

Sygn.akt VI SA/Wa627/12

Nie zgadzam się z wyrokiem Wojewódzkiego Sądu Administracyjnego w Warszawie z dnia 25 maja 2012r. sygn.akt VI SA/Wa 627/12

AKTY PRAWNE:

1. Kodeks postępowania administracyjnego (Dz. U. z 2000 r. Nr 98, poz. 1071, z późn. zm.;- K p a.),
2. Ustawa z dnia 29 grudnia 1992 r. o radiofonii i telewizji (Dz.U. z 2011 r. Nr 43, poz. 226, z późn. zm. - ustawa o radiofonii i telewizji lub urt),
3. Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 4 stycznia 2007 r. w sprawie zawartości wniosku o udzielenie koncesji oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz.U. z 2007, nr 5, poz.41, z późn.zm. - Rozporządzenie w sprawie zawartości wniosku),
4. Rozporządzenie Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji z dnia 4 lutego 2000 r. w sprawie opłat za udzielenie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych telewizyjnych (Dz.U. z 2000, nr 12, poz. 153 - Rozporządzenie w sprawie opłat),
5. Ustawa z dnia 30 czerwca 2011 r. o wdrożeniu naziemnej telewizji cyfrowej Dz.U. z 2011. Nr 153, poz.903 - ustawa o cyfryzacji),
6. Ustawa z dnia 2 lipca 2004 r. o swobodzie działalności gospodarczej (Dz.U. z 2010. Nr 220. poz. 1447 j.t. z późn. zm. - ustawa o swobodzie działalności),
7. Ustawa z dnia 29 sierpnia 1997 r. Ordynacja podatkowa (Dz.U. z 2005, Nr 8 poz. 60 t.j. z późn. zm. - Ordynacja podatkowa),
8. Ustawa z dnia 15 września 2000 r. (Dz.U. z 2000, Nr 94, poz.1037 z późn. zm. Kodeks spółek handlowych - ksh).
9. Ustawa z dnia 30 sierpnia 2002 r. - Prawo o postępowaniu przed sądami administracyjnymi (j.t. Dz.U. z 2012 r., poz. 270 - p.p.s.a.).

Ogłoszeniem z dnia 5 stycznia 2011 r. (Ogłoszenie) opublikowanym w Monitorze Polskim z dnia 18 stycznia 2011 r. (Nr 4, poz. 60), wydanym po porozumieniu z Prezesem Urzędu Komunikacji Elektronicznej, Przewodniczący Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji (Przewodniczący lub organ) poinformował o możliwości uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego (ogłoszenie wszczęło postępowanie w rozpatrywanej sprawie).

Na podstawie pkt. 1 Ogłoszenia, organ poinformował o możliwości uzyskania koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozsywczą naziemną w sposób cyfrowy poprzez wystąpienie z wnioskiem o dokonanie zmiany koncesji w trybie art. 155 K.p.a. Ogłoszenie zakładało zmianę (rozszerzenie) 4 (czterech) koncesji. Termin składania wniosków upływał 4 marca 2011 roku.

W odpowiedzi na Ogłoszenie Przewodniczącego z dnia 5 stycznia 2011 r. m.in. skarżący:

1. FUNDACJA „LUX VERITATIS” z siedzibą w Warszawie (fundacja lub LUX N/ERITATIS) koncesja nr 287/2003-T z dnia 13 marca 2003 r. (wniosek nr 018/2011)
2. Mediasat sp. z o. o., z siedzibą w Warszawie (spółka), koncesja nr 431/2010-T z dnia 4 lutego 2010 r. (wniosek nr 016/2011) wystąpili o rozszerzenie koncesji na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą satelitarną poprzez przyznanie prawa do rozpowszechniania programu drogą rozsywczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T.

Zgodne z ustawą o radiofonii i telewizji ocena złożonych wniosków miała być dokonywana na podstawie przesłanek określonych w przepisie art. 36 ust. 1 urt, tj. w szczególności w oparciu o następujące przesłanki:

- 1) stopień zgodności zamierzonej działalności programowej z zadaniami określonymi w art. 1 ust. 1 ustawy, z uwzględnieniem stopnia realizacji tych zadań przez innych nadawców działających na obszarze objętym koncesją

- 2) możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu;
- 3) przewidywany udział w programie audycji wytworzonych przez nadawcę lub na jego zamówienie albo we współdziałaniu z innymi nadawcami;
- 4) przewidywany udział audycji, o których mowa w art. 15 ust. 1 i 3, w programie telewizyjnym albo utworów, o których mowa w art. 15 ust. 2, w programie radiowym lub telewizyjnym;
- 5) dotychczasowe przestrzeganie przepisów dotyczących radiokomunikacji i środków masowego przekazu".

KRRiT uznała, że skarżący nie spełniają kryterium wiarygodności finansowej, a tym samym ich wnioski nie zasługiwały na uwzględnienie.

Moim zdaniem koncesjonowanie działalności polegającej na rozpowszechnianiu programów radiowych i telewizyjnych przez jednostki niepublicznej radiofonii i telewizji oznacza administracyjną ingerencję w sferę konstytucyjnie gwarantowanych praw i wolności obywatelskich: prawa do swobodnej działalności gospodarczej (art. 6 Konstytucji) i prawa swobodnego dostępu do informacji, wynikającego z deklarowanej wolności słowa, druku, zgromadzeń itd. (art. 83 Konstytucji). Rozstrzygnięcia administracyjne w tej materii zatem wymagają stosowania procedur prawnych, które sprowadzałyby udział organu administracyjnego do roli bezstronnego realizatora polityki państwa w dziedzinie tzw. środków masowej komunikacji.

