

UNIA EUROPEJSKA

**W**histle-blower (z ang. dmuchanie w gwizdek), czyli zgłaszanie nieprawidłowości przez osoby związane z daną organizacją, to jeden z najskuteczniejszych sposobów pozyskania informacji o nadużyciach (Report to the Nations 2020 opracowany przez Międzynarodowe Stowarzyszenie Auditorów Wewnętrznych), które mają lub mogą mieć miejsce. Organy administracji publicznej z uwagi na pełnione doniosłe role społeczne oraz szeroki zakres świadczonych usług publicznych należą do podmiotów wysokiego ryzyka, jeśli chodzi o narażenie na niepożądane działania o charakterze korupcyjnym, mobbingowym czy też konfliktu interesów z związanego z potencjalnym nepotyzmem.

### Dyrektywa o ochronie

Unijny ustawodawca z końcem 2019 roku zdecydował się na objęcie krajów Unii Europejskiej regulacją poświęconą ochronie osób zgłaszających nieprawidłowości – dyrektywą Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2019/1937 z 23 października 2019 r. w sprawie ochrony osób zgłaszających naruszenia prawa Unii (tzw. dyrektywa o ochronie sygnalistów). Zgodnie z jej normami podmioty działające w sektorze publicznym zobowiązane zostały do ustanowienia wewnętrznych kanałów przekazywania informacji o nieprawidłowościach. Oznacza to, że zarówno urzędy centralne i ministerstwa, ale także jednostki organizacyjne samorządu terytorialnego, a nawet do podmiotów będących własnością lub znajdujących się pod kontrolą podmiotów z sektora publicznego (np. gminnych ośrodków pomocy społecznej lub zakłady infrastruktury miejskiej). Warto zwrócić uwagę, iż unijny prawodawca dopuszcza możliwość, aby gminy liczące mniej niż 10 000 mieszkańców bądź podmioty zatrudniające mniej niż 50 pracowników były zwolnione z obowiązku ustanawiania wewnętrznych kanałów whistleblowingowych. Decyzja w tym zakresie należy do państw członkowskich UE. Na razie nie ujrzały światła projekty polskich regulacji w tym zakresie. Przewidziana jest także możliwość współdzielenia kanałów sygnalizowania przez kilka podmiotów (np. sąsiadujących ze sobą gmin).

”Zgodnie z dyrektywą UE podmioty działające w sektorze publicznym zobowiązane zostały do ustanowienia wewnętrznych kanałów przekazywania informacji o nieprawidłowościach

Jakie nowe obowiązki zostaną nałożone na podmioty ze sfery administracji publicznej? Przygotowanie i wdrożenie kanałów zgłaszania nieprawidłowości to jeden z elementów systemu whistleblowingowego, nad którym powinny rozpocząć prace struktury administracji. O ile ścieżki zgłoszeniowe stanowią istotny element zarządzania informacjami o nieprawidłowościach, o tyle decydujące znaczenie dla

efektywności ich stosowania będą miały osoby zaangażowane w wewnętrzną procedurę wyjaśniającą. To od odbierającego zgłoszenie wymagane będzie zachowanie poufności w zakresie otrzymanych danych. Jednocześnie, w ramach prowadzonych postępowań interwencyjnych istotną będzie sprawność działania, zarządzania kontaktem z sygnalistą (jeżeli będzie możliwe przekazanie do niego informacji zwrotnej w wyniku dokonanego zgłoszenia), a także podjęcie działań następczych stanowiących rezultat przeprowadzonej procedury wyjaśniającej. Działania te mogą być prowadzone wewnątrz danej jednostki administracji publicznej, bądź mogą zostać powierzone odpowiednio wyspecjalizowanemu w tym

kanałami – chociażby za pośrednictwem błoga lub mediów społecznościowych.

