

Warszawa, 22 maja 2015 r.

OPINIA STOWARZYSZENIA SIEĆ OBYWATELSKA – WATCHDOG POLSKA DO PROJEKTU USTAWY – PRAWO ZAMÓWIEŃ PUBLICZNYCH

Stowarzyszenie Sieć Obywatelska – Watchdog Polska pragnie, w ramach konsultacji społecznych projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych, złożyć opinię dotyczącą projektowanych przepisów odnoszący się do jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (art. 18, 19, 20 projektu ustawy). Złożenie opinii uważamy za konieczne, bowiem proponowane zmiany mogą mieć daleko idące skutki, zarówno dla samego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, jak i konstytucyjnego prawa do informacji publicznej.

W związku z koniecznością implementacji do polskiego porządku prawnego Dyrektywy 2014/24/UE, regulującej problematykę udzielania zamówień publicznych w państwach członkowskich Unii Europejskiej (termin na wdrożenie dyrektywy upływa w kwietniu 2016 r.), Urząd Zamówień Publicznych przygotował projekt nowej ustawy – Prawo zamówień publicznych. Szczególnie niepokojąca jest, postulowana w projekcie, fundamentalna zmiana dotycząca usunięcia zasady jawności w postępowaniach o udzielenie zamówienia.

I. Uwagi do art. 18 projektowanej ustawy – Prawo zamówień publicznych

1. Obecny stan prawny. Na gruncie obecnie obowiązujących przepisów, zasadę jawności statuuje art. 8 Ustawy Prawo zamówień publicznych (dalej: PZP). Jasno wskazuje on, że „Postępowanie o udzielenie zamówienia jest jawne”. Dalej PZP wprowadza kilka wyjątków od zasady jawności (np. zakaz ujawniania informacji objętych tajemnicą przedsiębiorstwa, analogiczny zresztą do zawartego ustawie o dostępie do informacji publicznej, czy też ograniczenie jawności w zamówieniach dotyczących obronności). Konstrukcja jest jednak jasna: co do zasady postępowanie jest jawne, a tylko wyjątkowo, kiedy przepis szczególny tak stanowi, dane informacje nie podlegają udostępnieniu.

Na tle zarysowanego wyżej stanu prawnego nie budzi wątpliwości, że wszelkie informacje dotyczące przebiegu postępowania o udzielenie zamówienia publicznego są informacjami publicznymi zgodnie z art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP i podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w ustawie z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (Dz.U. z 2014 r., poz. 782 ze zm., dalej: UDIP). Zwykło się uważać, że art. 8 PZP stanowi uzupełnienie przepisów UDIP.

2. Projektowana zmiana. Jak się okazuje, z ugruntowaną praktyką w tej sprawie zrywa zmiana zaproponowana w projekcie nowej ustawy. Planowany art. 18 nowej ustawy ma otrzymać brzmienie: „W trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego zamawiający udziela informacji związanych z postępowaniem tylko w przypadkach określonych w ustawie. Po zawarciu umowy w sprawie zamówienia publicznego informacje związane z postępowaniem podlegają udostępnieniu na zasadach określonych w przepisach o dostępie do informacji publicznej”.

Wyraźnie więc widać zupełną zmianę środka ciężkości. Według przedstawionego projektu, zasadą ma być tajność postępowania o udzielenie zamówienia, zaś udzielenie informacji z nim związanych będzie możliwe tylko z mocy wyraźnego przepisu szczególnego. Nie będzie też mowy o uzyskaniu jakichkolwiek informacji w trybie przepisów UDIP jeszcze przed zawarciem umowy w sprawie danego zamówienia publicznego.

3. Praktyczne konsekwencje. Omówiona wyżej zmiana doprowadzi w istocie **do wyłączenia jakiegokolwiek społecznej kontroli** w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Uzyskanie informacji będzie możliwe dopiero po podpisaniu umowy – a więc w chwili, w której postępowanie jest już zakończone.

Nie do końca też wiadomo, co z postępowaniami, w których do zawarcia umowy w ogóle nie dojdzie. Czy jeśli żaden wykonawca nie złoży oferty albo postępowanie zostanie unieważnione, to z racji braku ziszczenia się przesłanki zawarcia umowy informacje, związane z postępowaniem, będą wieszycie utajnione i nie będą mogły podlegać udostępnieniu w trybie przepisów UDIP? Analiza językowa proponowanego przepisu pozwala na postawienie tezy, że jest to realne niebezpieczeństwo. Trudno racjonalnie uzasadnić sens proponowanej zmiany. Skoro system zamówień publicznych nadal musi bronić się przed niepożądanymi zjawiskami takimi jak zmowy przetargowe, nepotyzm, czy niekonkurencyjne udzielanie zamówień, to właśnie jawność postępowania sprzyjałaby ich wykrywaniu na bardzo wczesnym etapie i umożliwiałaby szybkie wyeliminowanie nieprawidłowości. Ponadto powstanie problem konstytucyjności tego rozwiązania w kontekście art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