Udzielanie koncesji na rozpowszechnianie programów radiowych i telewizyjnych jest niewątpliwie sprawą publiczną. Powinno zatem podlegać regułom rządzącym działaniami o charakterze publicznym. Należą do nich m.in. jawność podejmowania decyzji i równe traktowanie wszystkich zainteresowanych, dające im równe szanse w ubieganiu się o dobra reglamentowane. Tym założeniom odpowiada procedura udzielania koncesji, przewidziana w

ustawie o radiofonii i telewizji. Jawne, bo wynikające z przepisów prawa, są ogólne kryteria udzielania koncesji. Jawności służy również podporządkowanie postępowania koncesyjnego przepisom procedury administracyjnej, zawartym w kodeksie postępowania administracyjnego. W szczególności istotne znaczenie ma uznanie rozstrzygnięcia koncesyjnego za decyzję administracyjną. Związany z nią warunek uzasadnienia faktycznego i prawnego zmusza organ koncesyjny do ujawnienia motywów, którymi się kierował w swych wyborach. Przepis art. 34 ustawy o radiofonii i telewizji zawiera poza tym gwarancje równych szans dla wszystkich uczestników postępowania koncesyjnego.

Przewodniczący publicznie ogłasza termin składania wniosków koncesyjnych i rozpatruje je w ramach jednego postępowania, jeżeli ich liczba przekracza istniejące możliwości rozdziału koncesji. Obowiązek rozpatrywania wniosków w jednym postępowaniu oznacza - moim zdaniem - obowiązek rozstrzygnięcia wszystkich spraw dotyczących tego samego rodzaju koncesji jedną decyzją administracyjną. Pogląd ten znajduje odzwierciedlenie w orzecznictwie Naczelnego Sądu Administracyjnego dotyczącym art. 62 k.p.a.. Rozpatrywanie wniosków w jednym postępowaniu zakończonym jedną decyzją administracyjną ma zapewnić możliwość ich wzajemnego porównania i tym samym ułatwić prawidłową ich ocenę i wybór najlepszego. Zapobiega ponadto stosowaniu niedozwolonych preferencji, polegających na udzielaniu koncesji w różnym czasie podmiotom biorącym udział w tym samym postępowaniu. Związanie organu koncesyjnego jego publiczną ofertą rozdysponowania określonych częstotliwości pomiędzy określonych wnioskodawców, co do zasady eliminuje możliwość dokonywania zmian w tym zakresie w toku postępowania koncesyjnego, zarówno przez organ jak i biorących udział w postępowaniu. Pogląd ten wspierają przepisy rozporządzenia Krajowej Rady Radiofonii i Telewizji w sprawie zawartości wniosku oraz szczegółowego trybu postępowania w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie programów radiofonicznych i telewizyjnych (Dz. U. Nr 52, poz. 244). Według § 6 rozporządzenia wnioski złożone po terminie wyznaczonym w ogłoszeniu pozostawia się bez rozpoznania. Przepis § 19 ust. 2 rozporządzenia zaś stanowi, że w czasie postępowania koncesyjnego nie mogą być zmieniane wnioski w części dotyczącej

m.in. określenia przedmiotu działalności i rodzaju programu. Przepisy ustawy o radiofonii i telewizji oraz wspomnianego rozporządzenia nie dają podstaw do stwierdzenia, iż w czasie postępowania koncesyjnego jest dopuszczalna zmiana oferty koncesyjnej, nie przewidziana w ogłoszeniu o możliwościach udzielenia koncesji. Dopuszczając natomiast możliwość modyfikowania wniosku koncesyjnego w zakresie odpowiadającym zakresowi ogłoszenia, a nie naruszającym wspomnianych zakazów, nie można pozwolić na wyłączenie jawności tych działań, wyrażającej się co najmniej w obowiązku poinformowania o zmianach wszystkich zainteresowanych nimi wnioskodawców.

Zgodnie z art. 107 § 3 k.p.a. uzasadnienie decyzji administracyjnej jest jej obligatoryjnym składnikiem, i podkreśla, co powinno ono zawierać. W ramach uzasadnienia faktycznego organ administracji jest zobowiązany do wskazania faktów, które uznał za udowodnione, dowodów, na których się oparł oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej. Naczelny Sąd Administracyjny wielokrotnie podkreślał w swym orzecznictwie, iż dopełnienie tego obowiązku nabiera szczególnej wagi wówczas, gdy organ administracji przyznaje pewne uprawnienia niektórym spośród wielu ubiegających się, kierując się przy tym własną oceną, podejmowaną na podstawie bardzo ogólnych kryteriów prawnych (wyrok z dnia 22 października 1981 r. sygn. I SA 2147/81, ONSA 1981, z. 2, poz. 104).

Decyzja administracyjna wydana na podstawie art. 36 ust. 1 urt ma charakter uznaniowy. Zgodnie z art. 36 ust. 1 pkt 2 urt KRRiT dokonuje oceny „możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu”. W tej części przepis ten należy uznać za jasny i precyzyjny. W przypadku luzu decyzyjnego najważniejsze jednak jest to, że uznanie administracyjne nigdy nie oznacza dowolności organu administracji w decydowaniu. Może się ono przejawiać w różnym zakresie tylko na etapie oceniania, czy pewna forma prawna działania uregulowana w prawie przedmiotowym ma znajdować zastosowanie do pewnego stanu rzeczy, który ma stanowić podstawę faktyczną decyzji administracyjnej. Wszystkie pozostałe znamiona decyzji administracyjnej powinno regulować

prawo przedmiotowe. Stosując przepis uznaniowy, organ ten nie może naruszać praw podmiotowych wynikających z innych przepisów czy rozstrzygnięć innych organów państwa. Każdorazowo pod uwagę muszą być brane cele, dla jakich ustawa została wydana. Nie istnieje więc domniemane uznanie, lecz wymóg istnienia wyraźnej podstawy prawnej uznania. Odmienna jego interpretacja prowadzi do przekroczenia zasady swobodnej oceny dowodów, co w mojej ocenie miało miejsce w niniejszej sprawie.

W uzasadnieniach zaskarżonej decyzji organ koncesyjny posłużył się identyczną formułą, stwierdzającą że wnioski są oparte na realnych podstawach finansowych i zawierają prawidłowo skonstruowany plan działalności w części programowej i technicznej. Jednocześnie Przewodniczący nie stwierdził przesłanek negatywnych, przemawiających przeciwko udzieleniu koncesji tym podmiotom. Uzasadnienia jednak nie wskazują faktów i dowodów, na których oparł się Przewodniczący dochodząc do takich ustaleń. Moim zdaniem porównanie ustaleń z zawartością materiału dowodowego nie daje możliwości porównania sytuacji podmiotów otrzymujących koncesje i tych, które tej koncesji nie otrzymały.

