

Głos w dyskusji

Czy ustawa – Prawo przedsiębiorców ogranicza kompetencje kontrolne NIK

Intencją pomysłodawców ustawy – Prawo przedsiębiorców z 2018 r. było objęcie jej regulacją jak najszerzej grupy organów, które mają kompetencje do kontrolowania działalności gospodarczej. W odniesieniu do Najwyższej Izby Kontroli intencja ta nie została jednak spełniona. Kontrola NIK ma bowiem charakter państwowej, a nie administracyjnej i jest najczęściej prowadzona na rzecz Sejmu uprawnionego do takiego odpowiedniego kształtowania planu pracy Izby, aby ta realizowała jego propozycje kontroli sprawowanej wobec władzy wykonawczej. Zastosowanie reżimu przewidzianego w rozdziale 5 Prawa przedsiębiorców istotnie ograniczyłoby możliwość realizacji przez Sejm jego funkcji kontrolnej. Zakłócałoby model równowagi władz w relacji legislatywy i egzekutywy, przewidziany w Konstytucji RP – odpowiednio kształtując własne działania w zakresie kontroli administracyjnej. Władza wykonawcza mogłaby wówczas bardzo łatwo uniemożliwić Sejmowi kontrolę przedsiębiorców w istotnym dla funkcjonowania państwa obszarze korzystania przez nich z mienia państwowego lub komunalnego, pomocy publicznej, czy wywiązywania się z obowiązków o charakterze finansowym.

ARTUR NOWAK-FAR

Cel i zakres artykułu

Celem artykułu jest odpowiedź na pytanie, czy ograniczenia wynikające z przepisów

ustawy z 6 marca 2018 r. Prawo przedsiębiorców¹ (dalej UPP) mają zastosowanie przy realizowaniu przez Najwyższą Izbę Kontroli jej kompetencji kontrolnych wobec przedsiębiorców?

¹ Dz.U. 2018 poz. 646, ze zm.

Kwestia jest na tyle ważna, że przykuła już uwagę badaczy. Najpełniej do zagadnienia będącego przedmiotem tego artykułu odnieśli się autorzy, którzy swoje stanowiska opublikowali na łamach „Kontroli Państwowej”. Co ciekawe, zaprezentowali w istotnym stopniu rozbieżne punkty widzenia.

I tak, Rafał Padrak w swoim opracowaniu² podkreślił, że wejście w życie UPP istotnie ograniczyło kompetencje kontrolne Najwyższej Izby Kontroli wobec przedsiębiorców. Uzasadnił stanowisko tym, że ograniczenie kompetencji kontrolnych organów władzy publicznej w ujęciu ustawy (do grupy których należałoby – jego zdaniem – zaliczyć także NIK) było zasadniczą intencją prawodawcy, który chciał przez to wzmocnić konstytucyjnie uznaną, ale mającą uzasadnienie jako prawo podstawowe, zasadę swobody działalności gospodarczej. R. Padrak podkreślił również, że w tym kontekście UPP jest swoistą kodyfikacją sposobu wykonywania tej zasady także kiedy dochodzi do kontaktów przedsiębiorców z organami władzy państwowej. Z uwagi na ten szczególnie charakter ustawy, dotyczy ona także NIK, co w konsekwencji powoduje objęcie kontroli prowadzonych przez Izbę reżimem ograniczającym ustanowionym przez UPP. Za takim wnioskiem przemawiać ma także wola, wyrażona przez projektodawców w dokumentach przygotowawczych, zwłaszcza w „Uzasadnieniu”³ do ustawy.

Zupełnie inny pogląd zaprezentowała Elżbieta Jarzęcka-Siwik⁴. Podkreśliła, że – wbrew intencjom inicjatorów UPP – nowa regulacja nie zmodyfikowała ani zakresu, ani sposobu wykonywania kompetencji Najwyższej Izby Kontroli wobec przedsiębiorców. Przyjęcie odwrotnej tezy powodowałoby istotne niespójności w systemie prawnym, które nie mogły być przez racjonalnego prawodawcę zaakceptowane. W szczególności UPP podważyłaby konstytucyjną pozycję NIK jako naczelnego organu państwa i ograniczyła możliwość wykonywania także konstytucyjnie i ustawowo określonych prerogatyw tworzących konstrukcję prawną kontroli państwowej – o innych niż kontrola administracyjna (o jakiej z pewnością mowa w UPP) funkcjach, innych adresatach i innej treści. E. Jarzęcka-Siwik uznała, że wniosek o niemożności poddania kontroli sprawowanej przez NIK rygorom UPP wynika z dotychczasowej, utrwalonej praktyki stosowania wcześniej obowiązujących regulacji dotyczących ograniczeń kontroli organów władzy publicznej wobec przedsiębiorców.

Cele ustawy a kontrola działalności gospodarczej

Istotną kwestią jest, że zagadnienie ograniczenia kontroli nie zostało poruszone w preambule UPP. Są w niej za to wyraźne odniesienia do zasady wolności działalności gospodarczej oraz innych zasad konstytucyjnych mających znaczenie

² R. Padrak: *Podstawy prawne kontroli NIK u przedsiębiorców*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2018, s. 25-44.

³ Druk nr 2051.

⁴ E. Jarzęcka-Siwik: *Uprawnienia kontrolne NIK wobec przedsiębiorców*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2018, s. 45-59.

dla przedsiębiorców w wykonywanej przez nich działalności gospodarczej: zasady praworządności, pewności prawa, niedyskryminacji oraz zrównoważonego rozwoju.

Intencje odnoszące się bezpośrednio do kontroli działalności gospodarczej ujawniono za to w „Uzasadnieniu” do jej projektu ustawy przedstawionego Sejmowi. Zgodnie z nim, UPP miała stanowić spójne, całościowe i konsekwentne uregulowanie „ogólnych zasad oraz reguł podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej”⁵; zawierać jedynie takie rozwiązania, które byłyby „rzeczywiście niezbędne dla instytucjonalnego wzmocnienia gwarancji wolności działalności gospodarczej” oraz „dawały przedsiębiorcom wiarygodną i autorytatywną informację o ich rudymentarnych prawach i obowiązkach w ich stosunkach z organami władzy publicznej i innymi podmiotami prawa, w tym z innymi przedsiębiorcami oraz konsumentami”⁶.

W kontekście wskazanych celów ważne przepisy UPP dotyczą kontroli. Tę należy pojmować jako formę ingerencji władzy publicznej w zakres gwarantowanej swobody działalności gospodarczej, którą należy ograniczyć. Intencją podmiotów, które przedstawiły projekt UPP było, zgodnie z przygotowanym przez nie „Uzasadnieniem”, zapewnieniem, aby kontrola działalności gospodarczej przedsiębiorców była przeprowadzana na zasadach określonych właśnie

w tej regulacji. To implikowałoby ustanawianie takich ram kontroli przez UPP, które musiałyby być stosowane w zachowaniu zasady pierwszeństwa przed innymi regulacjami dotyczącymi tego zagadnienia. Stąd UPP miała – w intencji inicjatorów – wyłączać stosowanie jej przepisów dotyczących kontroli jedynie wtedy, gdyby wynikało to z ratyfikowanych umów międzynarodowych albo przepisów prawa Unii Europejskiej⁷.

Ze względu na pytanie, na które mój artykuł ma dać odpowiedź, może być on zatem traktowany jako materiał zawierający ocenę tego, czy UPP istotnie osiągnęła cele przed nią postawione w kontekście kontroli państwowej i funkcjonowania Najwyższej Izby Kontroli.