4. Zgodność z prawem unijnym. Ponadto, należy zadać pytanie o zgodność proponowanej regulacji z prawem unijnym. Chociaż art. 21 Dyrektywy 2014/24/UE wprowadza tzw. zasadę poufności, to odnosi ją tylko do tych dokumentów, których upublicznienie mogłoby naruszyć tajemnicę przedsiębiorstwa wykonawców. Nie ma więc w Dyrektywie generalnej zasady pozwalającej na stwierdzenie, że z prawa UE wynikałaby konieczność ograniczenia jawności.

Co więcej, wdrażana Dyrektywa nadal sankcjonuje obowiązek udzielania zamówień zgodnie z zasadami Traktatu o funkcjonowaniu Unii Europejskiej. Jak wskazuje tiret (1) preambuły Dyrektywy, jednostki udzielające zamówień zobowiązane są do stosowania zasady przejrzystości. Na konieczność stosowania tej zasady wprost wskazuje także art. 18 ust. 1 Dyrektywy.

W tym kontekście Komisja Europejska wielokrotnie już zauważała, że „przejrzyste procedury udzielania zamówień są najlepszym środkiem w walce z korupcją i protekcją”. Orzecznictwo Europejskiego Trybunału Sprawiedliwości jasno wskazuje, że ważnym aspektem zasady przejrzystości jest „zagwarantowanie wszystkim potencjalnym oferentom odpowiedniego poziomu upublicznienia informacji, umożliwiającego rynkowi usług otwarcie na konkurencję oraz kontrolę bezstronności procedur przetargowych”. **Trudno pogodzić te wymogi prawa unijnego z postulowanym wyłączeniem zasady jawności.** Jak bowiem mówić o efektywnej kontroli bezstronności procedur przetargowych, jeśli dostęp do stosownych dokumentów będzie możliwy dopiero z chwilą zawarcia umowy, a więc wtedy, kiedy może być za późno na podjęcie stosownych działań? Przede wszystkim jednak, faktyczna kontrola będzie mogła być sprawowana tylko przez Urząd Zamówień Publicznych i ewentualnie organy powołane do walki z przestępczością, jak prokuratura czy Centralne Biuro Antykorupcyjne. Tymczasem z orzecznictwa ETS jasno wynika, że kontrola taka może być sprawowana także przez wszystkich potencjalnych wykonawców.

5. Konkluzje. Reasumując powyższe, projekt nowej ustawy jest co najmniej bardzo niepokojący w kontekście możliwości uzyskania dostępu do informacji publicznych, gwarantowanych przecież przez art. 61 Konstytucji RP. Informacje o przebiegu postępowania o udzielenia zamówienia publicznego i w związku z tym o wydatkowaniu środków publicznych bez wątplenia dotyczą działalności organów władzy publicznej. Nie sposób też pogodzić ograniczenia jawności z obowiązującą na gruncie prawa wspólnotowego zasadą przejrzystości.

Wreszcie, należy mieć na względzie, że elementem postępowania o zamówienie jest także ewentualne postępowanie odwoławcze przed Krajową Izbą Odwoławczą, a w niektórych wypadkach także proces sądowy ze skargi na wyrok Izby. Czy więc wyłączenie jawności całego postępowania mogłoby prowadzić do rozpatrywania tego typu spraw przez Izbę i sądy przy drzwiach zamkniętych? To ostatnie wydaje się zupełnie od realiów polskiego procesu cywilnego oraz jawność orzecznictwa.

II. Uwagi do art. 19 ust. 2 projektowanej ustawy – Prawo zamówień publicznych

1. Projektowany przepis. Projektowany przepis stanowi o tym, że jeżeli jest to uzasadnione ochroną prawa do prywatności lub interesem publicznym, zamawiający może – jeżeli jest to uzasadnione ochroną prawa do prywatności lub interesem publicznym – nie ujawniać danych osobowych oraz wysokości wynagrodzenia w przypadku zamówienia publicznego udzielonego na podstawie odpowiednio art. 60 ust. 1 pkt 2 lit. b oraz art. 60 ust. 1 pkt 2 lit. c ustawy, w zakresie dostaw lub usług z zakresu działalności kulturalnej związanej z organizacją wystaw, koncertów, konkursów, festiwali, widowisk, spektakli teatralnych, przedsięwzięć z zakresu edukacji kulturalnej lub z gromadzeniem materiałów bibliotecznych przez biblioteki lub muzealiów, jeżeli zamówienia te nie służą wyposażaniu zamawiającego w środki trwałe przeznaczone do bieżącej obsługi jego działalności, o ile wykonawca, przed podpisaniem umowy w sprawie zamówienia publicznego zastrzegł, że dane te nie mogą być udostępnione.