### System zgłoszeń

Istotnym zagadnieniem, przed którym staną jednostki administracji publicznej, będzie wypracowanie kultury organizacyjnej wspierającej efektywne działania procesów whistleblowingowych. Jej elementy stanowią m.in. o zaufaniu zespołu współpracowników do osoby odbierającej zgłoszenia, „tone from the top” (ang. przykład idzie z góry), czyli poważne traktowanie systemu zgłaszania nieprawidłowości przez kierownictwo jednostki jako działania mającego na celu pozyskanie informacji o nieprawidłowościach na etapie,

”Do zabronionych w stosunku do sygnalistów kroków należą np.: degradacja lub wstrzymanie awansu, dyskryminacja w miejscu zatrudnienia, zastosowanie działań o charakterze represji dyscyplinarnej czy też obniżenie wynagrodzenia

Unijny prawodawca zdecydował się rozciągnąć nad zgłaszającymi nieprawidłowości parasol ochrony prawnej. W nowej dyrektywie zawarto m.in. regulacje dotyczące zakazu działań odwetowych w stosunku do sygnalistów, a także katalog środków wsparcia dla decydujących się na ujawnienie niewłaściwego postępowania, w końcu zaś przewidziano środki ochrony przed działaniami odwetowymi. Do zabro-

podstawowych warunków. Pierwszy z nich stanowi o posiadaniu uzasadnionych podstaw przez sygnalistę co do prawdziwości przekazywanych informacji oraz podleganiu pod zakres przedmiotowy Dyrektywy o ochronie sygnalistów (np. kwestie bezpieczeństwa transportu bądź zdrowia publicznego). Drugi z warunków stanowi o konieczności wykorzystania kanałów przewidzianych do sygnalizacji

ma przeszkód prawnych do zastosowania analizowanych rozwiązań, zanim stanie się to obowiązkiem legislacyjnym. Wcześniej uregulowanie rozwiązań dedykowanych sygnalistom sprawi, iż będzie można zapoznać pracowników z ideą zgłaszania nieprawidłowości, przeszkolić personel w zakresie celów wprowadzenia nowego rozwiązania, a także opracować możliwości działań do wdrożenia w reakcji

# Urzędnik sygnalista poinformuje o nieprawidłowościach



BEATA BARAN

Istotnym zagadnieniem, przed którym staną jednostki administracji publicznej, będzie wypracowanie kultury organizacyjnej wspierającej efektywne działania procesów whistleblowingowych.

zakresie podmiotowi (np. kancelarii prawnej).

Zgodnie z nową regulacją unijną, w przypadku gdy zgłoszenie wewnątrz organizacji okazałoby się nieskuteczne bądź też zachodzi ryzyko podjęcia działań odwetowych w stosunku do zgłaszającego, wówczas sygnalista będzie mógł skorzystać ze ścieżki zgłoszenia zewnętrznego, które skierowane będzie do właściwego w sprawie organu. Państw członkowskie muszą zdecydować o zakresie ukształtowania odpowiednie-

kiedy istnieje możliwość ich wyeliminowania lub zminimalizowania ich skutków, w końcu zaś działania o charakterze szkoleniowym, które informują oraz wyjaśniają cel wdrożenia whistleblowingu w konkretnym podmiocie.

### Kto i na co może liczyć

Pytanie, które się nasuwa, to kto może zostać sygnalistą w sferze administracji publicznej oraz jakiego rodzaju ochronie będzie podlegać. Pierwszą i najszer-

nionych w stosunku do sygnalistów kroków należą np. degradacja lub wstrzymanie awansu, dyskryminacja w miejscu zatrudnienia, zastosowanie działań o charakterze represji dyscyplinarnej czy też obniżenie wynagrodzenia, aż do najbardziej dotkliwych, jak rozwiązanie stosunku pracy czy też skierowanie na badania lekarskie, w tym psychiatryczne. Jednocześnie unijny prawodawca określił w dyrektywie katalog środków wsparcia wobec sygnalistów, do którego należą m.in. dostęp do poradnictwa prawnego w zakresie działań ochronnych przed odwetem powziętym na zgłaszającym oraz wsparcie prawne na etapie postępowań sądowych. Warto podkreślić, że w określonych przypadkach przewidziane w dyrektywie mechanizmy ochronne mogą być stosowane także do osób wspierających whistleblowera – pomagających mu w dokonaniu zgłoszenia lub osób, które także mogą zostać dotknięte retorsjami z uwagi na powiązania z sygnalistą (np. małżonek lub współpracownik z wydziału, w którym razem pracują).