Zasadniczą funkcją UPP, tak jak zostało to wskazane w jej art. 1, jest „określenie zasad podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej”. W ramach realizacji tej funkcji dotyczy ona także praw i obowiązków przedsiębiorców, jak również zadań organów władzy publicznej. W tym kontekście przepisy UPP dotyczą również kwestii kontroli. Nie ulega wątpliwości, że chodzi tu o kontrolę administracyjną właściwych organów; wymaga wyjaśnienia, czy UPP dotyczy również kontroli państwowej.

Kontrola w rozumieniu UPP odnosi się do przedsiębiorców – do „podejmowania [przez nich], wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej”, a z punktu widzenia organów kontroli, do ich zadań

⁵ Ibidem, s. 2.

⁶ Ibidem.

⁷ Ibidem, s. 54-55.

(jako organów władzy publicznej) odnoszących się do owej działalności (art. 1). Do działalności osób zagranicznych stosuje się natomiast przepisy art. 7-11 i rozdziału 6 ustawy o zasadach uczestnictwa przedsiębiorców zagranicznych i innych osób zagranicznych w obrocie gospodarczym na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej⁸ (art. 6 ust. 2 UPP).

Zgodnie z art. 7 ust. 1 pkt 4 UPP, do organów, do których odnosi się ustawa, należą nie tylko te właściwe w sprawach działalności gospodarczej (tj. wspomnianym już, a w tym przepisie powtórzonym sformułowaniem „podejmowania, wykonywania lub zakończenia” tej działalności), lecz również „inne organy władzy publicznej” (a także – ujęte oddzielnie – organy samorządu zawodowego). Oznacza to, że prawodawca starał się szeroko określić grupę organów, których dotyczy UPP, a więc i jej reżim kontrolny. Jednak w związku z art. 1 – muszą to być organy, których czynności dotyczą realizacji zasadniczego obszaru regulacji ustawy – tj. prowadzenia przez przedsiębiorców działalności gospodarczej.

Za takim rozumieniem zakresu przedmiotowego UPP przemawiają także te jej przepisy, które dotyczą konkretnych wymagań dotyczących działań organów władzy publicznej, o jakich mowa w jej regulacji, tj. w szczególności:

- ujętych w przepisach ogólnych (tj. w Rozdziale 1 UPP) zasad:
 - kierowania się zasadą zaufania do przedsiębiorcy (co ma implikować przyjmowanie wyjściowego założenia, że działa on zgodnie

z prawem, uczciwie i z poszanowaniem dobrych obyczajów) – art. 10 ust. 1;

- rozstrzygania wątpliwości na korzyść przedsiębiorcy – art. 11 ust. 1;

- prowadzenia postępowań w sposób: budzący zaufanie przedsiębiorców do władzy publicznej, zgodnie z zasadą proporcjonalności, bezstronności i równego traktowania – art. 12;

- ujętych w przepisach dotyczących załatwiania sprawy z zakresu działalności gospodarczej (tj. w rozdziale 3 UPP) zasad:

- zasady wnikliwego i szybkiego działania oraz posługiwania się najprostszymi środkami załatwienia spraw z tego zakresu – art. 27 UPP;

- współdziałania organów władzy publicznej ze sobą – art. 28 UPP;

- uwzględniania interesu społecznego i słusznego interesu przedsiębiorców – art. 28 UPP;

- zapewnienia sprawności postępowania i adekwatności środków – art. 28 UPP.

W kontekście większości tych zasad wyraźnie zaznacza się to, że UPP ma na celu określenie standardów kontroli administracyjnej – zwłaszcza takich, które przesądzają o charakterystycznych dla tego typu kontroli rezultatach osiągniętych przez władczą ingerencję w funkcjonowanie przedsiębiorców, a więc – innymi słowy – w prowadzoną przez nich działalność gospodarczą.

Zasady kontroli w ustawie – Prawo przedsiębiorców

Zasad kontroli wykonywanej przez właściwe organy władzy publicznej w zakresie

⁸ Dz.U. 2018 r. poz. 649.

wyznaczonym zasadniczo przez art. 1 ustawy dotyczącej przepisy zawarte w rozdziale 5, tj. w art. 45-65 UPP. Z art. 45 ust. 1 UPP wynika, że reguluje ona tylko zagadnienie kontroli działalności gospodarczej przedsiębiorców; jednocześnie przepis ten wyłącza zastosowanie jej reżimu w przypadku, gdy zasady i tryb kontroli wynikają z ratyfikowanych umów międzynarodowych albo bezpośrednio stosowanych przepisów prawa Unii Europejskiej.

Ważnymi przepisami dookreślającymi zastosowanie przepisów ustawy są te zawarte w ust. 2 i 3 artykułu 45 UPP, które odpowiednio:

- dają pierwszeństwo zastosowania przepisów szczególnych dotyczących kontroli w zakresie nieuregulowanym w przepisach jej rozdziału 5;
- odwołują się do odrębnych przepisów dotyczących określenia zakresu przedmiotowego kontroli działalności gospodarczej oraz określenia organów właściwych do ich przeprowadzania;

Ustawa – Prawo przedsiębiorców, w art. 47 ust. 1 wymaga od właściwych organów, aby te – zwyczajowo – planowały i przeprowadzały kontrole działalności gospodarczej po dokonaniu analiz prawdopodobieństwa naruszenia prawa przez prowadzących ją przedsiębiorców. Ustawa ustanawia również procedurę wszczęcia kontroli oraz jej prowadzenia opierającą się w istotnym stopniu na określonym sposobie komunikowania się organów kontrolnych z kontrolowanymi podmiotami,

a także wyznaczeniu szczególnego reżimu prowadzenia kontroli, w którym UPP przyznaje przedsiębiorcom określone w niej uprawnienia.

Ustawa – Prawo przedsiębiorców określa również generalne zasady ograniczenia uciążliwości kontroli. W art. 54 ust. 1 UPP sformułowano zakaz podejmowania i prowadzenia więcej niż jednej kontroli w tym samym czasie (chyba że zastosowanie mają wyjątki – m.in. „chyba że ratyfikowane umowy międzynarodowe albo bezpośredni przepis prawa Unii Europejskiej stanowią inaczej” – co, samo w sobie, brzmi niejasno, by nie rzec, zadziwiająco). W art. 55 UPP ustanowiono zaś roczne limity czasu trwania kontroli organów u jednego przedsiębiorcy. Reguła ta znów ma wyjątki, w tym przewidujące, że nie stosuje się jej, jeżeli „ratyfikowane umowy międzynarodowe albo bezpośrednio stosowane przepisy prawa Unii Europejskiej stanowią inaczej”.

Kontrola NIK

Kontrola wykonywana przez NIK jest szczególnym rodzajem kontroli – kontrolą państwową. Stanowi o tym art. 202 ust. 1 Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej (KRP)⁹, w którym w odniesieniu do pojęcia „kontrola” użyto szczególnego predykatu „państwowa” i który powierza jej sprawowanie NIK, a przy tym ustala zasadniczy status Izby w polskim systemie instytucjonalnym: „Najwyższa Izba Kontroli jest naczelnym organem kontroli państwowej”.

⁹ Dz.U. z 1997 r. nr 78 poz. 483.