W praktyce, regulacja ta może ograniczyć informacje o imionach i nazwiskach artystów oraz kwoty, którą otrzymają w związku z wykonywaniem zamówienia publicznego. Taki stan rzeczy byłby sprzeczny z realizacją zasady jawności życia publicznego, której emanacją jest jawnością imion i nazwisk osób fizycznych, które zawierają umowy cywilnoprawne z podmiotami publicznymi.

2. Jawność imion i nazwisk osób fizycznych, zawierających umowy cywilnoprawne związane z wydatkowaniem środków publicznych. Ujawnienie imion i nazwisk osób, które otrzymują wynagrodzenie ze środków publicznych (w tym w konsekwencji rozstrzygniętego postępowanie w sprawie o udzielenie zamówienia publicznego) jest konieczne do sprawowania społecznej kontroli wydatkowania środków publicznych. Gospodarka finansami publicznymi jest jawna, o czym stanowi *expressis verbis* art. 33 ust. 1 ustawy z dnia 27 sierpnia 2009 r. o finansach publicznych (Dz. U. nr 157, poz. 1240, ze zm.). Podlega ona zatem daleko idącej transparentności. Umożliwienie obywatelom kontrolowania wydatków publicznych pełni doniosłe funkcje w państwie demokratycznym – pozwala zwłaszcza monitorować zjawiska niepożądane, takie jak niegospodarne wydawanie środków – w tym względnie pełni funkcję antykorupcyjną.

Nie ulega wątpliwości, że prywatność artystów, zawierających umowy w konsekwencji rozstrzygniętego postępowania o udzielenie zamówienia publicznego doznaje pewnego uprawnionego uszczerbku poprzez udostępnienie informacji o wysokości wynagrodzenia z danej jednostki. Jednakże jest to uzasadnione z co najmniej dwóch powodów. Po pierwsze, osoba taka podejmując, wszak dobrowolnie, współpracę z podmiotami publicznymi powinna się liczyć z tym, że wskutek zasady transparentności życia publicznego (w tym jawności wydatkowania środków publicznych) nie pozostanie anonimowa, a jawna będzie także kwota otrzymanego przez nią wynagrodzenia. Nie powinno zaskoczyć takiej osoby zainteresowanie społeczeństwa skupione wokół przeznaczania środków publicznych. Po drugie, prywatność we wskazanym zakresie doznaje uszczerbku w celu i w zakresie, w jakim jest to niezbędne dla sprawowania społecznej kontroli przez obywateli.

W kwestii jawności ważny jest wyrok Sądu Najwyższego z dnia 8 listopada 2012 r. (sygn. akt I CSK 190/12, Legalis nr 546154), który zapadł po rozpatrzeniu skargi kasacyjnej. Sąd drugiej instancji

(sąd okręgowy) nakazał udostępnić wnioskodawcy cztery umowy cywilnoprawne, które zawarło pozwane miasto. Sąd Najwyższy oddalił skargę kasacyjną uznając, iż prawidłowym było rozstrzygnięcie sądu okręgowego nakazujące udostępnienie informacji publicznej objętej przedmiotem wniosku. W uzasadnieniu Sąd Najwyższy wskazał, że „dla osoby żądającej dostępu do informacji publicznej, związanej z zawieraniem umów cywilnoprawnych przez jednostkę samorządu terytorialnego, imiona i nazwiska stron takich umów są często ważniejsze niż ich treść i jest to z oczywistych względów zrozumiałe. Trudno byłoby w tej sytuacji bronić poglądu, że udostępnienie imion i nazwisk osób w rozważanej sytuacji stanowiłoby ograniczenie w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw tych osób (art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji RP). W konsekwencji należy zatem przyjąć, że ujawnienie imion i nazwisk osób zawierających umowy cywilnoprawne z jednostką samorządu terytorialnego nie narusza prawa do prywatności tych osób, o którym mowa w art. 5 ust. 2 u.d.i.p.”.

Wskutek tego orzeczenia oraz późniejszej działalności orzeczniczej sądów administracyjnych obecnie nie ma wątpliwości, że jawnymi są informacje o umowach zawieranych przez jednostki sektora finansów publicznych, zwłaszcza informacje o kontrahencie jednostki sektora finansów publicznych oraz o kwocie, jaką uzyskali ci kontrahenci na podstawie zawartych umów.