### Dwa warunki

Objęcie ochroną sygnalisty oraz ewentualnie osób go wspomagających uzależnione jest zgodnie z nową regulacją unijną od spełnienia dwóch

wania nieprawidłowości zgodnie z obowiązującymi w tym zakresie regulacjami, uwzględniając także hierarchię ścieżek przewidzianych

” Whistleblowing, czyli zgłaszanie nieprawidłowości przez osoby związane z daną organizacją, to jeden z najskuteczniejszych sposobów uzyskania informacji o nadużyciach

do przekazywania informacji przez whistleblowera.

Wprowadzenie systemów zgłaszania nieprawidłowości w jednostkach sektora publicznego możliwe jest przed implementacją do polskiego porządku prawnego norm nowej unijnej dyrektywy. Nie

na zgłoszone naruszenia. Na implementację systemu whistleblowingowego zdecydował się w 2019 r. Urząd m.st. Warszawy, wprowadzając procedurę reagowania na zidentyfikowane przypadki nadużyć. W ramach wdrożonej regulacji stołeczny ratusz ustanowił kanały zgłaszania, także anonimowego, informacji o działaniach korupcyjnych lub innych rodzajach nadużyć. Ponadto został powołany pełnomocnik m.st. Warszawy ds. etyki i polityki antykorupcyjnej, do którego bezpośrednio mogą zwrócić się warszawscy urzędnicy. Model zaproponowany przez stołeczne władze to jedna z możliwości wdrożenia systemów whistleblowingowych.

Czas pozostały do implementacji dyrektywy o ochronie sygnalistów to okres, który można wykorzystać na przygotowanie organizacji do wdrożenia systemu zgłaszania nieprawidłowości. Obejmuje on nie tylko opracowanie odpowiedniej regulacji wewnętrznej, ale także organizację wewnętrznych kanałów zgłaszania nieprawidłowości oraz przeprowadzenia odpowiednich szkoleń i kampanii edukacyjnych poświęconych tematyce whistleblowingu. /@

Autorka jest doktorem, radcą prawnym i partnerem w Kancelarii BKB Baran Książek Bigaj

## PRZETARGI

**W**ydaje się, że pomimo długiego czasu legis, jaki miała ustawa z 11 września 2019 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „nowe p.z.p.”), nie udało się uniknąć dość istotnych dla rynku zamówień publicznych problemów. Jak to zwykle bywa przy dużych zmianach przepisów dotyczących zamówień, zamawiający w obawie przed nowymi, nieznanymi sobie rozwiązaniami robili wszystko, aby skorzystać z możliwości stosowania uchylanej ustawy z 29 stycznia 2004 r. - Prawo zamówień publicznych (dalej „stare p.z.p.”) do postępowań, które będą prowadzone na początku roku 2021. W konsekwencji mają problem nie tylko z nowymi, ale również ze starymi przepisami, choć zdają się, że nie do końca są winni zaistniałej sytuacji.