Implikacją przepisu art. 202 ust. 2 KRP, który przewiduje, że „NIK podlega Sejmowi” (formuła ta została powtórzona w art. 1 ust. 2 ustawy o NIK¹⁰) było to, że pierwszoplanowym adresatem wyników kontroli państwowej jest właśnie Sejm. O takiej wykładni przepisu przesądza również korelujący z art. 202 ust. 2 KRP art. 204 ust. 1 pkt 3 Konstytucji, który ustanawia obowiązek NIK przedkładania właśnie Sejmowi informacji o wynikach przeprowadzonych przez Izbę kontroli. Słusznie zatem zauważa Andrzej Sylwestrzak, że „ustrojowe zadania NIK pozostają w bezpośrednim związku z kontrolnymi uprawnieniami Sejmu”¹¹. Ta ustrojowa więź jest wzmocniona także konstytucyjnie określonymi mechanizmami powoływania organów NIK, a także wykorzystywania zasadniczych rezultatów jej pracy – właśnie przez Sejm.

Istotę kontroli państwowej definiuje art. 203 Konstytucji. Określa podmioty, które podlegają kontroli, a przy tym różnicza pomiędzy tymi, które muszą być kontrolowane oraz tymi, które mogą być kontrolowane. Dodatkowo przepis ten wskazuje różne kryteria kontroli, które mają być stosowane w odniesieniu do tych dwu różnych grup podmiotów. Tak ustalone konstytucyjne ramy kontroli przedstawia tabela 1, s. 74.

Artykuł 2 ust. 3 ustawy o NIK dodatkowo podaje nieenumeratywny katalog działań podmiotów gospodarczych (określanych tu również mianem

„przedsiębiorców”), które mogą uzasadniać kontrolę państwową NIK oraz być jej przedmiotem. W tym katalogu mieszczą się działania polegające m. in. na: wykonywaniu zadań zleconych lub powierzonych przez państwo lub samorząd terytorialny, realizacji zamówień publicznych na rzecz państwa lub samorządu terytorialnego, organizacji lub wykonywaniu prac interwencyjnych albo robót publicznych, działaniu z udziałem państwa lub samorządu terytorialnego, korzystaniu z mienia państwowego lub samorządowego, w tym także ze środków przyznanych na podstawie umów międzynarodowych, korzystaniu z pomocy publicznej, wykonywaniu zadań z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego, wykonywaniu zobowiązań wobec państwowych funduszy celowych oraz zobowiązań wobec państwa wynikających ze stosunków cywilnoprawnych.

Istotny argument ujawniający intencję prawodawcy nadania kontroli NIK szczególnego charakteru kontroli państwowej, zawiera art. 3 ustawy o NIK. Przepis ten przewiduje, że kontrolując podmioty wymienione w art. 2 Izba ma obowiązek badania w szczególności:

- wykonania budżetu państwa,
- realizacji ustaw i innych aktów prawnych w zakresie działalności finansowej, gospodarczej i organizacyjno-administracyjnej.

Takie ukształtowanie kompetencji NIK implikuje szczególne ukierunkowanie całej kontroli na badanie funkcjonowania

¹⁰ Dz.U. z 2019 r. poz. 489.

¹¹ A. Sylwestrzak: *Najwyższa Izba Kontroli. Studium prawnoustrojowe*, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2006, s. 170.

Tabela 1. Ramy prawne kontroli NIK określone w art. 203 Konstytucji RP i art. 2 ustawy o NIK

Podmioty objęte kontrolą NIK	Modalność kontroli (musi/może)	Kryteria kontroli
Organy administracji rządowej Narodowy Bank Polski Państwowe osoby prawne Inne państwowe jednostki organizacyjne	NIK musi kontrolować	Legalność Gospodarność Celowość Rzetelność
Organy samorządu terytorialnego Komunalne osoby prawne Inne komunalne jednostki organizacyjne	NIK może kontrolować	Legalność Gospodarność Rzetelność
Inne jednostki organizacyjne Podmioty gospodarcze	NIK może kontrolować	Legalność Gospodarność • jedynie w zakresie, w jakim podmioty te wykorzystują majątek lub środki państwowe lub komunalne oraz wywiązują się ze zobowiązań finansowych na rzecz państwa
Inne jednostki organizacyjne i podmioty*	NIK może kontrolować	Legalność Gospodarność • jeżeli wykonują one zadania z zakresu powszechnego ubezpieczenia zdrowotnego*

* Podstawą prawną jest tylko art. 1 ust. 4 ustawy o NIK

Źródło: Opracowanie własne.

państwa; przez to determinuje również model kontroli Izby sprawowanej wobec przedsiębiorców: kontrola co do zasady nie służy korekcie ich działań, lecz – zbadaniu, czy określone sposoby funkcjonowania tych podmiotów nie są symptomami dysfunkcji państwa.

Drugim ważnym przepisem ujawniającym intencję prawodawcy nadania kontroli NIK szczególnego charakteru kontroli państwowej jest art. 6 ust. 1 ustawy o NIK. Zgodnie z tym przepisem może ona podejmować kontrole z własnej inicjatywy oraz musi je podejmować na zlecenie Sejmu (lub jego organów), a także Prezydenta RP oraz Prezesa Rady Ministrów. Z kontroli zleconych oraz „ważniejszych – NIK ma – na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 3-4 ustawy,

a także jej art. 8 – obowiązek przedstawić Sejmowi (jak również innym wskazanym w tych przepisach organom państwa) stosowne informacje.

Trzecim ważnym argumentem ujawniającym intencję prawodawcy nadania kontroli Najwyższej Izby Kontroli szczególnego charakteru kontroli państwowej jest to, że na podstawie ustawy o NIK Izba ma szereg kompetencji (rozumianych jako uprawnienie do działania a zarazem obowiązek korzystania z tego uprawnienia), które polegają na podejmowaniu czynności, których funkcją jest inicjowanie korekty polityki państwa (a także będących jej narzędziem przepisów prawnych) wtedy, gdy wyniki kontroli wskazują na taką konieczność. Do grupy takich kompetencji należą:

- kompetencje odnoszące się do informowania o materiale kontrolnym (określonym bliżej przez przepisy ustawy) Sejmu, Prezydenta RP, Prezesa Rady Ministrów, wojewodów, sejmiki wojewódzkie i organy stanowiące jednostek samorządu terytorialnego – zob. wspomniany już art. 7 ust. 1 pkt 3-4, jak również art. 8, art. 9);
- kompetencje odnoszące się do inicjowania zmian w systemie prawnym – w postaci:
 - sygnalizowania takiej konieczności właściwym organom legislatywy oraz egzekutywy mającym inicjatywę prawodawczą (gdy NIK – na podstawie art. 7 ust. 1 pkt 5 przedkłada Sejmowi wnioski w sprawie „rozpatrzenia przez Sejm określonych problemów związanych z działalnością organów wykonujących zadania publiczne”, a także w ramach wniosków i wystąpień pokontrolnych, o których – na podstawie art. 8-9 ustawy o NIK – Izba informuje Prezydenta RP lub Radę Ministrów, a także organy administracji wojewódzkie, państwowe i samorządowe oraz organy stanowiące samorządu terytorialnego); należy zwrócić uwagę, że w procedurę tworzenia tych informacji włączone są właściwe naczelne lub centralne organy państwowe, którym NIK przesyła – na podstawie art. 64 ustawy o NIK – przygotowywane protokoły kontroli, wystąpienia pokontrolne i informacje o wynikach kontroli, w celu umożliwienia im przedstawienia własnego stanowiska – wniosków kierowanych na podstawie art. 11 ustawy o NIK do Trybunału Konstytucyjnego o stwierdzenie zgodności wskazanych aktów prawnych z Konstytucją albo z ratyfikowanymi na podstawie umowy międzynarodowymi, albo rozporządzeń z ustawami.
 - O szczególnym charakterze kontroli państwowej prowadzonej przez NIK przesądza

także treść art. 12 ustawy o NIK, który wymaga od innych organów kontrolnych, rewizyjnych, inspekcyjnych, działających w administracji rządowej i w samorządzie terytorialnym współpracy z Izbą oraz do przekazania – na jej wniosek – wyników ich własnych ustaleń, albo przeprowadzenia określonych kontroli razem z Izbą, albo przeprowadzenia kontroli dołączonych na zlecenie Izby.