Stanowisko takie zostało zaaprobowane przez doktrynę. W glosie do wyroku do ww. wyroku Sądu Najwyższego G. Sibiga podniósł: „Zdaniem SN, podstawowym problemem pozostaje, czy imię i nazwisko, będące w tym przypadku danymi osobowymi, należą do zakresu prywatności osoby fizycznej w rozumieniu art. 5 ust. 2 InfPubDostU. Udzielając odpowiedzi na tak postawione pytanie SN zauważył, że problem ten może być rozstrzygnięty jedynie na tle konkretnych okoliczności danej sprawy. W niniejszej sprawie chodziło o udostępnienie przez gminę imion i nazwisk osób fizycznych, z którymi zawarła umowy zlecenia i umowy o dzieło. Osoby takie musiały liczyć się z tym, że ich personalia nie pozostaną anonimowe. Umowy były bowiem zawierane z podmiotem publicznym, jakim jest gmina. Dla osoby żądającej dostępu do informacji publicznej, związanej z zawieraniem umów cywilnoprawnych przez jednostkę samorządu terytorialnego, imiona i nazwiska stron takich umów są często ważniejsze niż ich treść i jest to z oczywistych względów zrozumiałe. Dlatego też, zdaniem SN, udostępnienie imion i nazwisk osób w rozważanej sytuacji nie stanowi ograniczenia w zakresie korzystania z konstytucyjnych wolności i praw tych osób (art. 31 ust. 3 i art. 61 ust. 3 Konstytucji RP). W konsekwencji, ujawnienie imion i nazwisk osób zawierających umowy cywilnoprawne z jednostką samorządu terytorialnego nie narusza także prawa do prywatności tych osób, o którym mowa w art. 5 ust. 2 InfPubDostU” (G. Sibiga, *Ujawnienie imion i nazwisk osób zawierających umowy cywilnoprawne z jednostką samorządu terytorialnego*, „Monitor Prawniczy” nr 8/2013).

Na takim samym stanowisku stoją S. Gajewski, A. Jakubowski: „Zasada jawności gospodarki środkami publicznymi nie doznaje bowiem wyjątków o charakterze podmiotowym. Jej istota sprowadza się do zagwarantowania pełnego dostępu do informacji o sposobie gospodarowania zasobami publicznymi, bez względu na to, czy trafiają one do pracowników władz publicznych, czy do podmiotów znajdujących się na zewnątrz ich struktury. W okolicznościach niniejszej sprawy konstatacja ta rysuje się szczególnie wyraźnie. Sporne umowy dotyczyły przecież realizacji zadań publicznych, które mogły być również wykonywane przez pracowników samorządowych w ramach ich obowiązków wynikających ze stosunku pracy. Osoby będące ich stroną, choć nie pełniły funkcji publicznej sensu stricto, jednak pozostawały z nią w związku, wykonując zadania publiczne, za co otrzymały środki pochodzące z budżetu gminy. Wspomniane umowy stanowiły więc przejaw prywatyzacji wykonywania zadań samorządu terytorialnego. A biorąc pod uwagę zarówno treść zasady, o której mowa w art. 33 ust. 1 u.f.p., jak i konstytucyjnego prawa do informacji (art. 61 ust. 1 Konstytucji RP), które wyznacza kierunek jej interpretacji, należy przyjąć, że proces ten nie może prowadzić do ograniczania zakresu

