

Ustawa o jawności życia publicznego w funkcjonowaniu przedsiębiorstw z sektora górnictwa.

Nowe prawo, nowe wyzwania

Jednym z ciekawszych z punktu widzenia podmiotów należących do sektora górnictwa aktów prawnych, których wejście w życie jest zapowiadane w najbliższym czasie, jest ustawa o jawności życia publicznego. Ustawa ta ma zastąpić dotychczasowe regulacje trzech ustaw: o dostępie do informacji publicznej, o działalności lobbingsowej oraz o ograniczeniu prowadzenia działalności gospodarczej przez osoby pełniące funkcje publiczne.

W zamierzeniach projektodawcy, ustawa ta będzie wiodącym aktem prawnym regulującym obszar informacji publicznej oraz przeciwdziałania praktykom korupcyjnym w Polsce. Jej wejście w życie zaplanowano na marzec 2018 r., przy czym w odniesieniu do szeregu obowiązków z niej wynikających, projekt ustawy przewiduje 6-miesięczny okres dostosowawczy.

Analiza głównych założeń ustawy wskazuje wyraźnie, że może mieć ona istotne znaczenie dla funkcjonowania przedsiębiorstw z sektora górnictwa, objętych zakresem jej stosowania, czyli dla tzw. spółek zobowiązanych, tj. spółek z co najmniej 20-procentowym udziałem sektora publicznego w kapitale zakładowym lub w liczbie akcji, a także dla średnich i dużych prywatnych przedsiębiorstw górniczych. Ustawa wprowadza bowiem szereg elementów, które będą od tych podmiotów wymagały czynności dostosowawczych prowadzonych ze szczególnym, branżowym podejściem, a także pewnych modyfikacji w sposobie codziennego funkcjonowania na rynku.

Podstawowe wyzwania przed jakimi staną osoby zarządzające przedsiębiorstwami górnictwem w związku z wejściem w życie ustawy to:

- przygotowanie, skuteczne wdrożenie i przestrzeganie w prowadzonej działalności wewnętrznych procedur antykorupcyjnych,
- weryfikacja rekrutowanych do pracy osób pod kątem ich wcześniejszej działalności w relacji z danym przedsiębiorcą,
- zapewnienie odpowiednich warunków współpracy z tzw. sygnalistami.

Wspomniane powyżej procedury antykorupcyjne to uregulowania wewnętrzne, obejmujące kompleks regulacji i postanowień przeciwdziałających pojawieniu się ryzyk korupcyjnych w funkcjonowaniu przedsiębiorstwa, a także opisujące spo-

sób właściwego postępowania w sytuacji, gdy ryzyka takie rzeczywiście wystąpią. Procedury te obejmują m.in. wymagane postanowienia antykorupcyjne w różnego rodzaju umowach zawieranych przez przedsiębiorcę, kodeks etyki dla pracowników, współpracowników i kontrahentów przedsiębiorcy, procedury i wytyczne dotyczące otrzymywanych prezentów i innych korzyści, zasady przeciwdziałania tworzeniu funduszy korupcyjnych, zasady informowania pracowników i kontrahentów o odpowiedzialności za przestępstwa korupcyjne, procedury informowania o pojawiających się propozycjach korupcyjnych oraz regulacje niedopuszczające do wykorzystywania środków trwałych przedsiębiorstwa na cele osobiste.

Co bardzo istotne, w przypadku, gdy uprawniony organ stwierdzi, że wspomniane powyżej procedury antykorupcyjne wdrożone przez przedsiębiorcę górnictwa są nieskuteczne, bądź pozorne, podmiotowi takiemu będzie groziła dotkliwa kara finansowa – od 10 tys. do 10 mln PLN. Regulacja ta w dobitny sposób pokazuje to, jak istotnym elementem funkcjonowania przedsiębiorstw górniczych, już w niedługim czasie, stanie się ochrona antykorupcyjna i jej realne zapewnienie, poprzez odpowiednie regulacje wewnętrzne. Jednocześnie istotne ryzyko, jakie można zauważyć w tym kontekście, to brak ugruntowanej, powszechnej praktyki w zakresie oceny procedur antykorupcyjnych po stronie organów kontrolnych, co może powodować dużą dowolność i uznaniowość w procesie oceny tych procedur i nakładania wspomnianych kar finansowych.

