

Postępowanie Najwyższej Izby Kontroli

Istota tajemnicy kontrolerskiej

W artykule dokonano analizy zakresu przedmiotowego i podmiotowego tajemnicy kontrolerskiej oraz zasad udostępniania informacji nią chronionych. Jej zakres jest bardzo szeroki, ponieważ obejmuje wszystkie informacje uzyskane w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych. Dostęp do dokumentów objętych tajemnicą kontrolerską nie jest tożsamy z dostępem do informacji niejawnych, który przysługuje wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy. Udostępnienie dokumentów chronionych tajemnicą kontrolerską jest więc możliwe wyłącznie z uwzględnieniem przepisów o ochronie informacji niejawnych oraz ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

MICHAŁ JĘDRZEJCZYK
STANISŁAW DZIWIŚ

Wprowadzenie

W potocznym języku tajemnica oznacza sekret „absolutny”, tj. fakt, który nikomu nie jest znany albo wiadomość, której nie powinno się ujawniać ogółowi¹. Dla zagadnień poruszanych w niniejszym opracowaniu, istotne jest drugie z przedstawionych znaczeń, odnoszące się do informacji, które nie są jawne. Z tak ogólnej definicji możemy

wyodrębnić dwie podstawowe cechy tajemnicy w znaczeniu prawnym. Po pierwsze, przedmiotem tajemnicy jest pewna wiadomość o określonym fakcie, do której dostęp posiada ograniczony krąg osób. Po drugie, jej ujawnienie objęte jest zakazem². Jeżeli tajemnica związana jest z wykonywaniem określonego zawodu mamy do czynienia z „tajemnicą zawodową”³. Jej wprowadzenie ma na celu ochronę wiadomości pozyskiwanych w związku z wykonywaniem konkretnego zawodu

¹ B. Dunaj (red.): *Domowy popularny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003, s. 596.

² M. Rusinek: *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007, s. 16.

³ R. A. Stefański, S. Zabłocki [w:] R. A. Stefański, S. Zabłocki: *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296*, Warszawa 2019, art. 180.

i przy okazji buduje zaufanie do jego przedstawicieli⁴. Powyższe cechy posiadają informacje uzyskane przez pracowników NIK w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych, które stosownie do art. 73 ust. 1 ustawy z 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej Izbie Kontroli⁵ są tajemnicą kontrolerską. W znaczeniu normatywnym tajemnica kontrolerska, jak każda inna tajemnica prawnie chroniona, oparta jest na współlistnieniu przesłanki formalnej i materialnej. Pierwsza z nich odnosi się do sposobu wyrażenia woli utajnienia pewnych informacji. W przypadku tajemnicy kontrolerskiej wola ta została wyrażona w ustawie o NIK. Z kolei przesłanka materialna obejmuje trzy zakresy: podmiotowy, przedmiotowy i czasowy. Wymienione elementy przesłanki materialnej wskazują odpowiednio: podmioty zobowiązane do przestrzegania tajemnicy, informacje i dokumenty objęte ochroną oraz termin związania tajemnicą⁶.

***Ratio legis* tajemnicy kontrolerskiej**

Celem nałożenia na pracowników NIK obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej jest ochrona informacji pozyskanych przez nich w związku z realizacją zadań służbowych. Jej przestrzeganie buduje nić zaufania pomiędzy kontrolerami

a kontrolowanymi, która jest potrzebna zarówno podmiotowi kontrolowanemu, jak i pracownikom NIK. Dzięki niej kontrolowani wiedzą, że przekazywane informacje zostaną wykorzystane wyłącznie do realizacji celu kontroli i nie będą bezpodstawnie udostępniane nieuprawnionym podmiotom. Poufność jest jedną z fundamentalnych wartości etycznych najwyższych organów kontroli (NOK)⁷, uwzględnioną również w Kodeksie etyki pracownika Najwyższej Izby Kontroli jako jedna z zasad postępowania⁸. Świadomość poufności korzystnie wpływa na współpracę z osobami podejmującymi czynności kontrolne i sprawny przebieg postępowania.

Zabezpieczając informacje pozyskane w trakcie kontroli przed dostępem osób trzecich, zabezpiecza się także sam proces kontroli przed próbami wpływania na dokonywane ustalenia, a także przed upublicznieniem nieostatecznych wyników kontroli. Z obowiązkiem zachowania tajemnicy kontrolerskiej, co zostanie szerzej omówione w dalszej części artykułu, związane jest także prawo do określonego zachowania wobec sądu. W konsekwencji obowiązek jej przestrzegania pozytywnie wpływa na usprawnienie procesu kontrolnego, ułatwia pozyskiwanie rzetelnych dowodów oraz prawidłową realizację zasady

⁴ B. Kunicka-Michalska: *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 7; K. Światała: *Katalog tajemnic związanych z wykonywaniem zawodów medycznych*, „Monitor Prawniczy” nr 13/2014, s. 714.

⁵ Dz.U. z 2020 r. poz. 1200, dalej: ustawa o NIK.

⁶ M. Jaśkowska: *Materialne i formalne przesłanki tajemnicy publicznoprawnych*, [w:] M. Jaśkowska (red.) *Jawność i jej ograniczenia, t. IV Znaczenie orzecznictwa*, Warszawa 2014, s. 4.

⁷ NIK, *Kodeks etyki ISSAI 30*, Warszawa 2018, s. 25.

⁸ Załącznik nr 1 do zarządzenia nr 33/2018 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z 19.6.2018.

obiektywizmu. Widoczne są więc korzyści wynikające z ustawowego obowiązku zachowania tajemnicy, zarówno dla podmiotu kontrolowanego, jak i NIK.