jawności finansów publicznych. W tym kontekście należy podkreślić funkcję, jaką pełni w demokratycznym państwie prawnym prawo dostępu do informacji. Służy ono zabezpieczeniu fundamentalnej zasady udziału obywateli w życiu publicznym. Uprawnienie to stanowi bowiem skuteczny mechanizm kontroli społecznej podmiotów sprawujących władzę publiczną. Związek między ustawowo gwarantowaną możliwością uzyskania informacji o sprawach publicznych a wspomnianą zasadą wyraża się w stworzeniu obywatelowi warunków dokonywania w pełni świadomej i racjonalnej oceny działalności władz, a w konsekwencji – korzystania z konstytucyjnego prawa do udziału w wyborach i referendach (art. 62 Konstytucji RP). Szczególne znaczenie w tym kontekście przypisuje się właśnie jawności finansów publicznych. Odnosząc te rozważania do prawnych uwarunkowań demokracji lokalnej, chodzi o to, by każdy członek wspólnoty samorządowej mógł uzyskać pełną wiedzę dotyczącą podmiotów, którym są przekazywane środki publiczne z budżetu gminy. Tylko takie rozwiązanie umożliwi mu dokonanie realnej oceny reprezentujących go radnych oraz wybieranego w gminie w wyborach bezpośrednich organu wykonawczego. Pozwala ono choćby zweryfikować – jak w stanie faktycznym głosowanego orzeczenia – czy dobór kontrahentów do zawarcia umowy przez samorząd gminny był merytoryczny, a nie np. opierał się na kryteriach osobistych lub politycznych (nepotyzm). (...) Należy podkreślić, że ujawnienie danych o imionach i nazwiskach kontrahentów władzy publicznej – dopuszczone w orzeczeniu SN – całkowicie spełnia wymogi określone przez TK w ww. wyroku z 2006 r., jakie postawił dla konstytucyjności udostępnienia informacji publicznych dotyczących kwestii prywatnych jednostek. Informacje o kontrahentach władzy publicznej nie wychodzą bowiem poza niezbędność określoną potrzebą transparentności życia publicznego, ocenianą zgodnie ze standardami przyjętymi w demokratycznym państwie, jak również są to informacje mające znaczenie dla oceny funkcjonowania instytucji oraz osób pełniących funkcje publiczne. Wreszcie, nie są to informacje – co do swej natury i zakresu – przekreślające sens (istotę) ochrony prawa do życia prywatnego. Nie dochodzi zarazem do naruszenia prywatności osób trzecich. Sąd Najwyższy w swojej argumentacji poruszył także kwestię postrzegania imion i nazwisk kontrahentów jako informacji objętych normami ustawy o ochronie danych osobowych. W doktrynie zwracano uwagę, że pojęcia prywatności i ochrony danych osobowych są na gruncie ustawy o dostępie do informacji publicznej od siebie niezależne. Z tego względu fakt niewystępowania w informacji danych określonych w art. 5 ust. 2 u.d.i.p. nie uzasadnia automatycznie legalizacji przetworzenia jej w trybie ustawy o ochronie danych osobowych³⁴. Udostępnienie omawianych w wyroku informacji znajduje jednak pełne oparcie także w ustawie o ochronie danych osobowych. Spełnia ono bowiem przesłanki przetwarzania danych osobowych określone w art. 23 ust. 1 pkt 2 i 4 u.o.d.o., gdyż jest niezbędne dla zrealizowania uprawnienia i spełnienia obowiązku wynikającego z przepisu prawa, tj. prawa do informacji i jawności wywodzonego z art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, a konkretyzowanego w ustawie o dostępie do informacji publicznej, ustawie o samorządzie gminnym i ustawie o finansach publicznych. Ponadto jest ono nieodzowne do wykonania określonych w tych przepisach zadań realizowanych dla dobra publicznego, do którego niewątpliwie należy zaliczyć transparentność i jawność działania władzy. Nie występują zarazem okoliczności wyłączające możliwość przetwarzania danych, wskazane w art. 27 ust. 1 u.o.d.o” (S. Gajewski, A. Jakubowski, *Glosa do wyroku SN z dnia 8 listopada 2012 r., I CSK 190/12*, Samorząd Terytorialny 2013/9/84-90).

Przykładem tego rozumienia jawności stron umów jest niedawny wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 4 lutego 2015 r., sygn. akt I OSK 531/14 w uzasadnieniu, którego wskazane zostało „Odnosząc się do kwestii zanonimizowania udostępnionych informacji, Naczelny Sąd Administracyjny pragnie zaznaczyć na wstępie, że – istotnie – w aktualnym i jednolitym orzecznictwie przyjmuje się, że dane o kontrahentach jednostki samorządu terytorialnego, takie jak ich imiona i nazwiska, podlegają udostępnieniu w trybie informacji publicznej – i nie podlegają wyłączeniu z uwagi na prywatność tych osób wskazaną art. 5 ust. 2 u.d.i.p. (zob. wyrok SN z dnia 8 listopada 2012 r. o sygn. akt I CSK 190/12,

OSNC 2013, nr 5, poz. 67; wyrok NSA z dnia 11 grudnia 2014 r., I OSK 213/14, CBOSA). Pogląd ten jest podzielany także przez skład orzekający w niniejszej sprawie jako odpowiadający funkcji instytucji dostępu do informacji publicznej pozwalającej przeciwdziałać takim patologiom życia publicznego jak np. nepotyzm.”.

3. Zarzut naruszenia art. 61 ust. 1 oraz art. 32 ust. 2 Konstytucji RP. Skoro zatem nie kwestionuje się ujawniania imion i nazwisk osób fizycznych, zawierających umowy związane z zaangażowaniem środków publicznych, nie ma powodu wprowadzania odrębnej regulacji na podstawie art. 19 ust. 2 projektowanej ustawy, odnoszącej się do umów zawieranych przez artystów w konsekwencji postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Za wprowadzeniem odmiennego uregulowania jawności umów w odniesieniu do tej grupy podmiotów (w odniesieniu do artystów) nie przemawiają żadne konstytucyjne wartości (dlaczego bowiem informacje o umowach artystów miałyby być otaczane szerszym zakresem niejawności, a nie innych grup społecznych). Nie sposób wykazać cechę istotną (relewantną), która uzasadniałaby takie zróżnicowanie. Projektowana regulacja narusza, zdaniem Stowarzyszenia, art. 61 ust. 1 Konstytucji RP, bowiem w sposób nieuzasadniony ogranicza prawo do informacji publicznej i nie spełnia warunków ograniczeń konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela. Można także postawić tezę o naruszeniu przez projektowany przepis art. 19 ust. 2 zasady równości, wysłowionej w art. 32 ust. 1 Konstytucji RP, bowiem różnicuje się w sposób nieuzasadniony sytuację podmiotów, znajdujących się w podobnej sytuacji prawnej.