I. naruszenie przepisów postępowania w stopniu mającym istotny wpływ na wynik sprawy, a w szczególności:

- 1) art. 6, 7, 8, 77 § 1, 80 oraz 107 § 3 K.p.a., polegające na:
 - błędnej ocenie zgromadzonego w sprawie materiału dowodowego, braku wszechstronnego rozważenia wszystkich okoliczności mogących mieć znaczenie dla rozstrzygnięcia niniejszej sprawy oraz przekroczeniu zasady swobodnej oceny dowodów skutkującej wydaniem w stosunku do skarżącej decyzji odmownej o rozszerzeniu koncesji
- 2) § 18 ust. 2 rozporządzenia KRRiT w zw. z art. 37 ust. 4 URiT poprzez jego niezastosowanie i rozpoznanie uzupełnionych przez część nadawców wniosków o zmianę koncesji w zakresie dotyczącym informacji programowych oraz ekonomiczno-finansowych wskazanych w § 4 pkt 5, § 5 pkt 8 i 8a oraz § 11 pkt 3 i 4 rozporządzenia KRRiT, dokonane w czasie trwania postępowania, podczas gdy przepis ten nakazuje organowi nieuwzględnianie tak uzupełnionego wniosku o zmianę koncesji;

- 3) art. 7, 77 § 1 i 127 § 3 k.p.a. w zw. z art 36 ust. 1 pkt 2 urt poprzez brak ustalenia prawidłowego stanu faktycznego wnioskodawcy, którego wniosek o zmianę koncesji został uwzględniony, tj. spółki STAVKA Sp. z o.o. poprzez uznanie za wiarygodne dokumenty mające stanowić dowód dysponowania środkami finansowymi na pokrycie kosztów przedsięwzięcia w postaci promesy bankowej;
- 4) art. 7 i 80 K.p.a. w zw. z art. 36 ust. 1 pkt 2 URiT poprzez ich niezastosowanie i przyjęcie za wiążącą oraz wystarczającą do oceny sytuacji ekonomicznej spółek: ESKA TV S.A. oraz Lemon Records Sp. z o.o., kondycję ekonomiczną akcjonariusza/udziałowca obu spółek, tj. spółki ZPR S.A.,
- 5) art. 6 k.p.a. poprzez jego niezastosowanie w stosunku do wnioskodawcy ATM Grupa S.A. w sytuacji złożenia przez ten podmiot pismem z dnia 29 listopada 2011 r. oświadczenia o cofnięciu wniosku i wyrażeniu zgody na zmianę koncesji Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r. na rozpowszechnianie programu drogą rozświeczną naziemną w sposób cyfrowy i następnie cofnięcia oświadczenia o cofnięciu wniosku o cofnięciu zgody na zmianę koncesji.

II. naruszenie przepisów prawa materialnego mającego wpływ na wynik sprawy, tj.:

1. art. 6 urt w zw. z art. 32 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej z dnia 2 kwietnia 1997 roku w zw. z art. 36 ust. 1 urt poprzez błędną wykładnię skutkującą naruszeniem konstytucyjnej zasady równości wobec prawa w wyniku przekroczenia uznania administracyjnego przy dowolnym zastosowaniu kryteriów oceny,
2. art. 36 ust. 1 w zw. z art. 1 ust. 1 urt poprzez błędną wykładnię i przyznanie zmiany (rozszerzenia) koncesji podmiotom, które w oparciu o materiał dowodowy zebrany w sprawie nie spełniają wymogów stawianych przez ustawę oraz nie dają rękojmi realizacji rozszerzonej koncesji;

1. Sprawy skarżących Fundacji „LUX VERITATIS” i spółki Mediasat sp. z o. o., zostały połączone do wspólnego rozpoznania i rozstrzygnięcia (art. 111 ppsa) i dalej prowadzone pod sygn.akt VI SA/Wa 627/12. Tak więc skargami są objęte I i II Decyzja Przewodniczącego

2. Tryb przewidziany w art. 155 K.p.a. jest jednym z trybów nadzwyczajnych i jak wskazuje orzeczniczo I niekwestionująca go doktryna przesłanki z trybów nadzwyczajnych powinny być interpretowane ściśle i zawężająco. Zgodnie z przepisem art. 155 K.p.a. decyzja ostateczna, na mocy której strona nabyła prawo, może być w każdym czasie za zgodą strony uchylona lub zmieniona. Biorąc pod uwagę fakt, że koncesja Nr 465/2011-T z dnia 24 lutego 2011 r., wydana spółce STAVKA Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie, koncesja Nr 466/2011-T z tego samego dnia, wydana spółce LEMON RECORDS Sp. z o.o. z siedzibą w Warszawie stały się ostateczne 10 marca 2011 r. a koncesja Nr 468/2011-T z dnia 25 lutego 2011 r., wydana spółce ATM Grupa S.A. z siedzibą w Bielanach Wrocławskich stała się ostateczna 11 marca 2011 r. (art. 16 § 1 kpa) to Organ powinien uznać wnioski tych podmiotów za zawierające braki formalne, które nie mogą być uzupełnione po dniu 4 marca 2011 r. (termin składania wniosków). Ponadto należy zauważyć, że w sprawach udzielania i cofania koncesji na rozpowszechnianie i rozprowadzanie programów radiofonicznych i telewizyjnych, prowadzenie postępowania i uznanie za prawidłowe przedstawionych i uzupełnianych dokumentów, nie jest zgodne z przepisami §17 ust 1 pkt 1 w zw. z § 5 pkt. 2 w zw. z § 15 pkt. 2 Rozporządzenie w sprawie zawartości wniosku. Rozpatrywanie wniosków podmiotów, które na dzień składania wniosków o zmianę koncesji - a także na dzień upływu terminu do składania wniosków, nie były uprawnione do prowadzenia działalności gospodarczej w zakresie rozpowszechniania programu radiowego nie było zasadne i są to wnioski złożone po terminie. Moim zdaniem doszło naruszenie prawa materialnego - §18 ust 1 ww. Rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku, poprzez błędną jego wykładnię, skutkującą przyjęciem, że przepis ten umożliwia stronie, która nie spełniała warunków do złożenia wniosku o udzielenie koncesji, sanowanie faktu nie spełniania takich warunków w dacie złożenia wniosku poprzez wykazywanie, że zostały one spełnione w toku postępowania, w sytuacji gdy przepis ten odnosi się wyłącznie do wnioskodawców - czyli uczestników postępowania, którzy złożyli prawidłowy wniosek, tzn. w dacie upływu terminu do składania wniosków spełniali warunki