Zakres przedmiotowy

Zakres przedmiotowy tajemnicy kontrolerskiej jest bardzo szeroki, gdyż dotyczy wszystkich informacji uzyskanych w związku z wykonywaniem obowiązków służbowych. Nie ogranicza się jedynie do informacji związanych z przygotowawczą lub przeprowadzaną kontrolą, ale obejmuje również te odnoszące się do wewnętrznych (organizacyjnych) spraw Izby⁹. Prowadząc kontrolę pracownik NIK ma obowiązek chronić uzyskane informacje, bez względu na ich wagę i wpływ na ocenę kontrolowanych zagadnień, jak i na źródło ich pochodzenia. Tajemnicą kontrolerską objęte są więc nie tylko dowody uzyskane od jednostki kontrolowanej, ale także informacje uzyskane od jednostek niekontrolowanych w związku z przygotowawczą lub przeprowadzaną kontrolą (art. 29 ust. 2 lit. f ustawy o NIK) lub od osób niebędących pracownikami kontrolowanego podmiotu (oświadczenia – art. 41 ust. 1 ustawy o NIK lub zeznania w charakterze świadka – art. 42 ust. 1 ustawy o NIK). Decydujące nie jest więc źródło pochodzenia informacji, a związek z prowadzoną kontrolą. Cały materiał dowodowy zamieszczony

w aktach kontroli jest objęty tajemnicą kontrolerską, gdyż dokumentuje ustalony stan faktyczny dotyczący działalności kontrolowanej jednostki, co jest podstawą jego oceny, a więc realizacji celu postępowania kontrolnego.

W toku kontroli, dostęp do akt, oprócz kontrolerów prowadzących czynności kontrolne, posiada kierownik jednostki kontrolowanej lub osoba przez niego upoważniona (art. 35a ust. 3 ustawy o NIK). Upoważnienie to nie jest ograniczone wyłącznie do pracowników tej jednostki. Kierownik może przykładowo upoważnić pracownika zewnętrznej firmy świadczącej obsługę prawną. W praktyce jednak kierownik zazwyczaj samodzielnie korzysta z prawa wglądu do akt kontroli lub upoważnia swojego pracownika. Dostęp do nich w trybie art. 35 a ust. 3 ustawy o NIK jest nieograniczony. W trakcie kontroli istnieje możliwość wielokrotnego korzystania z tego uprawnienia. Kierownik jednostki kontrolowanej (lub osoba przez niego upoważniona) ma dostęp do wszystkich dokumentów zebranych w aktach kontroli, a ograniczenie dostępu może nastąpić tylko gdyby mogło dojść do naruszenia przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej. Oznacza to prawo do zapoznania się zarówno z zeznaniami świadków, jak i wyjaśnieniami i oświadczeniami pracowników jednostki kontrolowanej. Świadomość pełnego dostępu przełożonego do treści informacji

⁹ Przykładem odmiennej regulacji jest przepis art. 61 ustawy z 27.8.2004 o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych (Dz.U. z 2020 r. poz. 1398, ze zm., dalej: ustawa o świadczeniach opieki zdrowotnej), który definiuje tajemnicę kontrolerską jako: *Informacje, które kontroler lub osoba, o której mowa w art. 61e ust. 2, uzyskała w związku z wykonywaniem obowiązków w ramach kontroli lub poszczególnych jej czynności*. Tajemnica kontrolerska na mocy tej ustawy nie obejmuje więc wszystkich czynności służbowych, ale wyłącznie te związane z realizacją kontroli.

przekazanych kontrolerom NIK może w praktyce powodować u pracowników jednostki obawę przed konsekwencjami informowania kontrolerów NIK o nieprawidłowościach, które kierownik jednostki kontrolowanej pragnie ukryć. Warto zwrócić uwagę na rozwiązanie przyjęte w ustawie z 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej¹⁰. Stosownie do art. 55 ust. 2 u.k.a.r., kontroler „udostępnia akta kontroli po anonimizacji lub pseudonimizacji w dokumentach danych osobowych pracownika lub innej osoby, jeżeli zastrzegły one nieujawnianie danych umożliwiających ich identyfikację, a zachodzi uzasadniona obawa, że udzielone informacje w sprawach objętych kontrolą mogą narazić tego pracownika lub osobę na jakikolwiek uszczerbek lub zarzut z powodu udzielenia tych informacji”. Zdaniem autorów opracowania zasadne byłoby wprowadzenie podobnego rozwiązania do ustawy o NIK.

Prawo wglądu kierownika jednostki kontrolowanej do akt kontroli trwa do czasu zakończenia postępowania kontrolnego, czyli wygasa z upływem terminu na złożenie zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, a w przypadku ich złożenia, wraz z otrzymaniem uchwały o oddaleniu zastrzeżeń

w całości lub zmienionego wystąpienia pokontrolnego¹¹. Po zakończeniu postępowania, kierownik jednostki kontrolowanej nie będzie miał już prawa wglądu do akt kontroli (jako całości). Będzie mógł (jak każda inna osoba fizyczna) wystąpić z wnioskiem o udostępnienie informacji publicznej, przy czym może on dotyczyć jedynie konkretnych informacji, a nie akt kontrolnych jako całości, gdyż, jak wskazano powyżej, prawo dostępu do nich przysługuje mu wyłącznie do czasu zakończenia postępowania kontrolnego¹².

Skorzystanie z prawa wglądu do akt kontroli nie skutkuje nałożeniem obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej. Informacje tam zawarte, nawet jeżeli były pozyskane od podmiotu niekontrolowanego, dotyczą działalności zarządzanej przez kierownika jednostki. Nielogiczne byłoby więc nakładanie na niego lub upoważnionych pracowników, obowiązku zachowania w tajemnicy informacji, które dotyczą jego jednostki i znajdują potwierdzenie w znajdującej się niej w dokumentacji źródłowej¹³.