## Ogłoszenie w dzienniku

Zamiast jednak polepszyć swoją sytuację, znaczna ich część wpadła w pułapkę wynikającą z tego, że ustawa z 11 września 2019 r. - Przepisy wprowadzające ustawę - Prawo zamówień publicznych (dalej „wNPZP”) nie rozstrzyga kwestii, jakie przepisy stosować do sytuacji, w której wysłanie do publikacji ogłoszenia nastąpiło pod rządami starego p.z.p., ale publikacja takiego ogłoszenia nastąpiła już po wejściu w życie nowych przepisów. Dlatego też Urząd Zamówień Publicznych 8 stycznia br. postanowił rozstrzygnąć ten problem. UZP, opierając się na brzmieniu art. 90 ust. 1 przepisów wprowadzających nowe prawo zamówień publicznych oraz art. 40 ust. 1 starego p.z.p. dokonał wykładni zgodnie. Według UZP, gdy ogłoszenie o zamówieniu zostało przekazane do Urzędu Publikacji Unii Europejskiej najpóźniej 31 grudnia 2020 r., ale jego publikacja w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej nastąpiła po tej dacie (...), nie doszło do wszczęcia postępowania w myśl przepisów starego p.z.p. Nie dokonano bowiem czynności wszczynającej postępowanie, to jest nie zamieszczono ogłoszenia na stronie internetowej. Nie doszło także do wszczęcia postępowania w oparciu o przepisy ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2019 r., obowiązującej od 1 stycznia 2021 r., gdyż w myśl tych przepisów postępowanie o udzielenie zamówienia publicznego o wartości zamówienia równej lub przekraczającej progi unijne wszczynają się, co do zasady, poprzez przekazanie ogłoszenia o zamówieniu Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej (art. 130 ust. 1 ustawy p.z.p.). Do wszczęcia postępowania w myśl przepisów ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2019 r., obowiązującej od 1 stycznia 2021, nie mogło zatem dojść w sytuacji przekazania ogłoszenia do Dziennika Urzędowego Unii Europejskiej przed tą datą, z uwagi na moment dokonywania czynności przekazania przypadający na datę przed wejściem w życie ustawy - Prawo zamówień publicznych z 2019 r. Reasumując, w takiej sytuacji nie można uznać, że doszło do wszczęcia postępowania w rozumieniu przepisów starego p.z.p. obowiązującego do

31 grudnia 2020 r. (zamieszczenie ogłoszenia o zamówieniu po 31 grudnia 2020 r.), ani też przepisów ustawy obowiązujących od 1 stycznia 2021 (przekazanie ogłoszenia do DUUE przed 1 stycznia 2021, a więc przed datą obowiązywania prawa zamówień publicznych z 2019 r.).

Ze zrozumiałych względów powyższa wykładnia budzi wątpliwości. Pozostaje bowiem w sprzeczności z kilkoma zasadami wykładni systemowej, w szczególności reguły, zgodnie z którą wykładnia nie może prowadzić do luki prawnej.

## Wykładnia językowa

Zacznijmy od weryfikacji poprawności dokonanej przez UZP wykładni językowej. Należy zauważyć, że wykładnia ta

ogłoszenia, lecz używa określenia „w drodze”.

Zgodnie z art. 14 ust. 1 starego p.z.p. do czynności podejmowanych przez zamawiającego i wykonawców w postępowaniu o udzielenie zamówienia stosuje się przepisy ustawy z 23 kwietnia 1964 r. - Kodeks cywilny (DzU z 2019 r., poz. 1145 i 1495), jeżeli przepisy ustawy nie stanowią inaczej - a contrario, uwzględniając, że przekazanie ogłoszenia Urzędowi Publikacji Unii Europejskiej stanowi czynność prawną w rozumieniu kodeksu cywilnego, należy uznać, że czynność ta została podjęta w postępowaniu o udzielenie zamówienia.

Należy podkreślić, że zamawiający nie może po przekazaniu ogłoszenia zmienić jego treści. Nie może też go wycofać. Jest związany swoim

ogłoszeniem, lecz używa określenia „w drodze”.

Ponadto, dokonując wykładni normy regulującej wszczęcie postępowania o zamówienie publiczne, należy uwzględnić redakcję całego art. 40 starego p.z.p., w szczególności ust. 3, który zawiera postanowienia dotyczące przekazania ogłoszenia o za-

to miejsce w analizowanej sprawie, wykładnia ta prowadzi do niedających się usunąć wątpliwości, interpretator powinien dokonać wykładni systemowej. Przy jej dokonaniu pomocne będą ustalenia doktryny, zgodnie z którymi zasada lex retro non agit nie jest jedyną regułą stosowania prawa międzyczasowego. Równie ważną, chociaż nieskodyfikowaną w k.c. lub k.p.c., jest znana łacińska zasada tempus regit actum, co oznacza, że czas rządzi czynnością prawną, do czynności prawnej stosuje się przepisy obowiązujące w czasie jej dokonania. Zasadę niedziałania nowego prawa wstecz oraz zasadę tempus regit actum uzupełnia reguła bezpośredniego działania ustawy nowej, której granice w zakresie, w jakim dotyczy stanów