wymagane do złożenia wniosku o udzielenie koncesji, co do których w toku postępowania zaszły zmiany stanu faktycznego lub prawnego. Biorąc pod uwagę wskazane wyżej nakazy przewidziane do postępowań w trybach nadzwyczajnych nie jest możliwe sanowanie faktu nie spełniania takich warunków w dacie złożenia wniosku poprzez wykazywanie, że zostały one spełnione w toku postępowania. Moim zdaniem takie postępowanie byłoby w pewnych wypadkach dopuszczalne w trybie zwyczajnym.

3. Pomioty otrzymujące zmianę koncesji przedstawiły m.in.

3.1 Lemon Record s Sp. z o.o.

3.1.1 - wykaz dokumentów, które wnioskodawca jest obowiązany załączyć - Pkt C formularza o rozszerzenie koncesji (Załącznik nr 10 do rozporządzenia KRRiT): - opinia bankowa Banku BPH z dnia 11 lutego 2011 r. wskazuje obroty na rachunku za ostatnie trzy miesiące - zaś z rozporządzenia KRRiT wynika wymóg przedstawienia opinii bankowej zawierającej obroty na rachunku za ostatni rok (par. 11 pkt.2 lit.d. Rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku). Przedstawienie takiego zaświadczenia stanowi brak formalny dokumentacji wymaganej rozporządzeniem KRRiT. Lemon Records Sp. z o.o. jest klientem banku od dnia 1 września 2009 r. a więc nawet z tego powodu nie było przesłanek do ograniczania historii swojego rachunku. Podmiot wskazuje finansowanie przedsięwzięcia podwyższonym kapitałem zakładowym. Na dzień złożenia wniosku kapitał zakładowy spółki wynosił 2.050.000 zł. Umowa spółki dopuszcza możliwość zaciągania przez spółkę od wspólników pożyczek i ich umarzania na warunkach zatwierdzonych przez Zgromadzenie Wspólników. Wprowadza się wymóg uzyskania zgody Rady Nadzorczej na rozporządzenie przez spółkę prawem majątkowym lub zaciągnięcie zobowiązań, jeżeli wartość tych praw lub zobowiązań będących przedmiotem jednorazowej czynności prawnej lub łącznie więcej niż jednej czynności prawnej, w tym realizacji określonego przedsięwzięcia przekracza równowartość 100.000 EUR lub wartość określoną w uchwale Rady Nadzorczej przedstawionej Zarządowi, lecz nie niższej niż 100.000 EURO. Skoro zatem spółka zawarła

umowę pożyczki na kwotę 5.000.000 zł, co znacznie przewyższa określone w umowie spółki wartości progowe do swobodnego działania zarządu, spółka ta powinna powołać się na uchwałę Rady Nadzorczej w przedmiocie zgody na taką czynność. Jej brak nie powinien zostać pozytywnie oceniony przez Organ. Art. 17 ksh wskazuje, że możliwe i nie jest nieważne podjęcie zobowiązań bez zgody właściwego organu spółki ale w przypadku działania organu państwa, który korzysta z jego imperium kryteria oceny dokumentów powinny być zastrzone.

3.1.2 - wnioskodawca skalkulował w założeniach dotyczących programu inwestycyjnego rozłożenie na raty opłaty koncesyjnej - 36 równych miesięcznych rat. Takie założenie było nieuprawnione (co zostało potwierdzone w Uchwale Nr 1 i Uchwale Nr 2, a następnie w Decyzji I i Decyzji II) i Organ powinien uznać dokumentację ekonomiczną za niekompletną. Zgodnie z par 11 ppk.3 c rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku można rozłożyć na raty i w ten sposób budować program inwestycyjny ale opłata koncesyjna jest podatkiem i podlega reżimowi ustawowemu, a nie rozporządzenia — zobowiązanie publiczne, a takim jest opłata koncesyjna może być rozkładana na raty dopiero gdy zobowiązanie powstanie i jest wniosek oraz są spełnione przesłanki opisane w art. 67a Ordynacji podatkowej. Organ powinien ocenić wniosek zawierający propozycję rozłożenia na raty w ten sposób, że będzie możliwe dokonanie porównania wniosków w tym zakresie. Z uwagi na fakt, że żądanie rozłożenia na raty jest opisane przez wnioskujące podmioty w różnych terminach, nie jest możliwe dokonanie ich weryfikacji.

3.2. STAVKA Sp. z o.o.:

3.2.1 - business plan złożony przez spółkę w KRRiT w dniu 8 kwietnia 2011 r. przewiduje rozłożenie opłaty koncesyjnej na 10 corocznych rat. Tymczasem Uchwała Nr 1 i Uchwała Nr 2 oraz Decyzja I i Decyzja II wskazują płatność jednorazową w dniu 27 września 2012 r. Takie założenie było nieuprawnione i organ powinien uznać dokumentację ekonomiczną za niekompletną podobnie jak to uczyniono z wnioskiem spółki TV POINT GROUP Sp. z o.o. Zgodnie z par 11 ppk.3 c rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku można rozłożyć na raty i w ten sposób budować program inwestycyjny, ale opłata koncesyjna jest podatkiem i

podlega reżimowi ustawowemu a nie rozporządzenia - zobowiązanie publiczne a takim jest opłata koncesyjna może być rozkładana na raty dopiero, gdy zobowiązanie powstanie i jest wniosek oraz są spełnione przesłanki opisane w art. 67a Ordynacji podatkowej.