Jeżeli w toku kontroli zostaje powołany biegły lub specjalista, kontroler może udostępnić mu akta kontroli, ale tylko w takim zakresie, w jakim jest to niezbędne

¹⁰ Dz.U. z 2020 r. poz. 224, dalej: u.k.a.r.

¹¹ E. Jarzęcka-Siwik: *Ochrona danych wynikająca z tajemnicy kontrolerskiej* [w:] E. Jarzęcka Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018, s. 319.

¹² Wyrok WSA w Szczecinie z 7.11.2018, II SAB/Sz 123/18, LEX nr 2613708.

¹³ Wyłączenie podmiotu kontrolowanego z obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej przewiduje art. 61z ust. 2 ustawy o świadczeniach opieki zdrowotnej. Pomimo, że zarówno z art. 73, jak i 35a ust. 3 ustawy o NIK nie wynika wprost zwolnienie jednostki kontrolowanej z obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej, ten nie budzi wątpliwości w doktrynie. Zob. E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2017, s. 154; E. Jarzęcka-Siwik: *Ochrona danych wynikająca...*, op.cit., s. 317.

do przeprowadzenia dowodu. Prezes NIK może zezwolić na udostępnienie także innym osobom całych akt kontroli lub poszczególnych dokumentów (art. 35a ust. 4 ustawy o NIK). Słusznie R. Padrak zwraca uwagę, że decyzja ta powinna być poprzedzona analizą jej wpływu na przebieg postępowania kontrolnego i realizację celów kontroli¹⁴.

Dostęp do akt kontroli będą mieć także kontrolerzy sprawujący nadzór nad kontrolą (kontroler nadzorujący, doradca prawny, koordynator, wicedyrektor i dyrektor kontrolnej jednostki organizacyjnej NIK prowadzącej kontrolę), a w przypadku złożenia zastrzeżeń do wystąpienia pokontrolnego, także członkowie komisji orzekającej lub Kolegium NIK. Akta kontroli mogą zostać udostępnione również innym pracownikom Izby, jeżeli dostęp do nich jest niezbędny do realizacji czynności kontrolnych. Tajemnica kontrolerska nie może blokować wymiany pomiędzy pracownikami NIK informacji niezbędnych do wykonywania zadań służbowych¹⁵. Przykładowo, jeżeli w ramach kontroli koordynowanej prowadzonej w wielu jednostkach do oceny stanu faktycznego niezbędne jest uzyskanie pewnych informacji od jednostki nadrzędnej, niezasadne byłoby wielokrotne występowanie do jednego podmiotu o te same informacje. Kontrolerzy NIK powinni wykorzystać dowody zebrane w ramach jednej z tych kontroli, zamieszczając ich uwierzytelnione kopie w tworzonych przez siebie aktach kontroli.

Dostęp do akt kontroli NIK podlega ograniczeniu w przypadku, gdy akta te zawierają informacje niejawne. Ustawa z 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych¹⁶ zawężyła do nich dostęp zarówno w podmiotowym, jak i przedmiotowym zakresie. Stosownie do art. 4 tej ustawy, dostęp do informacji niejawnych mogą mieć wyłącznie osoby dające „rękojmię zachowania tajemnicy” (stwierdzonej w wyniku przeprowadzenia postępowania sprawdzającego) i tylko, jeżeli jest on niezbędny do wykonywania przez te osoby pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Udostępniając akta kontroli innym osobom niż kierownik jednostki lub jej pracownik, należy także pamiętać, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu nie tylko w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych, ale także innych tajemnic ustawowo chronionych oraz ze względu na prywatność osób fizycznych czy tajemnicę przedsiębiorcy¹⁷. Oznacza to, że przed udostępnieniem treści dokumentów zawartych w aktach kontroli, konieczne jest ustalenie, czy nie zawierają takich tajemnic.

Tajemnica kontrolerska obejmuje również program i tematykę kontroli (art. 28a ust. 3 ustawy o NIK). Oznacza to, że kontroler nie może ich udostępniać pracownikom jednostki kontrolowanej oraz przekazywać informacji zawartych w programie,

¹⁴ R. Padrak: *Postępowanie kontrolne. Komentarz*, Wrocław 2012, s. 114.

¹⁵ E. Jarzęcka-Siwik: *Ochrona danych wynikająca...*, op.cit., s. 321.

¹⁶ Dz.U. z 2019 r. poz. 742.

¹⁷ Art. 5 ustawy z 6.9.2001 o dostępie do informacji publicznej.

takich jak: wyniki analizy przedkontrolnej, pytania kontrolne, wskazówki metodyczne czy wytyczne do formułowania ocen kontrolowanej działalności. Należy także zaznaczyć, że odmowa zapoznania się pracowników jednostki kontrolowanej z programem lub tematyką kontroli (w przypadku kontroli doraźnych) uzasadniona jest tym, że te dokumenty są opracowywane na etapie przygotowania kontroli. Program kontroli zawiera m.in. uzasadnienie jej podjęcia oraz wskazówki metodyczne określające sposób i technikę przeprowadzenia kontroli, dokumentowania jej wyników oraz dowody niezbędne do dokonania ustaleń i sposobu ich przeprowadzenia, zasady doboru próby do kontroli, wykorzystania narzędzi informatycznych, powiązanie tematyki z aktami normatywnymi oraz wskazówki dotyczące przestrzegania przepisów o ochronie danych osobowych, o ochronie informacji niejawnych i innych tajemnic ustawowo chronionych, a także konieczne wzory, wykazy i zestawienia¹⁸. Określa się w nim więc sposób przeprowadzenia kontroli, a w szczególności mechanizmy i narzędzia służące jej realizacji, w tym wskazówki do oceny kontrolowanej działalności. Dlatego też ze względu na to, że program i tematyka kontroli traktowane są jako narzędzie pracy kontrolera, służące mu do realizacji zadań służbowych – dokumenty te mają charakter wewnętrzny i są przeznaczone wyłącznie