Jak wiadomo, tak wielu różnorodnych kompetencji nie ma żaden organ inny niż państwowy – nie można zwłaszcza stwierdzić wystarczających podobieństw NIK do organów mających kompetencje do prowadzenia kontroli administracyjnej.

Konsekwencją szczególnej postaci kontroli państwowej jest i to, że – jakkolwiek może ona dotyczyć działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorców, jednak nie jest taką kontrolą, o której mowa w UPP. Kwestia ta wymaga jednak bliższej analizy.

Pojęcie „kontroli państwowej”

Istotną kwestią jest relacja pomiędzy kontrolą państwową, którą definiuje Konstytucja RP oraz ustawa o NIK, a kontrolą działalności gospodarczej – tak jak została ona ujęta w przepisach rozdziału 5 ustawy – Prawo przedsiębiorców. Można ją sprowadzić do relacji zakresu logicznego pojęć „kontrola państwowa” i „kontrola działalności gospodarczej” w rozumieniu tych dwu wspomnianych aktów prawnych. W odniesieniu do niej, w przywołanej już literaturze sformułowano dwie wykluczające się hipotezy:

- hipoteza I – E. Jarzęckiej-Siwik: pojęcie „kontroli państwowej” jest użyte w regulacji szczególnej wobec ustawy – Prawo

przedsiębiorców, a więc parametry „kontroli państwowej” są wyznaczane w sposób generalny w Prawie przedsiębiorców, a szczególny w Konstytucji i ustawie o NIK;

- hipoteza 2 – R. Padraka: pojęcie „kontroli państwowej” w odniesieniu do działań kontrolnych podejmowanych wobec przedsiębiorców jest tożsame z pojęciem „kontroli działalności gospodarczej” użytym w ustawie – Prawo przedsiębiorców albo w tym pojęciu się zawiera, co implikuje, że kontrola państwowa w odniesieniu do działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorców jest w całości regulowana przez ustawę – Prawo przedsiębiorców, a jedynie posiłkowo przez przepisy KRP i ustawy NIK – co odpowiadałoby także intencjom ujawnionym przez inicjatorów UPP.

Za uznaniem hipotezy 2 za poprawną mogłoby przemawiać to, że Prawo przedsiębiorców jest późniejsze niż ustawa o NIK i jako takie ustanawia szczególny reżim stosowania tej drugiej ustawy: jako regulacja szczególna wobec ustawy – Prawo przedsiębiorców ustawa o NIK mogłaby znajdować pełne zastosowanie z wyjątkiem kwestii nieuregulowanych albo inaczej uregulowanych w ustawie – Prawo przedsiębiorców. W odniesieniu do kontroli działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorców, zastosowanie miałby przepis art. 45 ust. 2 Prawa przedsiębiorców, który co do kwestii kontroli uregulowanych w jej rozdziale 5 przewiduje, że:

- w zakresie w nim nieuregulowanym mają mieć zastosowanie odrębne przepisy (art. 45 ust. 2 UPP);
- zakres przedmiotowy takiej kontroli (tj. działalności gospodarczej prowadzonej

przez przedsiębiorców) oraz organy upoważnione do jej przeprowadzenia określają odrębne przepisy (art. 45 ust. 3 UPP);

- to zasady UPP określają zasady takiej kontroli, chyba że postanowienia ratyfikowanych umów międzynarodowych lub bezpośrednio stosowanych przepisów prawa Unii Europejskiej będą musiały być zastosowane przed przepisami UPP (art. 45 ust. 1 UPP).

Dodatkowo, za uznaniem prawidłowości tej hipotezy mogłoby przemawiać, że w art. 7 ust. 1 pkt 4 UPP, w ustawowej (choć wadliwej z punktu widzenia techniki prawodawczej, o czym będzie tu jeszcze mowa) definicji „organu” – nie ma wyraźnego wyłączenia NIK. Przepisy UPP można by więc stosować do Izby jako do „innego organu władzy publicznej” (który nie jest sądem), o którym mowa w tym przepisie. Z uwagi na zakres przedmiotowy UPP, należałoby jednak przyjąć, że katalog owych „innych organów władzy publicznej”, o których mowa w art. 7 ust. 1 pkt 4 UPP, nie obejmuje „organów właściwych w sprawach podejmowania, wykonywania lub zakończenia działalności gospodarczej”, bo te są ujęte w innej części definicji „organu”. Jednocześnie dotyczy jednak takich organów, których kompetencje jakoś odnoszą się do przedmiotu regulacji UPP, tj. „podejmowania, wykonywania i zakończenia działalności gospodarczej”, w tym do „praw i obowiązków przedsiębiorców” (zob. art. 1 UPP). Należy dodatkowo zauważyć, że także zgodnie z art. 1 UPP – jeżeli w ogóle – to regulacja UPP dotyczy zadań organów publicznych właśnie w tym zakresie. Przepis art. 7 ust. 1 jest więc, pod tym względem głęboko wadliwy legislacyjnie. Jako taki nie daje

użytecznych wskazówek, które z organów kontrolnych tworzących system kontrolny w Polsce są objęte zakresem normowania UPP.

Nawet jednak i bez tego istnieje zasadniczy problem z zaakceptowaniem hipotezy 2. Problem ten wynika z logiki hierarchii źródeł prawa. Przyjęcie, że zastosowanie przepisów Konstytucji (kształtujących kompetencje NIK tak, aby ten organ umożliwiał sprawowanie przez Sejm funkcji kontrolnej wobec władzy wykonawczej (a ostatecznie wobec przedsiębiorców, na których działalność ma ona wpływ przez swoje władcze decyzje, np. dotyczące powoływania członków rad nadzorczych spółek Skarbu Państwa) może być ograniczone przez szczególne przepisy UPP, jakkolwiek teoretycznie możliwe, wymaga szczególnego uzasadnienia. Jak się wydaje, należałoby w tej mierze udowodnić, że intencją prawodawcy (Sejmu), w przypadku UPP, było ograniczenie (co eufemistycznie, ale jednak nieprawdźiwie, należałoby określić mianem „dookreślenia”) jego własnych uprawnień w zakresie kontroli funkcjonowania państwa, którego uzasadnieniem musiałby być zamiar zwiększenia zakresu wolności gospodarczej przedsiębiorców, nawet właśnie kosztem uszczuplenia własnych prerogatyw.