3.2.2 - zgodnie z wnioskiem źródło finansowania obejmowało gwarancję udzielenia kredytu spółce wystawioną przez bank BGŻ (dostarczona miała zostać do dnia 8 marca 2011 r., - dodatkowo dołączono „Ofertę współpracy w zakresie udzielenia gwarancji bankowych dla STAVKA sp. z o.o.” z dnia 3 marca 2011 r. (ważna do 18 marca 2011 r.). Wniosek w tym punkcie (C.5.2) zobowiązuje do wskazania warunków spłaty i stopy procentowej dla kredytu (pożyczki). Dołączony do wniosku „dokument” nie jest pożyczką kredytem a jest promesą. Wobec powyższych faktów nawet jeśli uznać, że spółka mogła dokonać zmiany (a nie mogła, bowiem nie było dokumentu który można by zmienić) i przekazać jako źródło finansowania promesę innego banku na kwotę 16.500.000 zł, to promesa BRE Banku, na którą powołuje się spółka, stanowi, że zabezpieczeniem udzielonego kredytu będzie lokata na kwotę 16.667.000 zł oraz weksel własny in blanco. Ewentualnie, przed podpisaniem umowy bank rozpatrzy zmianę zabezpieczenia w postaci cesji lokaty lub jej części na zabezpieczenie hipoteczne nieruchomości przy ul. Elektronicznej 2a w Piasecznie. Organ dokonując oceny dokumentów przedstawionych przez spółkę STAVKA Sp. z o.o. stwierdził, że wnioskodawca udokumentował źródło finansowania na pokrycie kosztów przedsięwzięcia „w postaci promesy bankowej wystawionej przez bank po wcześniejszym zbadaniu zdolności kredytowej spółki Stavka Sp. z o.o. i ustanowieniu niezbędnych zabezpieczeń”. Moim zdaniem Promesa bankowa jest przyrzeczeniem banku co do przyznania kredytu, czyli jeżeli zostanie spełniony warunek podstawowy w tym wypadku udzielenie koncesji to kredyt zostanie bezwzględnie przyznany. Takie przyrzeczenie wydaje Bank przyszłemu kredytobiorcy. Jest w niej określona zdolność kredytowa, jaką posiada klient i z którą mógłby wziąć kredyt na określoną kwotę. Pod pojęciem promesy kredytowej (bankowej) mogą kryć się dwa różne rozumienia tego słowa - tj. dokument zobowiązujący bank do udzielenia kredytu oraz tak jak to miało w tym przypadku

niewiążąca deklaracja (co powinno być przez organ zidentyfikowane i uznane za brak środków na finansowanie tego przedsięwzięcia). Należy zauważyć, iż w pkt.1 Promesy Bank „...deklaruje wstępnie udzielenie dla...”. Pkt.2 Promesy wskazuje, że na podstawie pozytywnej oceny zdolności kredytowej BRE Bank faktycznie przyrzeka w Promesie podjąć rozmowy o udzieleniu kredytu a nie przyznać kredyt w żądanej wysokości. W oparciu o przyrzeczenie podjęcia rozmów o ewentualnym udzieleniu kredytu, nie jest możliwe wykazywanie posiadania środków finansowych gwarantujących powodzenie przedsięwzięcia. Należy zauważyć, że oryginalnym „papierem” złożonym przez Stavka Sp. z o.o. przy składaniu wniosku o koncesję jest „Oferta współpracy w zakresie udzielenia gwarancji bankowych dla Stavka Sp. z o.o.” od BOŚ Banku - jest to oferta niepodpisana, niewiążąca a więc należało ją traktować raczej jako reklamówkę Banku a nie zabezpieczenie finansowania projektu. Organ, jeszcze przed otrzymaniem promesy bankowej - dysponując jedynie ofertą współpracy w zakresie udzielenia gwarancji bankowych Banku BGŻ z dnia 3 marca 2011 r., wystąpił do wnioskodawcy z pismem, w którym zażądał promesy i dokumentu wskazującego posiadanie zabezpieczenia, ponieważ z oferty tej nie wynikało, jakie są warunki udzielenia gwarancji oraz jakie zabezpieczenie będzie wymagane. W odpowiedzi na wezwanie Organu wnioskodawca przedłożył warunkową promesę bankową BRE Banku. Z treści przedłożonej promesy wynika, że bank udzieli spółce kredytu w wysokości 16.667.000 zł pod warunkiem m.in. ustanowienia zabezpieczenia w postaci cesji z lokaty w takiej samej kwocie, czyli 16.667.000 zł. Ponadto spółka wystawi weksel in blanco. W sytuacji opisanej w dalszej części promesy: „Warunki finansowania mogą ulec zmianie po przedstawieniu końcowego biznesplanu projektu* nie jest wiążące dla banku i nie mogło być uznane za przyrzeczenie wiążące. Przed podpisaniem umowy kredytowej, Bank rozpatrzy ewentualność zmiany zabezpieczenia. Przyznając koncesję spółce Stavka Sp.z o.o. KRRiT podjęła błędną decyzję. Spółka ta w żaden sposób nie była w stanie finansowo i programowo podjąć działalności telewizyjnej. Tak też zweryfikowały tę decyzję późniejsze fakty opisane przez skarżących: Stavka Sp. z o.o. nie uzyskała finansowania zewnętrznego, a po rozpoczęciu nadawania

nadawała w zasadzie programy Archiwum TVN (kilkadziesiąt godzin miesięcznie). W grudniu 2011 r. TVN S.A przejął ponad 50% udziałów w spółce Stavka Sp. z o.o doprowadziło to do sytuacji przejęcia kontroli przez TVN nad Stavka Sp. z o.o. Decyzja o przyznaniu koncesji spółce Stavka doprowadziła w zasadzie do omińnięcia zasady pluralizmu i finansowego wsparcia spółki.

