państwowego stanowiącego naruszenia art. 106 ust. 1 TFUE dając w ten sposób do zrozumienia, że naruszenie to stanowiło samo w sobie utrzymywanie monopolu poczty belgijskiej na usługi kurierskie.¹⁹

Adresatem obowiązku uregulowanego w art. 106 ust. 1 TFUE są państwa członkowskie. Odnosi się on m.in. do przedsiębiorstw, którym przyznano prawa wyłączne lub prawa specjalne. W wyroku w sprawie *Ambulanz Glöckner* TSUE orzekł, że środek państwowy nadaje prawo wyłączne lub specjalne, „gdy udziela ochrony ograniczonej liczbie przedsiębiorstw i może istotnie wpłynąć na zdolność innych przedsiębiorstw do prowadzenia danej działalności gospodarczej na tym samym obszarze w zasadniczo równorzędnych warunkach”.²⁰

Terminy „prawa wyłączne” i „prawa specjalne” zdefiniowane zostały w dyrektywie Komisji 2006/111/WE z w sprawie przejrzystości stosunków finansowych²¹. Stosownie do art. 2 lit. f tej dyrektywy „prawa wyłączne” oznaczają prawa przyznane jednemu przedsiębiorstwu przez państwo członkowskie na mocy dowolnego instrumentu ustawowego, wykonawczego lub administracyjnego, zastrzegające dla tego przedsiębiorstwa wyłączne prawa do świadczenia usług lub prowadzenia działalności na danym obszarze geograficznym. Zgodnie z art. 2 lit. g dyrektywy o przejrzystości stosunków finansowych „prawa specjalne” oznaczają prawa przyznane przez państwo członkowskie ograniczonej liczbie przedsiębiorstw, na mocy dowolnego instrumentu ustawowego, wykonawczego lub administracyjnego, które na danym obszarze geograficznym:

- i) ograniczają do dwóch lub więcej liczbę takich przedsiębiorstw, mających zezwolenie na świadczenie usług lub podejmowanie działalności, na zasadzie innej niż poprzez stosowanie obiektywnych, proporcjonalnych i niedyskryminujących kryteriów; lub
- ii) wyznaczają, na zasadzie innej niż przez stosowanie takich kryteriów, kilka konkurujących ze sobą przedsiębiorstw do świadczenia usług lub podjęcia działalności; lub
- iii) przyznają jakiegokolwiek przedsiębiorstwu lub przedsiębiorstwom, na zasadzie innej niż przez stosowanie takich kryteriów, jakichkolwiek ustawowych lub administracyjnych korzyści, które mają istotny wpływ na zdolność innych przedsiębiorstw do świadczenia tych samych usług lub prowadzenia tego samego rodzaju działalności na tym samym obszarze geograficznym na warunkach zasadniczo równoważnych.

Z powyższego wynika, że po wejściu w życie projektu rozporządzenia koncesjonariusze koncesji na prowadzenie kasyna spełnialiby przesłanki definicji podmiotów,

¹⁷ Wyr. TS z 27.02.2014 r., C-351/12, OSA – *Ochranný svaz autorský pro práva k dílům hudebním o.s. p. Léčebné lázně Mariánské Lázně a.s.*, EU:C:2014:110/

¹⁸ Decyzja Komisji nr 94/119/EC z 21.12.1993 r. dotycząca odmowy dostępu do urządzeń portowych w Rødby (Dania), Dz. Urz. UE L nr 55 s. 52 z 26.02.1994 r.

¹⁹ Wyr. TS z 19.05.1993 r., C-320/91, *Procureur du Roi p. Paul Corbeau*, EU:C:1993:198

²⁰ Pkt 24 wyr. TS z 25.10.2001 r., C-475/99, *Firma Ambulanz Glöckner p. Landkreis Südwestpfalz*, EU:C:2001:577 oraz pkt 41 wyr. TS z 12.12.2013 r., C-327/12, *Ministero dello Sviluppo Economico p. SOA Nazionale Costruttori—Organismo di Attestazione*, EU:C:2013:827.

²¹ Dyrektywa Komisji 2006/111/WE z 16.11.2006 r. w sprawie przejrzystości stosunków finansowych między państwami członkowskimi a przedsiębiorstwami publicznymi, a także w sprawie przejrzystości finansowej wewnątrz określonych przedsiębiorstw, Dz. Urz. L nr 318 z 17.11.2006 r., s. 17.

którym państwo członkowskie przyznało prawa specjalne objętej art. 2 lit. g pkt i dyrektywy w sprawie przejrzystości. Wynika to po pierwsze z ustanowienia art. 15 u.g.h. ograniczeń terytorialnych dotyczących lokalizacji kasyn gry w odniesieniu do województw jak i poszczególnych miejscowości. Po drugie, byłoby to rezultatem przyjęcia kryteriów wyboru oferty o nieproporcjonalnym, nieobiektywnym i dyskryminującym charakterze, co wyrażałoby się w nieuzasadnionym preferowaniu dotychczasowego operatora.

Wprowadzenie proponowanych rozwiązań prawnych prowadziłoby do naruszenia konkurencji polegającego na stopniowej monopolizacji lokalnych rynków właściwych poprzez stworzenie przez państwo barier wejścia na rynek wobec konkurentów operatora zasiedziałego. W wyniku wejścia w życie projektu rozporządzenia dotychczasowy beneficjent praw specjalnych uzyskałby kolejne przywileje dodatkowo wzmacniające jego i tak silną pozycję rynkową. Projektowane rozwiązania prawne w zakresie kryteriów wyboru ofert w przetargach na udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna naruszają art. 106 ust. 1 TFUE w związku z art. 102 TFUE.

5 Wnioski końcowe.

1. Wejście w życie projektowanych kryteriów wyboru oceny ofert składanych przez przedsiębiorców w przetargach o udzielenie koncesji na prowadzenie kasyna gry prowadziłoby do stopniowego wzmacniania pozycji operatora zasiedziałego kosztem pozostałych graczy rynkowych, aż do zmonopolizowania przez niego działalności na lokalnych rynkach właściwych i na obszarach wyznaczonych granicami województw. Prowadziłoby to do powstania silnych barier wejścia na rynek dla nowych operatorów oraz barier ekspansji dla mniejszych operatorów obecnych już na danym obszarze.
2. Nowoprojektowane kryteria wyboru oceny ofert są sprzeczne z konstytucyjnymi zasadami ustroju gospodarczego, a w szczególności z zasadą społecznej gospodarki rynkowej i konkurencji.
3. Nowoprojektowane kryteria wyboru oceny ofert są sprzeczne z art. 106 ust. 1 w związku art. 102 Traktatu o Funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Ich wejście w życie byłoby równoznaczne z wprowadzeniem przez państwo członkowskie, względem przedsiębiorstw, którym przyznano prawa specjalne, środków nieuchronnie zmierzających do ograniczenia konkurencji.

Dr. hab. Łukasz Grzejdziak, Prof. UŁ

Katedra Europejskiego Prawa Gospodarczego
Wydział Prawa i Administracji Uniwersytetu Łódzkiego

Visiting Professor
Sutherland School of Law
University College Dublin