III. Uwagi do art. 20 projektowanej ustawy – Prawo zamówień publicznych

Proponowana treść art. 20 stanowić ma o tym, że zamawiający może zobowiązać wykonawców do przestrzegania wymagań związanych z zachowaniem poufnego charakteru informacji udostępnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Zdaniem Stowarzyszenia wskazany przepis narusza art. 61 ust. 3 Konstytucji RP w zw. z art. 31 ust. 2 Konstytucji RP. Przepis ten w sposób nieuzasadniony i nadmierny ogranicza dostępność informacji publicznych, związanych z działaniem zamawiającego w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Proponowane rozwiązanie ponadto jest niespójne z obecnie obowiązującym polskim systemem prawnym ograniczeniom w dostępie do informacji publicznej.

1. Zarzut naruszenia art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Przepis ten dotyczy informacji, które zamawiający udostępnia wykonawcy w roku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Należy na początku określić charakter tych informacji.

Raz jeszcze pragniemy zwrócić uwagę, iż artykuł 61 ust. 1 Konstytucji RP stanowi o prawie do uzyskiwania informacji o działalności organów władzy publicznej, czy innych osób oraz jednostek organizacyjnych w zakresie, w jakim wykonują one zadania władzy publicznej i gospodarują mieniem komunalnym lub majątkiem Skarbu Państwa. Prawo to obejmuje informacje o działalności podmiotów, które realizują przesłankę „władzę” oraz „majątkową”. Bez wątpienia w kręgu konstytucyjnego prawa do informacji publicznej mieszczą się zamawiający, o których stanowi art. 2 ust. 1 projektowanej ustawy. Zamawiający, o których stanowi projekt ustawy, stanowią podmioty należące do sfery publicznej, mające związek z gospodarowaniem środkami publicznymi oraz wykonywaniem zadań publicznych.

Konkludując, informacje udostępniane przez zamawiającego w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, o których mowa w projektowanym art. 20, są informacjami publicznymi. Są zatem przedmiotem konstytucyjnego prawa do informacji publicznej, gwarantowanego przez art. 61 ust. 1 i 2 Konstytucji RP.

Wskazany przepis projektowanej ustawy przewiduje unormowanie upoważnienia, umożliwiającego zamawiającemu zobowiązanie wykonawców do przestrzegania wymagań związanych z zachowaniem poufnego charakteru informacji udostępnionych w toku postępowania. Tym samym projektuje się umożliwienie zamawiającemu ograniczenie prawa do informacji publicznej. Jednocześnie nie jest wskazane jaki charakter będzie miało to zastrzeżenie w stosunku do zamawiającego i osobno do wykonawcy. Bowiem w konsekwencji zobowiązania przez zamawiającego wykonawcy, ten ostatni będzie musiał przestrzegać charakteru poufności uzyskanych informacji, a zamawiający na podstawie przepisów związanych z prawem do informacji będzie miał obowiązek udostępnienia takich informacji.

Innymi słowy, wykonawca mógłby zostać, na podstawie omawianego przepisu, zobowiązany do nieujawniania informacji udostępnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, choć gdyby do zamawiającego (np. urzędu miasta) obywatel zwrócił się z wnioskiem o udostępnienie tych samych informacji, zamawiający miałby obowiązek informacje te udostępnić w sytuacji, gdyby nie zachodziły przesłanki ograniczające dostępność informacji wyrażone w art. 5 ust. 1 i 2 UDIP. **Istotnie wprowadzałoby to nierówność podmiotów, która jest nieracjonalna i bezcelowa.**

Należy zauważyć, że ograniczanie konstytucyjnych wolności i praw człowieka i obywatela – w tym prawa do informacji publicznej, musi spełniać warunki określone w Konstytucji RP. Podstawy do ograniczania prawa do informacji publicznej wynikają z art. 31 ust. 3 Konstytucji RP oraz art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Oprócz wymagań dotyczących formy ustawy oraz istoty prawa do informacji publicznej, ograniczanie prawa do informacji publicznej może następować tylko ze względu na potrzebę ochrony konstytucyjnych wartości wymienionych w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, a ograniczenie musi być proporcjonalne do dokonywanych ograniczeń (por. wyrok Trybunału Konstytucyjnego z 15 października 2009 r., K 26/08). Zgodnie z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP ograniczenie prawa do informacji publicznej może nastąpić wyłącznie ze względu na ochronę wolności i praw innych osób i podmiotów gospodarczych oraz ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa oraz ważnego interesu gospodarczego państwa.