do korzystania przez kontrolerów NIK. Dodatkowo należy wskazać, że zgodnie z pismem okólnym prezesa NIK akta kontroli zawierają w szczególności podpisane wystąpienie pokontrolne, zaś program kontroli czy tematyka kontroli doraźnej oraz wszystkie istotne wersje projektu tych dokumentów są zawarte w aktach dotyczących programu kontroli¹⁹. Dlatego warto podkreślić, że programy i tematyka kontroli doraźnych nie są elementem materiału dowodowego, będącego podstawą ustalenia stanu faktycznego, nie są zamieszczane w aktach kontroli i w konsekwencji nie są dokumentami, z którymi mógłby zapoznać się kierownik jednostki kontrolowanej. W konsekwencji nie ma możliwości wglądu do takiego dokumentu, w przypadku udostępnienia informacji z akt zakończonej kontroli, na podstawie ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej (art. 6 ust. 1 pkt 4 lit a)²⁰.

Jednostka kontrolowana ma jednak wiedzę na temat zakresu przedmiotowego i okresu objętego kontrolą, ponieważ te dane, obok podstawy prawnej podjęcia kontroli oraz numeru i tytułu kontroli, są wskazywane na upoważnieniu do jej przeprowadzenia, które kontroler okazuje kierownikowi jednostki kontrolowanej w dniu rozpoczęcia czynności oraz zamieszcza w aktach kontroli, do których ten ma prawo wglądu. Cel kontroli jest ogólnie

¹⁸ § 8 pkt 3) i 9) zarządzenia nr 11/2020 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z 25.2.2020 w sprawie szczegółowych zasad przygotowania kontroli, zadań kontrolerów oraz zasad sporządzania informacji o wynikach kontroli.

¹⁹ Pismo okólnie Prezesa Najwyższej Izby Kontroli w sprawie dokumentacji dotyczącej przygotowania postępowania kontrolnego, jego prowadzenia, realizacji wyników kontroli oraz oceny jakości wykonania zadań kontrolnych w Najwyższej Izbie Kontroli nr 4/2020 Prezesa Najwyższej Izby Kontroli z 25.2.2020.

²⁰ Dz.U. z 2020 r. poz. 2176, dalej: u.d.i.p.

dostępny, gdyż w planie pracy Najwyższej Izby Kontroli na dany rok, publikowanym na stronie internetowej Izby, przy każdym temacie kontroli zamieszczane jest pytanie definiujące cel główny kontroli²¹.

Tajemnica kontrolerska chroni program i tematykę kontroli nie tylko przed dostępem osób spoza Izby. Wgląd do tych dokumentów kontrolerzy nabywają wraz z powierzeniem im konkretnej kontroli. Pozostali kontrolerzy, którzy nie uczestniczą w realizacji konkretnego tematu kontroli, nie mają dostępu do programu (tematyki) kontroli. W ocenie autorów niniejszego opracowania zasadne jest jednak uznanie, że ustawowa przesłanka „w związku z wykonywaniem zadań służbowych” (art. 28a ust. 3 ustawy o NIK), umożliwiająca udostępnienie pracownikom NIK programu bądź tematyki kontroli, nie ogranicza się wyłącznie do wykonywania i nadzorowania czynności kontrolnych w ramach jednego tematu. Program zrealizowanej kontroli, w szczególności analiza przedkontrolna i wskazówki metodyczne, mogą być przydatne przy planowaniu i opracowywaniu kolejnej kontroli w tym samym obszarze lub zbieżnym w pewnych zakresach merytorycznych. Czasami też podobną kontrolę niekoordynowaną podejmuje delegatura w innym województwie. Uznanie, że za każdym razem program kontroli powinien być tworzony bez wykorzystywania nabytych doświadczeń nie tylko prowadziłoby do generowania niepotrzebnych

kosztów, ale także wydłużałoby czas jego przygotowania. NIK powinna szanować podjęte w poprzednich kontrolach decyzje interpretacyjne przy tworzeniu wzorców kontroli, a to wymaga znajomości zarówno wyników wcześniejszych kontroli, jak i treści właściwych programów (tematyki). Niezasadne byłoby więc uznanie, że osoby, którym powierzono przygotowanie programu kontroli nie mogą korzystać z analiz i wskazówek (wytycznych metodycznych) zawartych w programach wytworzonych w innych kontrolnych jednostkach organizacyjnych NIK.

Zakres podmiotowy

Analiza zakresu podmiotowego „tajemnicy kontrolerskiej” prowadzi do uznania, że zaproponowana przez ustawodawcę nazwa dla tej tajemnicy zawodowej jest nieprecyzyjna, gdyż nie wskazuje wszystkich związanych z nią podmiotów²². Obejmując ona nie tylko pracowników NIK uprawnionych do prowadzenia kontroli (art. 30 ustawy o NIK), ale każdego pracownika Izby realizującego obowiązki służbowe. Oznacza to, że na równi z pracownikami wchodzącymi w skład korpusu kontrolerskiego, do zachowania tajemnicy kontrolerskiej obowiązani są inni pracownicy Izby, w tym również zatrudnieni na stanowiskach administracyjnych. Ustawa zobowiązuje do zachowania tajemnicy także członków Kolegium niebędących pracownikami NIK (art. 73 ust. 2 ustawy

²¹ Przykładowo: Plan pracy Najwyższej Izby Kontroli na 2021 rok (załącznik do uchwały Kolegium NIK z 18.11.2020 w sprawie Planu pracy Najwyższej Izby Kontroli na 2021 rok), <<https://www.nik.gov.pl/plik/id,23327.pdf>>, dostęp: 19.2.2021.