Zaakceptowanie takiego wniosku jest niemożliwe z dwu powodów. Pierwszy wynika z hierarchii źródeł prawa i nie pozwala na faktyczną zmianę przepisu konstytucyjnego przepisami ustaw zwykłych

– co nawiasem mówiąc – i tak rozdziłoby prawną wadliwość i wręcz bezskuteczność (przynajmniej w ramach rozproszonej sądowej kontroli konstytucyjności) tych drugich. Drugim powodem jest to, że w obu kwestiach chodzi przecież o zgoła inne co do charakteru i wagi interesy, co implikuje inny charakter kontroli i inny mechanizm oraz zakres wyznaczania uprawnień kontrolnych. Interes Sejmu w odniesieniu do kontroli państwowej ma dużo większą wagę aksjologiczną: chodzi tu przecież o uzyskanie wiedzy o funkcjonowaniu władzy wykonawczej i umożliwienie Sejmowi wykonywania jego prerogatyw kontrolnych wobec egzekutywy (która ma wpływ także na działalność przedsiębiorców korzystających z publicznego majątku). Ograniczenia uprawnień Sejmu w tym zakresie po prostu nie może uzasadniać chęć poszerzenia wolności przedsiębiorców od kontroli państwowej NIK, gdyż ta – w tym właśnie ujęciu – nie jest (inaczej niż ma to miejsce w odniesieniu do innych rodzajów kontroli) funkcją władzy wykonawczej.

Za wnioskiem, że do kontroli państwowej NIK nie można zastosować przepisów rozdziału 5 UPP (zwłaszcza art. 47 oraz 54 i 55) przemawia również sposób planowania i prowadzenia kontroli państwowej – na co w swoim opracowaniu zwróciła szczególną uwagę E. Jarzęcka-Siwik¹². Tę bowiem planuje się w rocznych planach pracy NIK (uchwalanych na podstawie art. 23 ust. 2 pkt 6 UNIK); ich istotnym składnikiem są kontrole zlecane przez Sejm

¹² E. Jarzęcka-Siwik, op.cit., s. 54-58.

lub jego organy. Przyjęcie modelu kontroli określonego w UPP oraz dotyczących tego modelu ograniczeń mogłoby zatem prowadzić do szczególnej sprzeczności prakseologicznej: z jednej strony, określone kontrole byłyby ujmowane w planie pracy NIK – przy czym zlecenie przez Sejm (lub jego organy) wiązałyby Izbę; z drugiej jednak, zastosowanie standardów UPP mogłoby je, w określonych w tej w ustawie przypadkach, po prostu uniemożliwić, przez co naruszono by konstytucyjną regułę wyrażoną w art. 4 ust. 2. Co więcej, mogłoby się zdarzyć, że Sejm musiałby odstąpić od zlecenia kontroli – wtedy, gdyby od samego początku było jasne, że w wyniku takiego zlecenia nastąpi naruszenie standardów UPP. Interpretacja przepisów UPP i UNIK w taki sposób nie może być jednak zaakceptowana, gdyż w znaczącym stopniu implikowałaby podważenie założenia racjonalności prawodawcy.

Podważeniem racjonalności prawodawcy byłoby również zaakceptowanie tego, że do kontroli prowadzonych przez NIK miałyby zastosowanie środki zaskarżenia określone w UPP, a w szczególności skarga do sądu administracyjnego. Do kontroli NIK nie stosuje się przepisów Kodeksu postępowania administracyjnego. To spowodowałoby iluzoryczność przepisów UPP w tym zakresie, na co zwróciła już uwagę E. Jarzęcka-Siwik¹³. Z kolei przyjęcie, że do kontroli NIK mają zastosowanie przepisy UPP dotyczące środków

odwoławczych wymagałoby dokonania głębokich zmian w samej regulacji ustawy o NIK, co przecież nie nastąpiło.

Hipoteza głosząca, że pojęcie „kontroli państwowej” w odniesieniu do działań kontrolnych podejmowanych wobec przedsiębiorców jest tożsame z pojęciem kontroli działalności gospodarczej użytym w ustawie – Prawo przedsiębiorców (co implikuje konieczność zastosowania całej regulacji dotyczącej kontroli państwowej na podstawie Prawa przedsiębiorców i jedynie posiłkowego korzystania z przepisów PRP i ustawy o NIK), musi być zatem odrzucona. Owo odrzucenie musi nastąpić, chociaż za pozytywną weryfikacją wspomnianej hipotezy przemawiałoby to, że w UPP chodzi przecież o ograniczenie jakiegokolwiek (uznanej za nieproporcjonalną – albo wedle kryteriów ogólnych albo szczegółowych i mierzalnych – ustalonych w UPP) władczej ingerencji publicznej władzy kontrolnej – w przypadku kontroli Najwyższej Izby Kontroli i o relatywnie niskiej dolegliwości dla kontrolowanych – z uwagi na niemożliwość stosowania wobec nich np. sankcji z tytułu stwierdzonych naruszeń prawidłowego działania definiovanych w kategoriach legalności i gospodarności¹⁴.

Za pozytywną weryfikacją hipotezy 2 nie przemawia nawet nawiązanie do podkreślonej przez R. Padraka¹⁵ intencji prawodawcy, która miałaby objawiać się w pracach przygotowawczych nad UPP. Chodzi

¹³ Ibidem, s. 56-57.

¹⁴ Skłania to niektórych autorów do stwierdzenia, że przez swoją działalność kontrolną NIK nie ingeruje w swobodę prowadzenia działalności gospodarczej: zob. np. E. Jarzęcka-Siwik, op.cit., s. 47.

¹⁵ R. Padrak, op.cit., s. 28-30.

mianowicie o to, że w ramach tych prac nie uwzględniono niektórych propozycji NIK dotyczących dokładnego ustalenia zakresu stosowania przepisów projektowanej ustawy (UPP)¹⁶; nie ma w nich jednak również śladu, który wskazywałby na intencję ograniczenia takich uprawnień kontrolnych Sejmu w odniesieniu do egzekutywy, których bez kontroli państwowej nie da się zrealizować w sensownym (tzn. uzasadnionym skalą koniecznych informacji) zakresie. Można bowiem wyobrazić sobie sytuację, gdy – zgodnie z przepisami UPP – NIK nie byłaby w stanie podjąć żadnych działań kontrolnych choćby z tego powodu, że władza wykonawcza pozbawiłaby Sejm możliwości uzyskania informacji o funkcjonowaniu przedsiębiorców (i to w zakresie, w jakim jednak korzystają oni np. z środków pochodzących z budżetów publicznych, którymi przecież dysponuje władza wykonawcza), celowo samodzielnie wyczerpując limit czasu, w którym tacy przedsiębiorcy mogliby być kontrolowani.

W tym kontekście należy więc rozważyć, czy poprawna jest hipoteza, zgodnie z którą w UPP i ustawie o NIK chodzi o różne pojęcia „kontroli”, nawet gdy odnosi się ona do działalności gospodarczej prowadzonej przez przedsiębiorców. Weryfikując tę hipotezę należy wprawdzie przypomnieć, że tak przepisy Konstytucji (art. 202 ust.1 KRP) oraz ustawy o NIK odnoszą się do kontroli określanej szczególnym predykatem

„państwowa”. Dodatkowo, przepisy tych dwu aktów ograniczają przedmiotowy i podmiotowy zakres kontroli przez wskazanie, że może ona dotyczyć podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) jedynie w zakresie:

- w jakim NIK wypełnia jej własne, szczególne funkcje kontrolne w ramach wykonywania kompetencji do prowadzenia kontroli państwowej – co wynika z ogólnego sensu art. 202-203 KRP oraz art. 1 ustawy o NIK;
- badania takich podmiotów jedynie co do wykorzystywania przez nich majątku państwowego (albo komunalnego) lub środków państwowych (albo komunalnych) oraz co do wywiązywania się przez nie z zobowiązań finansowych na rzecz państwa (art. 202 ust. 3 KRP), ewentualnie co do wykonywania przez nie zadań z zakresu powszechnego ubezpieczenia społecznego (art. 1 ust. 4 ustawy o NIK);
- badania tych podmiotów jedynie pod kątem spełniania przez nie kryterium legalności i gospodarności (art. 202 ust. 3 KRP).