Moim zdaniem wystąpienie Organu, dysponującego jedynie ofertą współpracy w zakresie udzielenia gwarancji bankowych Banku BGŻ z dnia 3 marca 2011 r. do wnioskodawcy z pismem, w którym zażądał promesy i dokumentu wskazującego posiadanie zabezpieczenia nie było zasadne. Organ nie powinien brać pod uwagę nadesłanej warunkowej promesy bowiem zgodnie par. 18 pkt.2 Rozporządzenie w sprawie zawartości wniosku, zmiany wniosku, w części dotyczącej informacji programowych oraz ekonomiczno-finansowych, wskazane w § 4 pkt 5, § 5 pkt 8 i 8a lit.b oraz § 11 pkt 3 i 4, dokonane w czasie trwania postępowania, nie będą uwzględniane, jeżeli w postępowaniu rozpatrywane są wnioski złożone przez więcej niż jednego wnioskodawcę. Zgodnie z § 5 powołanego rozporządzenia pkt 8a) wskazuje na specyfikację źródeł finansowania planowanego przedsięwzięcia b) w przypadku finansowania z kredytów i pożyczek - określić warunki spłaty i stopę procentową. Z przedłożonej Promesy nic nie wynika, a zgłasza, że wnioskodawca ma zagwarantowaną kwotę. Tymczasem Organ, jeszcze przed otrzymaniem promesy bankowej - dysponując jedynie ofertą współpracy w zakresie udzielenia gwarancji bankowych Banku BGŻ z dnia 3 marca 2011 r., wystąpił do wnioskodawcy z pismem, w którym zażądał promesy i dokumentu wskazującego posiadanie zabezpieczenia, ponieważ z oferty tej nie wynikało, jakie są warunki udzielenia gwarancji oraz jakie zabezpieczenie będzie wymagane. W odpowiedzi na wezwanie Organu wnioskodawca przedłożył warunkową promesę bankową. Faktycznie majątek jaki posiadała spółka, to jest tylko koncesja na rozpowszechnianie programu telewizyjnego drogą rozsyłczą naziemną w sposób cyfrowy w standardzie DVB-T.

3.3. ESKA TV S.A.:

3.3.1. Wykaz dokumentów, które wnioskodawca jest obowiązany załączyć - Pkt C formularza o rozszerzenie koncesji (Załącznik nr 10 do rozporządzenia KRRiT) opinia bankowa banku BPH podaje obroty na rachunku za ostatnie trzy miesiące, choć spółka jest klientem banku od 1 września 2009 r. (zgodnie z par. 11 pkt.2 lit.d Rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku wymagane są obroty za ostatni rok). Nie podano informacji o ewentualnym zadłużeniu i prawnej formie zabezpieczenia oraz lokatach terminowych.

3.3.2 Zgodnie z par 11 ppk.3 c rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku można rozłożyć na raty i w ten sposób budować program inwestycyjny ale opłata koncesyjna jest podatkiem - zobowiązaniem i może być rozkładana na raty dopiero gdy zobowiązanie powstanie i jest wniosek oraz są spełnione przesłanki opisane w art. 67a Ordynacji podatkowej. Organ powinien ocenić wniosek zawierający propozycję rozłożenia na raty w ten sposób, że będzie możliwe dokonanie porównania wniosków w tym zakresie. Z uwagi na fakt, że żądanie rozłożenia na raty jest opisane przez wnioskujące podmioty w różnych terminach nie jest możliwe dokonanie ich weryfikacji.

3.3.3 W opinii ekonomicznej z dnia 18 kwietnia 2011 r. KRRiT wskazuje, że pożyczka od ZPR S.A. będzie miała 36-miesięczny okres karencji, choć w umowie nie ma takiego zapisu. W podsumowaniu opinii ekonomicznej jest napisane, że: „Analiza złożonych dokumentów wskazuje, że sytuacja finansowa spółki ZPR S.A. będącej jednostką dominującą w Grupie” - a na 1 stronie tej samej opinii stwierdza się: „Zgodnie z ostatnią informacją [baza KRRiT] z dnia 18 lutego 2011 r. udziałowcami spółki „ESKA TV” z siedzibą w Warszawie są:

- ZPR S.A. z siedzibą w Warszawie - posiada 1,59 % akcji”

za pismem z dnia 20 kwietnia 2011 r. (wpływ do KRRiT w dniu 26 kwietnia 2011 r.) spółka przesyła Uchwałę Walnego Zgromadzenia z dnia 14 kwietnia 2011 r. o podwyższeniu kapitału zakładowego o 10.000.000 zł, przy czym akcje w podwyższonym kapitale zakładowym zostaną objęte przez ZPR S.A. W aktach nie ma dokumentu potwierdzającego, że Walne Zgromadzenie ZPR S.A. podjęło uchwałę wyrażającą zgodę na objęcie akcji w podwyższonym kapitale zakładowym spółki ESKA TV S.A., a ponadto, że Walne Zgromadzenie wyraża zgodę na zawarcie przez Zarząd ZPR

S.A. umowy pożyczki na kwotę 5.000.000 zł,

- organ negatywnie odniósł się do uwzględnienia wniosku spółki ASTRO S.A. wskazując, że podmiot ten nie rozpoczął nadawania (str. 10 uzasadnienia Decyzji II). Wymaga więc zaakcentowania, że taka przesłanka nie została wzięta pod rozwagę przy ocenie wniosków nadawców, którzy zostali wybrani na mocy Decyzji, tj. spółki ATM Grupa S.A. Na etapie wydawania Decyzji I przesłanka ta również nie została uwzględniona przy ocenie wniosków spółki STAVKA Sp. z o.o. oraz Lemon Records Sp. z o.o. W mojej ocenie, Organ poprzez takie działanie dał wyraz nierównemu traktowaniu wnioskodawców.

3.4 KINO POLSKA S.A.:

3.4.1 Spółka dokonała uzupełnienia specyfikacji źródeł finansowania pismem z dnia 17 marca 2011 r. wskazując, że jako źródło sfinansowania przedsięwzięcia w postaci opłaty koncesyjnej, inwestycji i kosztów emisji wskazano środki własne Wnioskodawcy oraz środki, które będą pochodziły z emisji akcji w ramach oferty publicznej". KRRiT przyznaje, że „wniosek uzupełniono” o uchwały w sprawie podwyższenia kapitału i w sprawie wyrażenia zgody na ubieganie się o dopuszczenie i wprowadzenie do obrotu na rynku regulowanym (obie z dnia 25 października 2010 r.).