²² E. Jarzęcka-Siwik: *Ochrona danych wynikająca...*, op.cit., s. 315.

o NIK oraz powołanych biegłych i specjalistów (art. 49 ust. 5 ustawy o NIK) i tłumaczy (art. 35b ust. 7 ustawy o NIK). Również osoby, którym za zgodą prezesa NIK udostępniono akta kontroli lub poszczególne dokumenty wchodzące w ich skład (art. 35a ust. 4 ustawy o NIK), bądź program (tematykę) kontroli (art. 28a ust. 3 ustawy o NIK), obowiązane są do zachowania w tajemnicy uzyskanych informacji. Obowiązek ten jest nakładany również na osoby wykonujące zlecone prace, umożliwiające im dostęp do informacji objętych tajemnicą kontrolerską (np. pracownicy firm informatycznych). W zawartych z tymi podmiotami umowach cywilnoprawnych określa się konsekwencje naruszenia zasad zachowania tajemnicy. Także w umowach o staż Izba wprowadza zapisy obligujące do nieujawniania przekazywanych informacji²³.

Obowiązek zachowania tajemnicy powinien zostać nałożony na pracowników organów kontroli, rewizji, inspekcji, działających w administracji rządowej i samorządzie terytorialnym, którzy prowadzą kontrole wspólnie pod kierownictwem NIK (art. 12 pkt 2 ustawy o NIK). Prowadzenie wspólnej kontroli oznacza realizację jednej na podstawie jednego programu kontroli²⁴. Ponieważ kontrola ma być prowadzona „pod kierownictwem NIK”, powinna mieć miejsce na podstawie programu opracowanego przez Izbę. Stosownie do art. 28a ust. 3 ustawy o NIK,

udostępnienie programu kontroli osobom niebędącym pracownikami Izby wymaga zgody prezesa NIK. Oznacza to, że przed rozpoczęciem wspólnej kontroli i przekazaniem pracownikom organów kontroli, rewizji, inspekcji programu kontroli (lub jego fragmentów), należy ją uzyskać. Dodatkowo pracownicy tych organów powinni zostać powiadomieni o obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej. Zasadne jest, podobnie jak w przypadku biegłych i specjalistów, odebranie stosownego oświadczenia o zachowaniu tajemnicy.

Obowiązek zachowania tajemnicy trwa od momentu uzyskania informacji i jest bezterminowy, tj. nie wygasa wraz z upływem czasu. Artykuł 73 ust. 3 ustawy o NIK wskazuje, że obowiązek ten nie wygasa także po ustaniu zatrudnienia lub upływie kadencji członka Kolegium NIK (art. 73 ust. 3 ustawy o NIK). Biegli i specjaliści powołani w trakcie kontroli obowiązani są do zachowania tajemnicy także po zakończeniu pełnienia tej funkcji, niezależnie od tego, czy nastąpiło to w związku z realizacją zadań określonych w postanowieniu o powołaniu, czy też w związku z wyłączeniem ich z postępowania kontrolnego z przyczyn określonych w art. 31 ust. 1 i 2 ustawy o NIK. W przypadku informacji zawartych w wystąpieniach pokontrolnych oraz innych dokumentach podawanych przez prezesa NIK do wiadomości publicznej, tajemnica kontrolerska wiążać będzie wskazane powyżej podmioty do momentu

²³ Tamże, s. 316.

²⁴ W sytuacji gdy pracownicy organów kontroli, rewizji, inspekcji prowadzą kontrolę we wskazanym przez NIK zakresie, ale na podstawie własnego programu kontroli, realizowane jest uprawnienie Izby do zlecenia przeprowadzania kontroli doraźnych (art. 12 pkt 3 ustawy o NIK).

realizacji obowiązku publikacji²⁵. Przekazanie informacji w sposób umożliwiający zapoznanie się z nią wszystkim zainteresowanym (np. przez publikację w Biuletynie Informacji Publicznej) sprawia, że traci ona walor poufności, a tym samym przestaje być tajemnicą²⁶.

Udostępnianie informacji chronionych tajemnicą kontrolerską

Osoba obowiązana do przestrzegania tajemnicy kontrolerskiej ma prawo przekazać informacje nią objęte jedynie po zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy przez ustawowo uprawniony do tego podmiot. Niezastosowanie się do tego wymogu wypełnia znamiona przestępstwa z art. 266 § 1 k.k., a w przypadku mianowanych kontrolerów, wiąże się z odpowiedzialnością dyscyplinarną (art. 97a ust. 1 ustawy o NIK).

Stosownie do art. 73 ust. 4 ustawy o NIK, od obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej może zwolnić prezes

Najwyższej Izby Kontroli albo sąd właściwy do rozpoznania sprawy. Upoważnienie prezesa ma znacznie szerszy zakres niż sądu. Ustawa o NIK nie wskazuje w jakich sytuacjach może podjąć decyzję o zwolnieniu z obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej. Należy więc uznać, że może ono nastąpić w każdym przypadku, o ile prezes uzna to za zasadne. Przed podjęciem decyzji prezes musi uwzględnić zarówno interes publiczny, kontrolowanego, jak i strony domagającej się udostępnienia informacji²⁷.