W praktyce stosowania prawa, możliwość ograniczenia przez zamawiającego prawa do informacji publicznej na podstawie projektowanego art. 20 Prawa zamówień publicznych może nie mieć związku z wartościami, które jako wyłączne mogą uzasadniać takie ograniczenie. Innymi słowy, projektowany przepis art. 20 daje możliwość dokonywania ograniczeń, które nie pozostają w związku z ochroną wskazanych wartości konstytucyjnych, a które mogą wynikać z powodów nie merytorycznych – pozaustawowych. Wprowadzona zostałaby zatem przesłanka, której realizacja mogłaby znacznie wykraczać poza prawne warunki umożliwiające ograniczanie prawa do informacji, wynikające z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.

Na analogiczny problem, w odniesieniu do art. 5 ust. 1a UDIP – uchylonego przez Trybunał Konstytucyjny – zwracał uwagę dr Tomasz Szewc w *Opinii prawnej w sprawie projektu art. 5 ust. 1a ustawy o dostępie do informacji publicznej* (opinię można znaleźć pod adresem: http://bip.siecobywatelska.pl/userfiles/file/Opinie/udip_opinia_dr_szewc_qk0s.pdf, dostęp: 21.05.2015). Autor opinii zwrócił w niej uwagę, że przesłanki ograniczające prawo do informacji publicznej, ujęte w art. 5 ust. 1a UDIP, są znacznie szersze od konstytucyjnych przesłanek ograniczających prawo do informacji, ujętych w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP). Konstatacja ta uzasadniała pogląd autora o niezgodności art. 5 ust. 1a UDIP z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.

Przepis art. 20 projektowanej ustawy umożliwiałby ograniczanie ze względu na inne przesłanki, które nie wynikałyby z art. 61 ust. 3 Konstytucji RP. Z naciskiem należy zaznaczyć, że wyłącznie wskazane w tym przepisie wartości mogą uzasadniać ograniczanie prawa do informacji publicznej.

Rozszerzanie merytorycznych podstaw przez ustawodawcę, jak to czyni się w art. 20 projektowanej ustawy, stanowi naruszenie normy wyrażonej w art. 61 ust. 3 Konstytucji RP.

2. Zarzut naruszenia spójności systemu prawa przez przepis art. 20 projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przepis art. 20 projektowanej ustawy stanowi *expressis verbis* o tym, że zamawiający może zobowiązać wykonawców do przestrzegania wymagań związanych z zachowaniem „poufnego” charakteru informacji udostępnionych w toku postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Stosowanie tego przepisu wiązałoby się z koniecznością ustalenia, czym jest „poufny charakter” informacji, o których mowa. Dyrektywy wykładni prawa nakazują pierw szukać definicji i rozumienia pojęć prawnych w danym akcie prawnym. W projektowanej ustawie nie znajduje się zdefiniowanie owego „poufnego” charakteru. W dalszym toku wykładni odpowiedzi na postawioną kwestię należy szukać w systemie prawnym.

Analiza polskiego systemu prawnego umożliwia wskazanie aktu prawnego, w którym mowa jest o „poufności”. Mianowicie art. 5 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych stanowi o tym, po spełnieniu jakich warunków nadaje się informacjom klauzulę „poufne”. Możliwość uzyskania dostępu do informacji o klauzuli „poufne” jest możliwe, zgodnie z art. 21 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, po uzyskaniu poświadczenia bezpieczeństwa.

Wobec powyższego można zadać pytanie, jakie wartości projektodawca w art. 20 ma zamiar chronić w świetle art. 5 ust. 3 ustawy o ochronie informacji niejawnych, zgodnie z którym informacjom niejawnym nadaje się klauzulę „poufne”, jeżeli ich nieuprawnione ujawnienie spowoduje szkodę dla Rzeczypospolitej Polskiej przez to, że:

- 1) utrudni prowadzenie bieżącej polityki zagranicznej Rzeczypospolitej Polskiej;
- 2) utrudni realizację przedsięwzięć obronnych lub negatywnie wpłynie na zdolność bojową Sił Zbrojnych Rzeczypospolitej Polskiej;
- 3) zakłóci porządek publiczny lub zagrazi bezpieczeństwu obywateli;
- 4) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę bezpieczeństwa lub podstawowych interesów Rzeczypospolitej Polskiej;
- 5) utrudni wykonywanie zadań służbom lub instytucjom odpowiedzialnym za ochronę porządku publicznego, bezpieczeństwa obywateli lub ściganie sprawców przestępstw i przestępstw skarbowych oraz organom wymiaru sprawiedliwości;
- 6) zagrazi stabilności systemu finansowego Rzeczypospolitej Polskiej;
- 7) wpłynie niekorzystnie na funkcjonowanie gospodarki narodowej.