W każdym przypadku ogólny sens nadania NIK uprawnień do sprawowania kontroli państwowej, oceniany w kontekście poważnego zawężenia uprawnień kontrolnych Izby w stosunku do przedsiębiorców (podmiotów gospodarczych) przemawia za uznaniem, że kontrola państwowa wykonywana przez Izbę na podstawie wspomnianych przepisów jej dotyczących

¹⁶ Zob. dokument RCL z 21.4.2017 pt.: *Zestawienie uwag zgłoszonych w ramach uzgodnień międzyresortowych do projektu ustawy – Prawo przedsiębiorców*, co do uwagi zgłoszonej przez Prezesa NIK odnoszącej się do projektu UPP (art. 63). W kontekście przedstawionego argumentu dotyczącego funkcji informacyjnej NIK wobec Sejmu, odrzucenie propozycji poprawki wydaje się wręcz szokującym błędem.

jest czymś innym niż kontrola, o której mowa w UPP. Ta pierwsza bowiem jest regulowana w kontekście ogólnej funkcji ustrojowej NIK w państwie – zmierza zatem nie tylko do wykrycia nieprawidłowości, ale przede wszystkim do umożliwienia właściwym organom legislatywy i egzekutywy dokonania zmiany polityki państwa, w tym do modyfikacji przepisów prawnych dotyczących tej polityki.

Takie ukształtowanie uprawnień kontrolnych NIK współgra z bardzo wąskim zakresem tej kontroli. Ta przecież, w odniesieniu do podmiotów gospodarczych (przedsiębiorstw), nigdy nie jest przedmiotowo ani podmiotowo autonomiczna. Służy raczej do weryfikacji, czy realizując jakąś konkretną politykę publiczną, organy państwa właściwie (tzn. zgodnie z zasadami legalności, gospodarności, celowości i rzetelności) realizują – właśnie w tym kontekście – powierzone im kompetencje. Jest to zatem kontrola natury ogólnej, w której stosowane są powszechne (a nie specyficzne dla danej dziedziny kryteria oceny działania podmiotów kontrolowanych)¹⁷. Jej pierwszoplanowym i fundamentalnym celem jest sprawdzenie, czy to państwo (a nie same podmioty kontrolowane) działa właściwie. Stwierdzenie w ramach kontroli tego, że przedsiębiorcy działają niewłaściwie (nielegalnie lub niegospodarnie – tam gdzie wchodzi w relacje z sektorem publicznym) musi być przez NIK traktowane jako symptom dysfunkcji aparatu państwa. Zasadniczym zadaniem

Izby w tym kontekście jest identyfikacja przyczyn i mechanizmów takiej dysfunkcji tkwiących w nieprawidłowym działaniu władzy publicznej. Izba ma wtedy obowiązek zasygnalizowania swojej diagnozy i sformułowania propozycji zmian – zarówno natury konkretnej, nawiązujących do samego przedmiotu kontroli, jak i generalnej – odnoszących się do zmian funkcjonowania państwa w każdej takiej samej albo podobnej sprawie.

Dlatego kontrole przedsiębiorców realizowane przez NIK – nawet gdy dotyczą ich działalności gospodarczej – muszą mieć na uwadze tę zasadniczą misję Izby pojmowanej jako naczelny organ państwa odpowiedzialny za sprawowanie kontroli państwowej. Realizacja tej misji stanowi kontekst podejmowania przez NIK działań kontrolnych – co także znajduje potwierdzenie w praktyce. Działalność Izby nie obejmuje autonomicznie i indywidualnie (przedmiotowo i podmiotowo) ujętych kontroli jakiś konkretnych przedsiębiorców. Ograniczenie zakresu kontroli przedsiębiorców do kwestii dotyczących gospodarowania środkami pochodzącymi z budżetów publicznych, w ramach kryteriów, którymi mogą być jedynie legalność i gospodarność, także wskazuje, że kontrolowanie przedsiębiorców ma w ramach kontroli państwowej NIK jedynie charakter wypadkowy i pomocniczy. Takie konkretne działania kontrolne mają dawać wiedzę (przede wszystkim Sejmowi) o funkcjonowaniu państwa i jego organów w szerszym zakresie. Chodzi więc

¹⁷ P. Sarniecki: *Status prawny Najwyższej Izby Kontroli w świetle Konstytucji*, „Kontrola Państwowa” nr 2/2002, s. 5-15.

o swoistą „próbę statystyczną” mającą wykazać szersze prawidłowości funkcjonowania państwa.

Wspomniane już kryteria legalności, a zwłaszcza gospodarności, które mają zastosowanie w kontroli państwowej przedsiębiorców potwierdzają – w moim przekonaniu – prawidłowość takiej argumentacji. Przecież zastosowanie pierwszego z wymienionych kryteriów – legalności, wymaga oceny, czy jednostka kontrolowana działa zgodnie z obowiązującym prawem. W tym kontekście, kontrola musi uwzględniać zróżnicowanie podmiotów kontrolowanych z punktu widzenia stosowania wobec nich art. 7 i 83 KPR. Zgodnie z pierwszym ze wspomnianych przepisów Konstytucji, „organy władzy publicznej działają na podstawie i w granicach prawa”. Artykuł 83 KPR przewiduje zaś obowiązek każdego, a więc i przedsiębiorców, przestrzegania prawa. Przepisy te są istotne również dlatego, że odzwierciedlają zasadę rozłączności sektora prywatnego i publicznego¹⁸, której implikacją jest swoisty reżim organizacji działań realizujących funkcje publiczne – powierzonych podmiotom sektora publicznego i – wyraźnie określonych przepisami prawa – podmiotom sektora prywatnego. W odniesieniu zatem do takich kwestii, jak np. korzystanie przez te drugie podmioty z mienia państwowego, z pomocy publicznej, czy innych świadczeń bezpośrednio i selektywnie

finansowanych z budżetów publicznych, reżim ten jest inny niż w wypadkach, gdy przedsiębiorcy angażują jedynie własne, prywatne zasoby. Zakres wolności gospodarczej jest więc w tych dwu sytuacjach różny: może być węższy w przypadku korzystania z zasobów publicznych¹⁹. W najbardziej wyrazisty sposób dotyczy to podmiotów gospodarczych tworzonych przez organy władzy publicznej, np. przedsiębiorstw komunalnych. Ponieważ interes publiczny jest tam ewidentny, możliwe jest zaniżenie konstytucyjnego standardu zapewnienia wolności działalności gospodarczej w stopniu różnicującym takie podmioty od podmiotów sektora prywatnego, które nie korzystają ze środków publicznych (bez naruszenia art. 22 KRP, który wymaga wskazania ustawowej podstawy i uzasadnienia w postaci ochrony ważnego interesu publicznego). Ograniczenia ustawowe konstytucyjnej swobody działalności gospodarczej jest zgodne z KRP wtedy, gdy „stanowi gwarancję prawidłowego funkcjonowania państwa i ochrony prawnej jego obywateli”²⁰.

Pomijając zastosowanie art. 7 KRP do podmiotów gospodarczych (przedsiębiorców) wówczas, gdy wykonują oni jakieś czynności w zakresie władztwa publicznego, tj. w szczególności zadania zlecone administracji, kontrola państwowa takich podmiotów polega na sprawdzeniu,

¹⁸ Zob. np. R. A. Musgrave, P. Musgrave: *Public Finance in Theory and Practice*, McGraw-Hill, New York 1989, s. 41-58;

¹⁹ Zob. np. L. Garlicki: *Przesłanki ograniczania konstytucyjnych praw i wolności na tle orzecznictwa Trybunału Konstytucyjnego*, „Państwo i Prawo”, nr 10/2001, s. 5-25; tegoż: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, t. 4, Wydawnictwo Sejmowe, Warszawa 2005, s. 7-13.