Krąg osób, które mogą zostać zwolnione z tego obowiązku nie ogranicza się tylko do pracowników Izby. Przykładowo, prezes NIK może zwolnić z obowiązku zachowania tajemnicy kontrolera w celu złożenia przez niego zeznań w charakterze świadka czy też członków Kolegium NIK bądź biegłych powołanych w toku kontroli, którzy uzyskaną wiedzę chcą wykorzystać w prowadzonych badaniach naukowych. Stosownie do § 3 ust. 1 zarządzenia

²⁵ Stosownie do art. 10 ustawy o NIK, prezes Najwyższej Izby Kontroli podaje do wiadomości publicznej, z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej, wystąpienia pokontrolne oraz dokumenty o których mowa w art. 7 ust. 1 i 1a, art. 8 i art. 9 (analizę wykonania budżetu państwa i założeń polityki pieniężnej; opinie w przedmiocie absolutorium dla Rady Ministrów; informacje o wynikach kontroli zleconych przez Sejm lub jego organy; informacje o wynikach kontroli przeprowadzonych na wniosek Prezydenta Rzeczypospolitej Polskiej, Prezesa Rady Ministrów oraz innych ważniejszych kontroli; wnioski w sprawie rozpatrzenia przez Sejm określonych problemów związanych z działalnością organów wykonujących zadania publiczne; wystąpienia zawierające wynikające z kontroli zarzuty, dotyczące działalności osób wchodzących w skład Rady Ministrów, kierujących urządami centralnymi, Prezesa Narodowego Banku Polskiego i osób kierujących instytucjami, o których mowa w art. 4 ust. 1; analizę wykorzystania wynikających z kontroli wniosków dotyczących stanowienia lub stosowania prawa; coroczne sprawozdanie ze swojej działalności; informacje o wynikach ważniejszych kontroli dotyczących terenowych organów administracji rządowej lub działalności samorządu terytorialnego). W praktyce, z zachowaniem przepisów o tajemnicy ustawowo chronionej, do wiadomości publicznej podawane są wszystkie wystąpienia i informacje pokontrolne. Zob. <<https://www.nik.gov.pl/kontrola/wyniki-kontroli-nik/>>, dostęp: 17.2.2021.

²⁶ W. Lasek: *Tajemnica kontrolerska uregulowana w art. 61 z ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych jako przykład nowej tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym oraz obowiązek denuncjacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego Seria Prawnicza” nr 29/2020, s. 347.

²⁷ Wyrok NSA z 14.9.2017, I OSK 2740/15, LEX nr 2395919.

nr 58/2020 Prezesa NIK z 31 sierpnia 2020 r. w sprawie udostępniania informacji przez Najwyższą Izbę Kontroli, z obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej zwolnić może również upoważniony wiceprezes NIK.

Osoby obowiązane do przestrzegania tajemnicy kontrolerskiej mogą odmówić zeznać co do okoliczności, na które rozciąga się ten obowiązek, chyba że sąd zwolni je z obowiązku jej zachowania. Wskazane uprawnienie sądu jest ściśle związane z prowadzonym postępowaniem. Tylko sąd właściwy do rozpoznania konkretnej sprawy może zwolnić od obowiązku zachowania tajemnicy kontrolerskiej i tylko w sytuacji, gdy jest to związane z konkretnym postępowaniem. Związanie to nie jest równoznaczne z wystąpieniem przesłanki „niezbędności”. Nie ma więc konieczności wykazywania, że dana okoliczność nie może być ustalona na podstawie innego dowodu, niż zeznania osoby obowiązanej do zachowania tajemnicy kontrolerskiej. Związanie z konkretnym postępowaniem wskazuje, iż celem zwolnienia przez sąd z tajemnicy kontrolerskiej będzie złożenie zeznań przez osobę obowiązującą do jej przestrzegania. Przepis art. 73 ust. 4 ustawy o NIK stanowi *lex specialis* w stosunku do art. 180 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – Kodeks postępowania karnego. Dlatego należy uznać, że wskazane w nim uprawnienie prokuratora do zwolnienia z tajemnicy zawodowej w postępowaniu przygotowawczym nie ma zastosowania do tajemnicy kontrolerskiej²⁸.

Wynikający z art. 304 § 2 ustawy z 6 czerwca 1997 r. – k.p.k.²⁹ obowiązek denuncjacji, jest w przypadku instytucji państwowych obowiązkiem prawnym. Dotyczy on jedynie przestępstw, przy czym art. 63 ust. 1 ustawy o NIK wskazuje, że Izba obowiązana jest do kierowania właściwych zawiadomień również w sytuacji uzasadnionego podejrzenia popełnienia wykroczenia. Z kolei art. 63 ust. 3 ustawy o NIK wprowadza obowiązek zawiadamiania właściwych organów o ujawnieniu także innych czynów. Ich identyfikacja następuje w trakcie prowadzonych czynności kontrolnych, a więc powinna zostać przez kontrolera udokumentowana w aktach kontroli. Zebrane dowody zostaną wykorzystane do opisu stanu faktycznego przedstawionego w zawiadomieniu, a ich kopie przekazane właściwym organom. Obowiązek zawiadomienia z art. 63 ust. 1 i 3 ustawy o NIK spoczywa na Prezesie NIK, który zarządzeniem 29/2012 z 4 września 2012 r. w sprawie upoważnienia dyrektorów kontrolnych jednostek organizacyjnych Najwyższej Izby Kontroli do składania zawiadomień i wniosków o ukaranie oraz środków odwoławczych w postępowaniu karnym i innych postępowaniach upoważnił dyrektorów kontrolnych jednostek organizacyjnych NIK do składania w jego imieniu stosownych zawiadomień. Z kolei zarządzeniem 58/2020 z 31 sierpnia 2020 r. w sprawie udostępniania informacji przez Najwyższą Izbę Kontroli zwolnił z obowiązku

²⁸ Zob. W. Grzeszczyk: *Szczególny tryb uchylania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” nr 6/2002, s. 125.