4. Naruszenie art. 7, 80 i 107 § 3 K.p.a.

Zgodnie z wymogami art. 36 ust. 1 pkt. 2 URiT i treścią Ogłoszenia organ przy ocenie wniosków powinien zweryfikować możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu. Zgodnie z wymogami art. 36 ust. 1 pkt. 2 URiT i treścią Ogłoszenia organ przy ocenie wniosków powinien zweryfikować możliwości dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu. Organ podejmując się oceny możliwości finansowych poszczególnych wnioskodawców, wskaźnika ryzyka zadłużenia długoterminowego, na który powołuje się w stosunku do fundacji w

zaskarżonej Decyzji II (str. 19 uzasadnienia) i wylicza wskaźnik dla niej na poziomie 3,33. Stwierdza, że taki wskaźnik świadczy o bardzo wysokim zadłużeniu. Dokonując oceny wniosków pozostałych inwestorów organ, nie korzysta z tego instrumentu, a więc nie jest możliwe dokonanie kontroli sposobu dokonania takiej oceny dla innych podmiotów bo wskaźnika ryzyka zadłużenia długoterminowego nie ma.

5. Moim zdaniem rację ma organ wskazując, że ATM Grupa SA złożyła pismo z dnia 29 listopada 2011 r. w trakcie toczącego się postępowania odwoławczego (spółka złożyła wiosek o ponowne rozpatrzenie sprawy od decyzji DK-137/2011 z dnia 29 lipca 2011 r.), które jednocześnie stanowiło zmianę treści wniosku o ponowne rozpatrzenie sprawy. Zgodnie treścią art. 137 K.p.a., zgodnie z którym strona może cofnąć odwołanie przed wydaniem decyzji przez organ odwoławczy. Organ odwoławczy nie uwzględni jednak cofnięcia odwołania, jeżeli prowadziłoby to do utrzymania w mocy decyzji naruszającej prawo lub interes społeczny. Organ pierwszej instancji nie może jednakże oceniać dopuszczalności cofnięcia odwołania pod kątem wymagań określonych w art. 137 zd. 2, bowiem należy to do wyłącznej kompetencji organu odwoławczego. Organ odwoławczy, który otrzyma akta sprawy wraz z odwołaniem i oświadczeniem strony o cofnięciu odwołania powinien, jeżeli nie stwierdzi istnienia przesłanek negatywnych dla cofnięcia odwołania, stwierdzić, że odwołanie jest niedopuszczalne (art. 134). Tak więc Organ odwoławczy powinien wydać jakiś akt administracyjny w przedmiocie cofnięcia, a tego nie zrobił.
6. W uzasadnieniu obu Decyzji nie zostały wykazane, dlaczego ten sam stan faktyczny i prawny jest odmiennie oceniany w analogicznych sytuacjach różnych wnioskodawców.
7. Organ analizując sytuację ekonomiczną przechodził do porządku dziennego wobec zadeklarowanego przez niektórych wnioskodawców rozłożenia opłaty koncesyjnej na raty w okresie od 3 do 10 lat. Akceptacja rozłożenia opłaty na raty była nieuprawnionym

działaniem Organu, który powinien ustalić, czy gdyby opłata miała zostać zapłacona jednorazowo, to wnioskodawca podolałby wydatkom w początkowym okresie.

8. Organ uznał, że skarżący nie spełniają kryterium wiarygodności finansowej, a tym samym ich wnioski nie zasługiwały na uwzględnienie. Biorąc pod uwagę fakt, że skarżący działają na rynku telewizyjnym i prowadzą działalność nadawczą od dłuższego czasu, co już samo stanowi potwierdzenie wiarygodności finansowej.

Należy zauważyć, że Spółka MEDIASAT Sp. z o.o. uznana została przez Organ za niewiarygodną finansowo, pomimo, że z załączonej do wniosku o zmianę (rozszerzenie) koncesji wynikało, podobnie jak w przypadku spółek ESKA TV SA oraz Lemon Records Sp. z o.o. wskazała, iż finansowanie pochodzić będzie m.in. ze źródeł zewnętrznych - spółek powiązanych kapitałowo. W stosunku do tychże podmiotów organ wskazał, że pomimo rosnącego corocznie potencjału finansowego, na koniec 2010 r. nie posiadały one nadwyżek w wysokości pozwalającej na zabezpieczenie finansowe w dłuższym okresie czasu wysokich kosztów wejścia na multipleks. W przypadku spółki ZPR SA. dla oceny jej potencjału finansowego za wystarczające organ uznał sprawozdanie finansowe grupy oraz zapewnienie Prezesa Zarządu tejże spółki o możliwościach finansowych. Należy wskazać, że sprawozdanie finansowe grupy oraz zapewnienie Prezesa Zarządu jest tylko sprawozdaniem grupy i zapewnieniem Prezesa Zarządu i podobnie jak w przypadku Promesy warunkowej nie stanowi oświadczenia potwierdzającego możliwości finansowe wnioskodawcy. Nie jest pewne, czy podmioty będące w grupie podejmą jakiegokolwiek zobowiązania finansowe.

Jak zostało stwierdzone w opinii ekonomicznej sporządzonej przez organ FUNDACJA „LUX VERITATIS” w roku obrotowym 2009 osiągnęła zysk na poziomie 6.478.000 zł, a we wstępnym obliczeniu za rok 2010 - 3.456.000 zł. To samo dotyczy przychodów netto ze sprzedaży, które mają wyniki 7-cyfrowe. Powyższe okoliczności w ogóle nie zostały wzięte pod uwagę przez Departament Koncesyjny Biura KRRiT w opinii ekonomicznej z dnia 18 kwietnia 2011 r. Odnosi się to również do przewidywanych przez skarżącą szacunkowych wpływów pochodzących z darowizn oraz reklam, telesprzedaży i audycji sponsorowanych.