„nieistniejących” postępowań czynności przekazania ogłoszeń, dokonane w grudniu 2020 r., były zgodne z obowiązującą wówczas ustawą i wywołały zakładane skutki - publikację ogłoszenia oraz rozpoczęcie biegu terminu składania ofert. Czynność publikacji ogłoszenia w Dz.U. UE dokonana została zgodnie z przepisami prawa wspólnotowego i wywołała skutki prawne np. poprzez rozpoczęcie biegu terminu na składanie odwołań (zgodnie z art. 92 ust. 2 wNPZP) toczących się z zastosowaniem przepisów nowego p.z.p.).

W konsekwencji należy przyjąć, że czynność ogłoszenia była i jest ważna oraz że skuteczne są czynności wykonane w jej następstwie. Zgodnie z zasadą niedziałania nowego prawa wstecz należy

# Nieistniejące postępowania. Czy aby na pewno?



PAWEŁ CIEŚLIK, KAROL KAMIŃSKI

Zamawiający mają problem nie tylko z nowymi przepisami dotyczącymi zamówień publicznych, ale także z tymi, które obowiązywały do końca ubiegłego roku, choć zdają się, że nie są do końca winni zaistniałej sytuacji.

nie jest wyczerpująca. Ogranicza się bowiem jedynie do przywołania brzmienia art. 40 ust. 1 oraz art. 11 ust. 7d starego p.z.p., pomijając inne przepisy tej ustawy, których brzmienie wskazuje na możliwość określenia innego momentu wszczęcia postępowania niż przyjęty przez UZP.

Dla przykładu - zgodnie z art. 2 pkt 7a) starego p.z.p.,

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

Skutki zdarzeń prawnych należy generalnie ustalać przy zastosowaniu norm obowiązujących w chwili, w której do nich doszło

zawierającym definicję postępowania o udzielenie zamówienia, zgodnie z którą ilekroć w starym p.z.p. jest mowa o postępowaniu o udzielenie zamówienia - należy przez to rozumieć postępowanie wszczynane w drodze publicznego ogłoszenia o zamówieniu (...). Powyższa definicja nie wiąże wszczęcia postępowania z zamieszczeniem ogłoszenia na stronie internetowej, lecz łączy to zdarzenie prawne z publicznym ogłoszeniem. Ogłoszeniem takim z całą pewnością jest ogłoszenie w Dzienniku Urzędowym Unii Europejskiej (dalej „Dz.U. UE”). Co istotne, definicja postępowania o zamówienie zawarta w starym p.z.p. nie wskazuje jako moment jego wszczęcia momentu opublikowania

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

## Zamieszczenie ogłoszenia

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

## Bezpieczeństwo prawne

Oceniając negatywnie ustalenia dokonane przez UZP, należy zauważyć, że wykładnia przepisów intertemporalnych winna uwzględniać zasadę bezpieczeństwa prawnego nakazującą poszanowanie przez ustawodawcę istniejących stosunków prawnych. W orzecznictwie wskazuje się, że: „na ustawodawcy ciąży obowiązek (...) ochrony interesów będących w toku, za pomocą powszechnie przyjętych technik stanowienia prawa, ze szczególnym uwzględnieniem techniki przepisów przejściowych (orzeczenie z 2 marca 1993 r., sygn. K 9/92, i wyrok z 25 listopada 1997 r., sygn. K 26/97). (...) Wymaga to od ustawodawcy ustanowienia przepisów przejściowych zawierających unormowania umożliwiające ich adresatom dokończenie przedsięwzięć podjętych w oparciu o wcześniejsze regulacje.

Zgodnie z zasadami wykładni interpretator powinien co do zasady poprzestać na rezultatach wykładni językowej. Gdy jednak, tak jak ma

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza

oświadczeniem, co stanowi cechę charakterystyczną postępowania o zamówienie publiczne. Urząd Publikacji UE zobowiązany jest opublikować ogłoszenie o treści przekazanej przez zamawiającego. Dopiero po publikacji ogłoszenia w Dzienniku Urzędowym UE zamawiający może przekazać do publikacji ogłoszenie zmieniające. Oznacza