²⁹ Dz.U. z 2020 r. poz. 30, ze zm., dalej: k.p.k.

zachowania tajemnicy kontrolerskiej przy udostępnianiu informacji w związku z udziałem NIK w sprawach karnych, cywilnych, administracyjnych lub w postępowaniu o naruszenie dyscypliny finansów publicznych, w których NIK jest stroną postępowania. Wskazał równocześnie, że udostępnianiu nie podlegają dane: dotyczące przebiegu, ustaleń i efektów kontroli przed zakończeniem postępowania w sprawie zastrzeżeń; objęte ochroną przewidzianą w przepisach o ochronie informacji niejawnych lub innych przepisach o tajemnicach prawnie chronionych, w zakresie i na zasadach określonych w tych przepisach oraz takie, których udostępnienie naruszyłoby prywatność osoby fizycznej lub tajemnicę przedsiębiorcy. Udostępnianiu nie podlegają też projekty dokumentów zawierające dane dotyczące przebiegu, ustaleń i efektów kontroli oraz skargi i wnioski o przeprowadzenie kontroli kierowane do NIK³⁰.

Dostęp do akt kontroli jest realizacją konstytucyjnego prawa do informacji (art. 61 Konstytucji RP) znajdującego rozwinięcie w przepisach ustawy z 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej³¹. Jednakże brak ograniczeń w tym

zakresie spowodowałby znaczące utrudnienia w prowadzeniu kontroli³². Udostępnianie informacji znajdujących się w aktach kontroli musi się odbywać z zachowaniem tajemnic prawnie chronionych³³. Jedną z częściej spotykanych w takcie kontroli NIK i budzącą największe wątpliwości, w szczególności co do zakresu informacji nią objętych, jest tajemnica przedsiębiorcy (przedsiębiorstwa). Rozumie się przez nią nieujawnione do wiadomości publicznej informacje techniczne, technologiczne, organizacyjne lub inne informacje posiadające wartość gospodarczą, co do których przedsiębiorca podjął niezbędne działania w celu zachowania ich poufności³⁴. Wątpliwości może więc budzić domaganie się przez zainteresowanych od Najwyższej Izby Kontroli udostępnienia informacji publicznej dotyczącej m.in. umów wraz z aneksami znajdujących się w aktach kontroli. Istota sporu sprowadza się do zasadności odmowy udostępnienia żądanej informacji publicznej z uwagi na objęcie jej tajemnicą przedsiębiorcy w rozumieniu art. 5 ust. 1 i 2 ustawy o dostępie do informacji publicznej w zw. z art. 11 ust. 4 u.z.n.k., jak również tajemnicą kontrolerską, o której mowa w art. 73 ust. 1 ustawy o NIK.

³⁰ Stosownie do § 15 ust. 2 zarządzenia nr 58/2020 prezes NIK, w szczególnie uzasadnionych przypadkach, może udostępnić dane dotyczące przebiegu, ustaleń i efektów kontroli przed zakończeniem postępowania w sprawie zastrzeżeń lub projekty dokumentów zawierające dane dotyczące przebiegu, ustaleń i efektów kontroli oraz dane zawarte w aktach sprawy.

³¹ Dz.U. z 2020 r. poz. 2176.

³² Zob. uzasadnienie do projektu ustawy o zmianie ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli z 30.9.2008, druk sejmowy nr 1349 Sejmu VI kadencji, <<http://ww2.senat.pl/k7/dok/sejm/042/1349.pdf>>, dostęp 23.2.2021.

³³ Szerzej: E. Jarzęcka-Siwik: *Ochrona danych wynikająca...*, op.cit., s. 320; S. Dziwisz: *Prawnokarna ochrona prawa do informacji publicznej – prawa i obowiązki naczelnego organu kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2019, s. 38-50.

³⁴ Art. 11 ust. 2 ustawy z 16.4.1993 o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, Dz.U. z 2020 r. poz. 1913, dalej: u.z.n.k.

Przeciwnicy odmowy udostępnienia przez NIK żądanej informacji wskazują, że jeżeli stanowiłaby ona tajemnicę przedsiębiorstwa, to jednostka kontrolowana odmówiłaby udzielenia wyjaśnień na podstawie art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy o NIK. Wydaje się jednak, że takie stanowisko jest błędne. Wspomniana sytuacja może odnosić się do tych rodzajów tajemnic, do których dostęp dla NIK został wyłączony, a takiego przepisu w żadnej ustawie nie odnajdziemy. Oznacza to, że kontrolerzy NIK mają dostęp do informacji stanowiących tajemnicę przedsiębiorstwa, o ile są one niezbędne do realizacji celu kontroli³⁵. Istotne jest jednak ich prawidłowe zabezpieczenie przed dostępem nieuprawnionych podmiotów (np. w trybie dostępu do informacji publicznej). Dla obowiązku przestrzegania tajemnicy przedsiębiorstwa bez znaczenia pozostaje poinformowanie NIK przez kontrolowany podmiot o tajemnicy przedsiębiorstwa zawartej w przekazanych dokumentach. Nie ma przeciwwskazań, aby jednostka kontrolowana dopiero po zakończeniu kontroli wskazała, że w zgromadzonym materiale dowodowym znajdują się informacje stanowiące taką tajemnicę. Należy bowiem zaznaczyć, że zarówno ustawa o NIK, jak i ustawa o zwalczaniu nieuczciwej konkurencji, nie wprowadzają ograniczenia czasowego dla przedsiębiorcy do podjęcia działań służących ochronie tajemnicy przedsiębiorstwa.