Opinia ekonomiczna wprost stwierdza, że pozostałe przychody operacyjne i statutowe (w tym darowizny) za lata 2008 i 2009 wynosiły odpowiednio 10.697.000 zł i 16.639.000 zł; za rok 2010 wartość ta wynosi 14.622.000 zł, co rzeczywiście stanowi wartość niższą od roku 2009. Nie zmienia to jednak faktu, że w dalszym ciągu jest to kwota znacząco przekraczająca tę prognozowaną w założeniach ekonomiczno-finansowych (specyfikacja spodziewanych dodatkowych rocznych przychodów z tytułu planowanego zwiększenia zasięgu - Załącznik nr 11 do wniosku). Zgodnie z tą prognozą dobrowolne wpłaty określone zostały na poziomie 3.000.000 zł. Zakładając zatem nawet tendencję spadkową, bazując na wskaźnikach z lat 2008 - 2010, to i tak można przewidywać, że wpływy będą na poziomie przekraczającym co najmniej dwa, jak i nie trzykrotnie zakładane wpływy. Dodatkowo, fundacja przedłożyła do wniosku dokumenty bankowe potwierdzające dysponowaniem znacznymi środkami pieniężnymi zdeponowanymi na lokatach terminowych o dużych wartościach.

9. KRRiT przyjęła 3 główne kryteria do oceny wniosków (DECYZJA DK- 137/2011).
 - a. finansowe, rozumiane, jako możliwość dokonania przez wnioskodawcę koniecznych inwestycji i finansowania programu, i jak okazało się po analizie decyzji KRRiT oceniała ona głównie możliwość sfinansowania działalności w pierwszym roku, tj. posiadanie określonej nadwyżki finansowej w dniu składania wniosku o koncesję (str. 29 decyzji DK-018/2012, akapit 1);
 - b. programowe (art. 1 ust. 1 - z uwzględnieniem realizacji tych zadań przez już obecnych nadawców, rozpowszechniających program w sposób naziemny) oraz
 - c. zasadę pluralizmu źródeł informowania (art. 6 ust. 1 ustawy o radiofonii i telewizji).

Organ przy nieporównywalnych kryteriach faktycznie przeprowadził przetarg. Zgodnie z ogłoszeniem, wnioskodawcy mieli obowiązek w nieprzekraczalnym terminie do dnia 4 marca 2011 r. zgłaszać kompletne wnioski pod rygorem (tak pkt. V). iż wnioski niezgodne z warunkami w zakresie przedmiotu postępowania będą pozostawiane bez rozpoznania. Tymczasem w toku postępowania trzy spośród

czterech firm , którym przyznano finalnie koncesję DVB-T złożyły wnioski niekompletne oraz dokonały zmian swoich wniosków w części formalnej i ekonomiczno — finansowej, poprzez złożenie dokumentów po dacie zakończenia przyjmowania wniosków. Powyższe uzupełniania wniosków stanowiło w istocie zmianę wniosków, co do przedmiotu postępowania po terminie. Zgodnie z § 18 ust. 2 i ust. 3 Rozporządzenia w sprawie zawartości wniosku, nie powinna w ogóle uwzględniać ww. dokumentacji złożonej po terminie, zaś przedmiotowe wnioski jako mające istotne braki powinny być pozostawione bez rozpoznania. Tym bardziej, jeśli uwzględni się szeroki zakres dokumentacji przedkładanej po terminie.

Należy zauważyć, że KRRiT rozpatrywała w.w kryteria w określonej wyżej kolejności, przy czym nie stosowała zasady punktowania podmiotów, ale zasadę zero-jedynkową, tj. niespełniania (w ocenie KRRiT) kryterium pierwszego, automatycznie powodowało wyeliminowanie oceny wg kryterium następnego.

Powyższe działania KRRiT stanowią o braku jakichkolwiek prób realizowania zasad wyrażonych w art. 10 § 1 kpa, a także art. 7 kpa, art. 9 kpa, art. 77 § 1 kpa, oraz art. 80 kpa.

KRRiT dopuściła się naruszenia przepisów postępowania, tj. naruszenie art. 7, art. 9 , art. 10 par 1, art. 77 par 1, oraz art. 80 k.p.a., poprzez przekroczenie zasad swobodnej oceny dowodów już na podstawie kryterium finansowego, błędną ocenę wniosków i brak całościowej i spójnej oceny wszystkich okoliczności, skutkującej błędną oceną zgromadzonego materiału mającego znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy (ocena procesu decyzyjnego).

Nadto KRRiT uwzględniając zasadę pluralizmu mediów powinna odrzucić jeden z wniosków bądź spółki Lemon Records Sp. z o.o. bądź ESKA TV S.A., gdyż, na co wcześniej zwracano uwagę, należą one do tej samej grupy kapitałowej ZPR. Tak KRRiT postąpiła w przypadku choćby wniosku stacji TVN Meteo. Wniosek został pozytywnie zweryfikowany formalnie, finansowo i programowo, lecz z uwagi na to, iż w Multipleksie są już inne programy z grupy kapitałowej TVN (tj. TVN i TVN7)

wniosek został odrzucony. W uzasadnieniu decyzji o odrzuceniu TVN Meteo można było przeczytać o szerokim zakresie stosowania zasady pluralizmu dostępu do źródeł informacji. W przypadku Spółek Lemon Records Sp. z o.o. i ESKA TV S.A KRRiT nie dopatrzyła się - mimo oczywistej analogii - podobnego złamania zasady pluralizmu. Nadto obie stacje będą emitować programy muzyczne, co oznacza, iż również ich zakres programowy się pokrywa i jest dodatkową podstawą odrzucenia któregoś z tych wniosków.

Biorąc pod uwagę powyższe uważam, że należy w oparciu o art. 145 § 1 pkt 2 ustawy p.p.s.a. stwierdzić nieważność decyzji jako wydanej z rażącym naruszeniem prawa.

W tym stanie rzeczy moje zdanie odrębne jest usprawiedliwione.

A. Wiczorek