Powyższa konstatacja nakazuje postawić pytanie o cel projektodawcy, przyświecający przy kształtowaniu treści art. 20 projektowanej ustawy. Jeżeli celem wprowadzenia analizowanego tutaj sformułowania by to, aby wykonawca nie ujawniał określonych informacji – do czego zamawiający może zobowiązać wykonawcę – negatywnie oceniamy tę regulację, jako naruszającą art. 61 ust. 3 Konstytucji RP, wprowadzającą nieuzasadnione ograniczenie prawa do informacji publicznej. Naszym zdaniem wystarczającą ochronę zapewniają przepisy ustawy o ochronie informacji niejawnych.

Negatywnie oceniamy także skorzystanie przez ustawodawcę ze sformułowania „może zobowiązać”. Ograniczenia prawa do informacji ewentualnie powinny mieć charakter przedmiotowy (powinny dotyczyć określonych informacji), a nie zachowań czy działań określonych podmiotów. Niedopuszczalne jest, aby jedna grupa podmiotów miała, względem innej grupy podmiotów, bardziej ograniczone prawo do informacji publicznej ze względu na określone działanie zamawiającego.

3. Zarzut naruszenia zasady przejrzystości oraz przepisów dyrektywy Rady w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane, zmienionej dyrektywą z 2007 r. zmieniającą dyrektywę Rady w zakresie poprawy skuteczności i procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych.

Należy w końcu zauważyć, że omawiana regulacja jest niezgodna z zasadą przejrzystości – szerzej opisaną w uwagach odnoszących się do art. 18 projektowanej ustawy. Jest ona także niezgodna z dyrektywą Rady z dnia 21 grudnia 1989 r. w sprawie koordynacji przepisów ustawowych, wykonawczych i administracyjnych odnoszących się do stosowania procedur odwoławczych w zakresie udzielania zamówień publicznych na dostawy i roboty budowlane (Dz.Urz.U.E.L Nr 395, str. 33), zmienioną Dyrektywą 2007/66/WE Parlamentu Europejskiego i Rady z dnia 11 grudnia 2007 r. zmieniającą Dyrektywy Rady 89/665/EWG i 92/13/EWG w zakresie poprawy skuteczności i procedur odwoławczych w dziedzinie udzielania zamówień publicznych (Dz.Urz.U.E.L Nr 335, str. 31) – dalej jako: „dyrektywa odwołaniowa”. Mianowicie art. 3 ust. 1 tej dyrektywy wyraźnie wskazuje, że obowiązkiem państw członkowskich jest zapewnienie dostępności procedur odwoławczych w systemie zamówień publicznych dla każdego, kto ma lub miał interes prawny w uzyskaniu danego zamówienia oraz poniósł lub może ponieść szkodę w uzyskaniu danego zamówienia. Do tej pory jednym ze środków realizacji zasady dostępności procedur odwoławczych była właśnie zasada jawności w prawie zamówień publicznych, dzięki której konkurujący ze sobą wykonawcy mogli uzyskać wgląd do ofert konkurentów – po dokonaniu wyboru oferty przez zamawiającego – i w razie stwierdzenia naruszeń, mogli podnosić stosowne zarzuty w postępowaniu odwoławczym przed Krajową Izbą Odwoławczą i ewentualnie w późniejszym postępowaniu ze skargi na wyrok Izby przed sądem. Odnosząc się do opiniowanego projektu ustawy, skoro art. 20 zakłada niejawnosć postępowania aż do momentu zawarcia umowy (które następuje już po rozpoznaniu odwołania przez Izbę lub po bezskutecznym upływie terminu na wniesienie odwołania), konkurenci nie będą mieli możliwości zapoznania się z ofertami konkurentów i aktami postępowania, a co za tym idzie, pod znakiem zapytania stanie realizacja zasady dostępności środków odwoławczych, które – pozornie dostępne dla podmiotów legitymowanych – pozostaną faktycznie niedostępne na skutek niemożności sformułowania zarzutów.

IV. Podsumowanie

Wobec powyższego stowarzyszenie rekomenduje odstąpienie od proponowanych art. 18, 19 ust. 2 i 20 projektu ustawy – Prawo zamówień publicznych. Przepisy te w sposób nieuzasadniony ograniczają zasadę jawności postępowania o udzielenie zamówienia publicznego oraz w sposób istotny ingerują w konstytucyjne prawo do informacji publicznej.