Odmowa udostępnienia informacji publicznej przez NIK, z powołaniem się na tajemnicę przedsiębiorcy, wymaga odniesienia się do definicji legalnej tej tajemnicy i weryfikacji treści żądanej informacji, aby wykazać, że zaistniały wszystkie przesłanki, niezbędne do wydania takiej decyzji. Decyzja prezesa NIK o odmowie udostępnienia informacji publicznej nie może opierać się wyłącznie na stwierdzeniu, że kierownik kontrolowanej jednostki poinformował Izbę o objęciu tajemnicą przedsiębiorstwa informacji żądanych we wniosku o udostępnienie. Orzecznictwo i doktryna stoi na stanowisku, że gospodarujący informacją, przyjmujący zastrzeżenia przedsiębiorcy, powinien dokonać oceny zasadności wyłączenia jawności żądanej informacji. Na przedsiębiorcy ciąży z kolei obowiązek wykazania, że zastrzeżone przez niego informacje są tego rodzaju, że wpisują się w definicję tajemnicy przedsiębiorstwa³⁶. Tajemnica przedsiębiorcy, jak każda tajemnica ustawowo chroniona, ma bowiem charakter obiektywny. Nie można jej istnienia subiektywizować jedynie na podstawie oświadczenia osób reprezentujących przedsiębiorcę. Warto przypomnieć, że zgodnie ze stanowiskiem prezentowanym w judykaturze Naczelnego Sądu Administracyjnego, przepisy określające tryb dostępu do informacji powinny być interpretowane w taki sposób, aby gwarantować obywatelom, innym

³⁵ Szerzej: E. Jarzęcka-Siwik, A. Serlikowska: *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2019, s. 12.

³⁶ Por. wyrok WSA w Warszawie z 7.6.2013, sygn. akt II SA/Wa 343/13 publ. <<https://cbois.nsa.gov.pl>>.

osobom i jednostkom szerokie uprawnienia, a wszelkie wyjątki winny być rozumiane wąsko³⁷.

W związku z powyższym w decyzji prezesa NIK dotyczącej odmowy udostępnienia informacji należy wyjaśnić dlaczego określonym informacjom nadano walor tajemnicy przedsiębiorcy, a zasada ochrony tajemnicy jest tak istotna dla danej jednostki, że usprawiedliwia odstępnie od zasady transparentności działań podmiotów

wykonujących zadania publiczne z wykorzystaniem środków publicznych.

dr MICHAŁ JĘDRZEJCZYK
radca prezesa NIK,
p.o. dyrektor Departamentu Porządku
i Bezpieczeństwa Wewnętrznego NIK,
dr STANISŁAW DZIWIŚ
radca prezesa NIK

³⁷ Por. wyrok NSA z 21.7.2011, I OSK 678/11, publ. <<https://cbois.nsa.gov.pl>>.

Słowa kluczowe: tajemnica kontrolerska, informacja publiczna, tajemnica przedsiębiorstwa, zakres przedmiotowy i podmiotowy tajemnicy kontrolerskiej

Bibliografia:

1. B. Dunaj (red.): *Domowy popularny słownik języka polskiego*, Warszawa 2003.
2. S. Dziwiś: *Prawnokarna ochrona prawa do informacji publicznej – prawa i obowiązki naczelnego organu kontroli*, „Kontrola Państwowa” nr 4/2019.
3. W. Grzeszczyk: *Szczególny tryb uchylania tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym*, „Prokuratura i Prawo” nr 6/2002.
4. E. Jarzęcka-Siwik, M. Berek, B. Skwarka, Z. Wrona: *Najwyższa Izba Kontroli i prawne aspekty funkcjonowania kontroli państwowej*, Warszawa 2018.
5. E. Jarzęcka-Siwik, B. Skwarka: *Najwyższa Izba Kontroli. Komentarz do ustawy o Najwyższej Izbie Kontroli*, Warszawa 2017.
6. E. Jarzęcka-Siwik, A. Serlikowska: *Ochrona tajemnicy przedsiębiorstwa*, „Kontrola Państwowa” nr 5/2019.
7. M. Jaśkowska: *Jawność i jej ograniczenia, t. IV Znaczenie orzecznictwa*, Warszawa 2014.
8. B. Kunicka-Michalska: *Ochrona tajemnicy zawodowej w polskim prawie karnym*, Warszawa 1972, s. 7.
9. W. Lasek: *Tajemnica kontrolerska uregulowana w art. 61z ustawy z dnia 27 sierpnia 2004 r. o świadczeniach opieki zdrowotnej finansowanych ze środków publicznych jako przykład nowej tajemnicy zawodowej w postępowaniu karnym oraz obowiązek denuncjacji*, „Zeszyty Naukowe Uniwersytetu Rzeszowskiego Seria Prawnicza” nr 29/ 2020.

10. R. Padrak: *Postępowanie kontrolne. Komentarz*, Wrocław 2012, s. 114.
11. M. Rusinek: *Tajemnica zawodowa i jej ochrona w polskim procesie karnym*, Warszawa 2007.
12. R. A. Stefański, S. Zabłocki: *Kodeks postępowania karnego. Tom II. Komentarz do art. 167-296*, Warszawa 2019.
13. K. Światała: *Katalog tajemnic związanych z wykonywaniem zawodów medycznych*, „Monitor Prawniczy” nr 13/2014.

ABSTRACT

Nature of Audit Confidentiality – Procedures of the Supreme Audit Office

The article contains an analysis of the scope of audit confidentiality and the rules for enclosing information that it protects. The authors focus only on audit confidentiality, which is not equal to other legally protected classified information. Its scope is very broad since it comprises all the information gathered during performance of official duties. However, it needs to be emphasised that access to documents covered with audit confidentiality is not identical to the right to access confidential information, which is exclusively the right of a person guaranteeing to maintain secrecy. Providing access to documents that are protected with audit confidentiality is then possible only if the regulations on the protection of confidential information are duly considered, and so are the other relevant regulations on legally protected secrecy.

Michał Jędrzejczyk, Advisor to the President of NIK, Acting Director of Department of Public Order and Internal Security

Stanisław Dziwisz, Advisor to the President of NIK

Key words: audit confidentiality, public information, business secret, objective and subjective scope of audit confidentiality