²⁰ B. Banaszak: *Konstytucja Rzeczypospolitej Polskiej. Komentarz*, C. H. Beck, Warszawa 2009, s. 135-139.

czy właściwe organy państwa ten przepis stosują. W odniesieniu do samej, technicznie pojętej kontroli przedsiębiorstw, NIK ma jednak oczywisty obowiązek uwzględnienia zasady wyrażonej w art. 83 KRP. Zasadniczym kontekstem normatywnym działań NIK w tym zakresie pozostaje jednak właśnie art. 7.

W jeszcze większym stopniu o szczególności kontroli państwowej NIK przesądza stosowanie w odniesieniu do kontroli przedsiębiorców kryterium gospodarności. Wymaga ono dobrego – racjonalnego i oszczędnego gospodarowania. Jego efektem ma być osiągnięcie najbardziej wartościowych rezultatów przy wykorzystaniu najmniejszych zasobów. Nie jest to zatem kryterium, które mogłoby być zastosowane w jakiegokolwiek innej kontroli; działanie kontrolowanych przedsiębiorców nie jest tu oceniane z punktu widzenia interesów jego samego albo – w przypadku osób prawnych prowadzących działalność gospodarczą – z punktu widzenia interesów ich wspólników, udziałowców czy akcjonariuszy. Przedmiotem kontroli nie jest również ogólniej pojęta gospodarność, ale jedynie taka, którą ocenia się z punktu widzenia interesów państwa. Nawet kontrola wykonania zadań polegających na wywiązywaniu się z zobowiązań podatkowych czy z zakresu ubezpieczenia społecznego, ma tu inną funkcję niż pozostałe rodzaje kontroli, np. skarbowej. Jej zasadniczym kryterium jest bowiem (obok legalności, która dla tego argumentu szczegółowego nie ma znaczenia) właśnie gospodarność,

która musi być w kontekście regulacji dotyczącej NIK rozumiana jako kryterium odnoszące się do interesu państwa i służące korekcie ewentualnie stwierdzonych dysfunkcji.

Kryterium legalności uznaje się za w miarę proste w stosowaniu oraz nierodzące szczególnych obowiązków w zakresie wyjaśnienia ewentualnych wniosków wynikających z kontroli NIK, tak uznaje się, że kryterium gospodarności jest dużo bardziej skomplikowane w stosowaniu i wymagające szczególnego podejścia NIK. Podnosi się zwłaszcza to, że ewentualne wnioski NIK dotyczące nieprzestrzegania przez jednostki kontrolowane zasady gospodarności wymagają dokładnego uzasadnienia. Owo uzasadnienie musi zatem odwoływać się do rachunku korzyści i kosztów społecznych, a nie jakichkolwiek innych, gdyż do oceny owych innych składników rachunku korzyści i kosztów NIK po prostu nie jest uprawniona.

Poważnym argumentem za pozytywną weryfikacją hipotezy o rozdzielności kontroli państwowej od innego typu kontroli, w tym i od tej kontroli działalności gospodarczej, o której mowa w UPP, jest argument bardzo silnie ugruntowany w doktrynie prawa finansów publicznych i kontroli finansowej, zgodnie z którym jedną z podstawowych zasad kontroli państwowej jest zasada kompleksowości i odrębności regulacji postępowania kontrolnego NIK²¹. Wyraża się ona tym, że postępowanie w zakresie kontroli państwowej – inaczej niż to ma miejsce w odniesieniu

²¹ Zob. zwłaszcza klasyczne opracowanie: L. Kurowski, E. Ruśkowski, H. Sochacka-Krysiak: *Kontrola finansowa w sektorze publicznym*, Polskie Wydawnictwo Ekonomiczne, Warszawa 2000, s. 243-244.

do innych rodzajów kontroli – jest wyczerpująco uregulowane w tych aktach, które go dotyczą i wyklucza zastosowanie przepisów dotyczących innych procedur (także kontrolnych) i ich elementów. Zasadę tę wyprowadza się z art. 27 UNIK, który przewiduje, że właśnie według przepisów tej ustawy (a nie jakiegokolwiek innej) przeprowadza się postępowanie kontrolne.

Zasada kompleksowości i odrębności postępowania kontrolnego NIK znalazła potwierdzenie w działaniach samego prawodawcy, który – inaczej niż to miało miejsce w odniesieniu do wielu innych organów kontrolnych – w przepisach wprowadzających UPP nie odniósł się w ogóle do tej zasady, ani tym bardziej do treści art. 27 ustawy o NIK.

Uprawniona jest zatem konstatacja, że nie widział potrzeby ukształtowania kompetencji kontrolnych Izby w inny sposób niż to wynika właśnie ze wspomnianej zasady.

Za uznaniem hipotezy 1 za poprawną przemawia również (raczej słabszy) argument systemowy, że ustawa o NIK oraz ustawa – Prawo przedsiębiorców stanowią odrębne regulacje dotyczące różnych materii i posługujące się różnymi siatkami pojęciowymi. Dodatkowo, wspomniane regulacje mają zdecydowanie inną funkcję i inną aksjologię – co było już przedmiotem istotniejszych rozważań tu przedstawionych.

Wyłączenie stosowania Prawa przedsiębiorców

Zwolnienie ze stosowania wobec kontroli reżimu UPP, które miałyby wynikać z postanowień ratyfikowanych

umów międzynarodowych albo z przepisów prawa UE jest zupełnie niejasne z uwagi na głęboko wadliwą technikę prawodawczą przyjętą w tej regulacji. Z tego powodu właściwie nie warto podejmować dokładniejszej analizy ustawy w tym zakresie.

Formułując tę krytykę należy podkreślić, że w UPP nie wiadomo, jakie przesłanki podmiotowe i czego dotyczące miałyby upoważniać organ kontrolny do odstąpienia od stosowania przepisów UPP dotyczących reżimu kontroli, w tym jego ograniczeń czasowych wtedy, gdy wynikałoby to z zastosowania ratyfikowanych umów międzynarodowych oraz bezpośrednio stosowanych przepisów prawa Unii Europejskiej.

Takie niejasne sformułowanie przepisów UPP wskazuje przede wszystkim, że inicjatorzy tej regulacji najprawdopodobniej nie mieli pełnego wyobrażenia o problematyce kontroli NIK. Z tego najpewniej powodu bez jednoznacznej odpowiedzi musi pozostać wiele pytań dotyczących stosowania UPP, m.in.: czy ustawę stosuje się zarówno w sytuacji, gdy mamy do czynienia ze wspólną, jak i koordynowaną kontrolą NIK i Europejskiego Trybunału Obrachunkowego (na podstawie art. 12a UNIK); czy funkcje zlecone NIK przez Europejski Urząd ds. Zwalczania Nadużyć Finansowych (OLAF), wyłączają zastosowanie reżimu UPP w takim samym stopniu jak podjęcie przez NIK kontroli wykorzystania środków pochodzących z budżetu ogólnego Unii Europejskiej; czy kontrola dotycząca inwestycji jedynie w nieznacznej części finansowanej ze środków pochodzących z budżetu UE jest kontrolą wykonywaną na podstawie prawa

Unii Europejskiej, czy też prawa krajowego; czy podlega jakiemuś rozdzieleniu kontrola odbywająca się zarówno na podstawie przepisów prawa UE, jak i prawa krajowego; co w praktyce oznacza, że dana kontrola odbywa się na podstawie ratyfikowanej umowy międzynarodowej czy prawa UE; czy w tym wypadku chodzi o odrębne ukształtowanie procedur i kryteriów kontroli; czy przesłankę zastosowania „bezpośrednio stosowanych przepisów prawa UE” należy interpretować również tak, że uzasadnia ona odstępianie od reżimu UPP wtedy, gdy kontrola odbywa się z zastosowaniem uzupełniających te przepisy regulacji krajowych; czy realizacja kontroli na bardzo ogólnej podstawie, np. art. 325 Traktatu o funkcjonowaniu UE (TFUE) uzasadnia odstępianie od zastosowania wymogów UPP?