Drugim istotnym elementem omawianej ustawy będzie wprowadzenie instytucji sygnalisty (ang. whistle-blower). Sygnalista to osoba (pracownik lub kontrahent przedsiębiorstwa), której prokurator nadał taki status w związku z przekazaniem wiarygodnych informacji o podejrzeniu popełnienia przestępstw korupcyjnych w ramach danego przedsiębiorstwa. Osoba, która uzyska taki status, będzie chroniona z mocy prawa przed rozwiązaniem umowy lub pogorszeniem warunków zatrudnienia bez zgody prokuratora. Jeżeli jednak przedsiębiorca zdecyduje się na rozwiązanie umowy z sygnalistą bez takiej zgody prokuratora, będzie na nim ciążył obowiązek wypłacenia odprawy w wysokości dwuletniej pensji oraz zwro-

tu kosztów ochrony prawnej. Podkreślić należy, że funkcjonowanie tej instytucji może być o tyle ryzykowne dla przedsiębiorstw górniczych, iż może się wiązać z nadużywaniem pozycji sygnalisty i brakiem realnego uzasadnienia potencjalnych zarzutów korupcyjnych, czy też trudną współpracą z prokuraturą udzielającą omawianej ochrony, szczególnie na wstępnym etapie obowiązywania ustawy. Kwalifikacja zawiadomień dokonywanych przez potencjalnego sygnalistę, a także ocena ich wiarygodności i przydatności dla danego postępowania karnego dokonywana przez prokuratora ma bowiem ponownie charakter wysoce ocenny i nie podlega zaskarżeniu przez zainteresowanego przedsiębiorcę.

Innym przykładem regulacji, która może mieć bardzo istotne znaczenie dla przedsiębiorstw pracujących w sektorze górnictwa, jest trzyletni zakaz zatrudniania osób pełniących funkcje publiczne, które w przeszłości podejmowały decyzje dotyczące danego przedsiębiorcy. Chodzi w szczególności o osoby, które rozstrzygały w przetargach, zawierały umowy, wydawały decyzje administracyjne lub kierowały daną jednostką organizacyjną i w związku z wykonywaniem tych czynności weszły w relację z zainteresowanym przedsiębiorcą. Naruszenie tego zakazu, podobnie jak we wcześniej wskazywanym przypadku, może wiązać się z poważnymi konsekwencjami finansowymi. W przypadku zatrudnienia takiej osoby, przedsiębiorcy grozić będzie bowiem kara finansowa od 10 tys. do 500 tys. PLN, przy czym kara ta ma uwzględniać skalę działalności i obrót brutto przedsiębiorcy w danym roku. Oznacza to, że po wejściu w życie ustawy, procedura zatrudniania pracowników przez przedsiębiorstwo górnicze będzie musiała przebiegać inaczej niż dotychczas i uwzględniać wspomniane powyżej, wcześniejsze relacje potencjalnego kandydata do pracy z danym przedsiębiorcą.

W kontekście tych planowanych regulacji ustawy o jawności życia publicznego należy wskazać, że kluczowym wyzwaniem dla przedsiębiorstw funkcjonujących na rynku górnictwa stanie się przeciwdziałanie zbyt niskiemu poziomowi świadomości antykorupcyjnej wśród kadry menadżerskiej średniego stopnia i pracowników lub potencjalnych kontrahentów danego przedsiębiorcy. Brak do-

statecznego przygotowania kluczowych zasobów ludzkich do stosowania nowych regulacji w zakresie ochrony przeciwn konkurencyjnej może mieć bowiem szczególnie istotny wpływ na realne wystąpienie ryzyk wynikających z nowych regulacji. Wydaje się zatem, że najbliższy czas powinien zostać wykorzystany do dobrego przygotowania się przez przedsiębiorstwa górnicze do funkcjonowania w nowej rzeczywistości prawnej. Potencjalne ryzyka związane z niedostosowaniem się do wymogów tej regulacji są bowiem dość poważne i mają bardzo wymierny, finansowy charakter, realnie wpływający na sytuację danego przedsiębiorcy.

Jak się wydaje, czynnością, którą należałoby w tym kontekście przeprowadzić w pierwszej kolejności w każdym przed-

siębiorstwie górniczym, jest audyt wewnętrzny dotyczący aktualnego poziomu zabezpieczenia antykorupcyjnego. Na bazie wyników takiego audytu należy w dalszej kolejności przejść do przygotowania lub aktualizacji wspomnianych procedur antykorupcyjnych i ich wdrożenia, przygotowania procedur wewnętrznych dotyczących zatrudnienia osób objętych zakazem oraz dotyczących szczegółowych aspektów ochrony prawnej sygnalistów. Ważnym elementem jest także organizacja szkoleń dla wybranej kadry menadżerskiej na temat przepisów ustawy, a także ewentualne przygotowanie instrukcji antykorupcyjnej dla pracowników.

Przedsiębiorstwa górnicze, funkcjonujące w wielu przypadkach na styku sektora publicznego i biznesu prywatnego,

są szczególnie narażone na potencjalne działania o charakterze korupcyjnym. Dlatego też tak istotne będzie dostosowanie sposobu ich funkcjonowania do nowych wymagań prawnych odnoszących się do problemu zabezpieczenia antykorupcyjnego. Odpowiednie czynności podjęte z wyprzedzeniem mogą bowiem uchronić przedsiębiorców przed wieloma ryzykami prawnymi i finansowymi związanymi z nowymi regulacjami. Tym bardziej zasadne jest dokładne i odpowiednio wcześnie poznanie przez osoby zarządzające podmiotami z sektora górniczego nowych wymagań prawnych w zakresie przeciwdziałania przypadkom korupcji.