W kontekście interpretacji przepisów UPP dotyczących kontroli, gdyby miały mieć zastosowanie do NIK, pojawia się również problem realizacji zasady asymilacji (określonej w art. 325 st. 2 TFUE). Ta bowiem wymaga do ochrony środków finansowych Unii Europejskiej takich samych instrumentów, które stosuje się do ochrony środków krajowych. Z UPP nie wynika właściwie żadna istotna wskazówka dotycząca tego, jaka jest relacja przepisów tej ustawy do wspomnianej zasady asymilacji.

Wszystkie podniesione wątpliwości mają wielkie znaczenie dla NIK jako organu kontroli państwowej, wykonującego zasadnicze zadania ochrony zasobów finansowych UE wykorzystywanych w Polsce oraz uczestniczącego w kontrolach koordynowanych z OLAF oraz Europejskim Trybunałem

Obrachunkowym. Owe wątpliwości mogą wskazywać na poważne wady regulacji UPP, wynikające z braku przenikliwości podmiotów, które zainicjowały prace legislacyjne oraz w tych pracach uczestniczyły.

Alternatywnie, mogą być uznane za dowód tego, że w toku prac legislacyjnych nastąpiło, być może nawet nie do końca uświadomione, zaniechanie obejmowania kontroli państwowej reżimem ustanowionym dla kontroli prowadzonych przez organy władzy publicznej.

Wnioski

Intencją prawodawcy, która miała być realizowana w UPP jest objęcie jej regulacją jak najszerszej grupy organów, które mają kompetencje do kontrolowania działalności gospodarczej przedsiębiorców. Z pewnością obejmuje ona organy kontroli administracyjnej.

W odniesieniu do organów kontroli państwowej nie można sformułować tak kategorycznego wniosku; dodatkowo, poważne argumenty przemawiają za przyjęciem tezy, że prawodawca nie objął reżimem UPP kontroli państwowej sprawowanej przez Najwyższą Izbę Kontroli. Owe argumenty można podnieść, mimo że w toku prac legislacyjnych osoby je prowadzące zdawały się zdradzać chęć objęcia regulacją UPP wszystkich kontroli prowadzonych przez organy kontrolne w Polsce.

Niestety, chęciom tym nie towarzyszyło odpowiednie przygotowanie merytoryczne projektu.

Ostateczny kształt UPP także nie wskazuje jednoznacznie, że reżim tej regulacji stosuje się do kontroli państwowej

przedsiębiorców w odniesieniu do prowadzonej przez nich działalności gospodarczej.

Zasadniczy argument, który przemawia za rozdzieleniem kontroli państwowej NIK i kontroli działalności gospodarczej w rozumieniu UPP ma charakter ustrojowy.

Kontrola państwowa w swojej zasadniczej i najczęściej realizowanej postaci jest prowadzona na rzecz Sejmu, który ma również uprawnienia do takiego odpowiedniego kształtowania planu pracy NIK, aby Izba realizowała jego propozycje kontroli.

Kontrola NIK jest zatem istotnym elementem systemu kontroli działań władzy wykonawczej przez Sejm. Zastosowanie reżimu ograniczenia kontroli przewidzianego w rozdziale 5 UPP istotnie ograniczyłoby możliwość realizacji przez Sejm jego funkcji kontrolnej. Zakłócałoby przez to model równowagi władz, w relacji legislatury i egzekutywy, przewidziany w Konstytucji Rzeczypospolitej Polskiej – odpowiednio kształtując własne działania w zakresie kontroli administracyjnej (np. przez wręcz celowe „skonsumowanie” dozwolonego czasu kontroli).

Władza wykonawcza mogłaby bardzo łatwo uniemożliwić Sejmowi kontrolę przedsiębiorców w istotnym dla funkcjonowania państwa zakresie, w jakim w ogóle przewidziano uprawnienia kontrolne NIK: korzystania przez nich z mienia państwowego lub komunalnego, pomocy publicznej, czy wywiązywania się z obowiązków o naturze finansowej (co także jest kontekstem badania, np. legalności pomocy publicznej).

Konkluzja ta wynika także z samego konstytucyjnego i ustawowego ukształtowania kontroli państwowej, której cele nie są tożsame z celami kontroli administracyjnej. W przypadku kontroli państwowej zasadniczym celem jest bowiem nie władcza ingerencja w kontrolowaną działalność, lecz inicjowanie działań naprawczych w ramach samego aparatu państwowego, zwłaszcza zaś działań realizowanych w formie stosownych inicjatyw legislacyjnych. W ramach tych działań NIK ma szczególne prerogatywy umożliwiające korektę systemową również przez inicjowanie postępowań przed Trybunałem Konstytucyjnym.

Stosowanie przepisów rozdziału 5 UPP dotyczącego ograniczeń kontroli w kontekście regulacji ustawy o NIK powoduje powstanie istotnych niespójności prakseologicznych, w których upadłoby założenie o racjonalności prawodawcy. W ramach UPP, przy jedynie uzupełniającym zastosowaniu przepisów ustawy o NIK, podmioty kontrolowane przez Izbę zostałyby pozbawione istotnych uprawnień odwoławczych, co byłoby sprzeczne z zasadniczą intencją prawodawcy.

Poważną niespójność prakseologiczną można dostrzec także pomiędzy przepisami konstytucyjnymi określającymi prerogatywy Sejmu a możliwościami ich realizacji, gdyby uznać, że do kontroli NIK mają zastosowanie przepisy UPP.

Poważne wątpliwości dotyczą interpretacji przepisów dotyczących wyłączenia reżimu kontroli UPP w przypadku, gdyby w tym kontekście miały zastosowanie postanowienia ratyfikowanych umów międzynarodowych albo bezpośrednio stosowane przepisy prawa UE. Są szczególnie liczne

i poważne w kontekście kontroli państwowej, w tym działań podejmowanych przez NIK dla ochrony zasobów finansowych pochodzących z budżetu ogólnego UE, jak również działań podejmowanych w ramach urzeczywistnienia jednolitej przestrzeni kontrolnej Unii Europejskiej (w tym realizacji zasady asymilacji). W moim przekonaniu

to także wskazuje, że UPP nie może być stosowana do kontroli państwowej Najwyższej Izby Kontroli.

prof. dr hab. ARTUR NOWAK-FAR
Instytut Prawa,
Szkoła Główna Handlowa w Warszawie

Słowa kluczowe: Prawo przedsiębiorców, kompetencje kontrolne NIK, działalność gospodarcza, swoboda działalności gospodarczej, władza wykonawcza

Key words: Entrepreneurs' Law, NIK's audit mandate, economic activity, freedom of economic activity, executive power