Michał Bagła

Adwokat, partner w kancelarii SSW
Pragmatic Solutions

Ekspert od prawa o zamówieniach publicznych wyjaśnia

Unieważnienie postępowania to nie widzimi się zamawiającego

Wostatnim czasie spotkałem się z niechlebnymi praktykami związanymi z bezpodstawnym unieważnianiem postępowań z uwagi na wadę, która miała wpływ na wynik danego postępowania. Jako wykonawca uważam, że wady, na które powoływali się zamawiający, nie miały istotnego znaczenia dla rezultatu postępowania. Jaką wadę można zakwalifikować, jako naruszenie uzasadniające unieważnienie postępowania? – pyta Czytelnik Biuletynu Górniczego

Przesłanki nakazujące unieważnienie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zostały wprost wskazane w Prawie zamówień publicznych (Pzp). Co do zasady są określone w taki sposób, żeby ich interpretacja i dostosowanie do konkretnego stanu faktycznego nie budziły wątpliwości.

Przesłanka, która może wzbudzać kontrowersje, mówi o niemożliwej do usunięcia wadzie postępowania, która to wada uniemożliwia zawarcie ważnej umowy (art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp). Należy ją połączyć z przepisem, który wskazuje, że przesłanką do unieważnienia umowy, jest zarówno naruszenie przepisów, które „miało wpływ na wynik postępowania” lub takie, które hipotetycznie „mogło mieć wpływ na wynik postępowania” (art. 146 ust. 6 Pzp).

Ustawodawca nie wymienił literalnie w Pzp przypadków, kiedy postępowanie zawiera nieusuwalną wadę. Nie można zatem wymienić wszystkich przypadków, w których zamawiający mogą unieważnić postępowanie i odpowiedzieć wprost na pytanie zadane przez Czytelnika.

Można jednak wskazać zasady, którymi należy się kierować oceniając, czy zamawiający zasadnie unieważnił postępowanie. Wskazana przesłanka unieważnienia postępowania składa się z połączenia czterech okoliczności. Po pierwsze: musi wystąpić naruszenie Pzp, które reguluje udzielenie zamówienia (wada postępowania). Po drugie: wada ta ma skutkować niemożliwością zawarcia niepodlegającej unieważnieniu umowy. Po trzecie: wada ta musi być niemożliwa do usunięcia. Z uwagi na fakt, iż przepis art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp nie ma charakteru samodzielne-

go – czwarta przesłanka to: zagrożenie unieważnieniem umowy musi wynikać z zaistnienia jednej z podstaw unieważnienia określonych w art. 146 ust. 6 Pzp.

Do oceny działań zamawiającego pomocne będzie również orzecznictwo Krajowej Izby Odwoławczej (dalej: KIO) z lat 2016-2017, w którym KIO oceniała, jakie czynności/zaniechania wykonane w trakcie postępowań stanowiły podstawę do unieważnienia postępowań, a które nie.

Zasadność unieważnienia:

- wyrok KIO 1869/17: Zamawiający wskazał, że przedmiotem zamówienia jest masa jonit -A7 lub produkt równoważny o wskazanych parametrach. Dokonując zmiany Specyfikacji Istotnych Warunków Zamówienia (dalej: SIWZ), czyli zmieniając parametr całkowitej zdolności jonowymiennej, doprowadził do sytuacji, w której wymagań zawartych w opisie przedmiotu zamówienia nie spełniał żaden produkt równoważny. Jeżeli więc zamawiający opisał przedmiot zamówienia w sposób niejednoznaczny, który doprowadził do naruszenia zasady uczciwej konkurencji i wpłynął na możliwość złożenia ważnych ofert wykonawców, to po stwierdzeniu tej okoliczności miał obowiązek unieważnienia postępowania na podstawie art. 93 ust. 1 pkt 7 Pzp.
- wyrok KIO 479/17: Wybór oferty niezgodnie z opisanymi kryteriami oceny ofert (wybrano ofertę, która w świetle kryteriów nie jest najkorzystniejsza) lub dokonanie opisu w sposób, który uniemożliwia wybór oferty.
- wyrok KIO 281/17: Na kilkanaście godzin przed terminem otwarcia ofert dokonano modyfikacji SIWZ. Modyfikacja dotyczyła sposobu obliczenia ceny ofertowej poprzez zmianę znaczenia (wagi) poszczególnych cen jednostkowych, zmiana polegała również na tym, że w miejsce prostego sumowania kosztów wprowadzono wzór matematyczny ważący poszczególne ceny jednostkowe. Zdaniem KIO, prowadziło to do ograniczenia liczby wykonawców, którzy w tak krótkim czasie nie mogli złożyć oferty uwzględniającej modyfikację SIWZ. 