



Okręgowa
Izba
Radców
Prawnych
w Warszawie

Broszura informacyjna OIRP w Warszawie

Radca prawny w administracji

Jakich zasad powinien przestrzegać radca
prawny podczas kontroli zewnętrznych
organów w jednostce, w której jest
zatrudniony?



Zasada przewidziana w art. 3 ust. 3 ustawy z dnia 6 lipca 1982 r. o radcach prawnych w tej ustawie („ustawa o radcach prawnych”) oraz Kodeksie Etyki Radcy Prawnego („KERP”) statuuje obowiązek zachowania w tajemnicy wszystkiego, o czym radca prawny dowiedział się w związku z udzielaniem pomocy prawnej. Wskazany obowiązek dotyczy wszystkich informacji odnoszących się do podmiotu, na rzecz którego radca prawny świadczył pomoc prawną, jego spraw, a także dokumentów wytworzonych przez radcę prawnego w toku świadczenia pomocy prawnej.

Zachowanie ww. zasady jest aktualne także w sytuacji gdy pracownicy organu kontrolującego jednostkę, w której zatrudniony jest radca prawny, wzywają go do udostępnienia dokumentacji związanej z jego czynnościami lub wzywają go do złożenia wyjaśnień.

Podmiotem, do którego wysuwane jest żądanie udostępnienia dokumentów, powinien być kierownik podmiotu lub jednostki organizacyjnej, bądź też organ reprezentujący osobę prawną, a nie radca prawny.

W przypadku skierowania do radcy prawnego żądania wydania dokumentów i korespondencji objętej tajemnicą zawodową powinien on odmówić ich wydania z powołaniem się na art. 3 ustawy o radcach prawnych i zasady etyki zawodowej (art. 9 KERP).

W kwestii wezwania do udzielenia wyjaśnień do radcy prawnego należy ocena, czy zakres wyjaśnień, do których udzielenia jest wezwany, narusza obowiązek zachowania tajemnicy radcy prawnego. W razie stwierdzenia, że wskazana okoliczność ma miejsce, radca prawny powinien odmówić udzielenia wyjaśnień, powołując się, np. w przypadku kontroli przeprowadzanej przez Najwyższą Izbę Kontroli, na art. 40 ust. 2 pkt 1 ustawy z dnia 23 grudnia 1994 r. o Najwyższej izbie Kontroli, dotyczący tajemnicy ustawowo chronionej.

W praktyce wykonywania zawodu radcy prawnego zatrudnionego w ramach stosunku pracy może się zdarzyć sytuacja, kiedy przeszukanie pomieszczeń pracodawcy jest wykonywane przez służby posiadające kompetencje nie tylko kontrolne, ale także uprawnienia śledcze. W razie zaistnienia takich okoliczności oraz w razie objęcia czynnościami dokumentacji objętej tajemnicą radcy prawnego zalecane jest, aby przy tych czynnościach obecny był członek samorządu radców prawnych, analogicznie jak ma to miejsce przy przeszukaniu kancelarii radcy prawnego. Członek samorządu zawodowego może bowiem w takiej sytuacji stać na straży przestrzegania przepisów Kodeksu postępowania karnego dotyczących tajemnicy zawodowej radcy prawnego. Dokumenty objęte tajemnicą powinny być przekazane w opieczętowanym opakowaniu prokuratorowi lub sądowi, który powinien dokonać oceny przesłanek wynikających z art. 180 § 2 Kodeksu postępowania karnego.

Czy radca prawny jest „inną osobą wykonującą czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego” w rozumieniu ustawy – Prawo zamówień publicznych, a co za tym idzie czy ma obowiązek złożenia oświadczeń dotyczących spełnienia wymogów wynikających z tych przepisów?



Zgodnie z art. 56 ust. 1 ustawy z dnia 11 września 2019 r. – Prawo zamówień publicznych („PZP”) kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli po ich stronie występuje konflikt interesów.

Ponadto zgodnie z ust. 3 tego przepisu kierownik zamawiającego, członek komisji przetargowej oraz inne osoby wykonujące czynności związane z przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego lub osoby mogące wpłynąć na wynik tego postępowania lub osoby udzielające zamówienia podlegają wyłączeniu z dokonywania tych czynności, jeżeli zostały prawomocnie skazane za przestępstwo popełnione w związku z postępowaniem o udzielenie zamówienia, o którym mowa w art. 228–230a, art. 270, art. 276, art. 286, art. 287, art. 296, art. 296a, art. 297, art. 303 lub art. 305 Kodeksu karnego, o ile nie nastąpiło zatarcie skazania.

Osoby, o których mowa powyżej, składają, pod rygorem odpowiedzialności karnej, oświadczenie w formie pisemnej o istnieniu albo braku istnienia okoliczności wskazujących na brak bezstronności.

W toku czynności związanych z przygotowaniem postępowania o udzielenie zamówienia publicznego radca prawny zatrudniony w jednostce udzielającej zamówienia publicznego ocenia (opiniuje) pod względem formalno-prawnym w zakresie zgodności z przepisami prawa przed wszczęciem tego postępowania przygotowany projekt (wzór) umowy.

Należy jednak zwrócić uwagę, że radca prawny nie jest uczestnikiem projektowania treści umowy i nie decyduje o jej ostatecznym kształcie. Ocena formalno-prawna nie ma charakteru wiążącego dla adresata z uwagi na fakt, że może on nie uwzględnić zgłoszonych zastrzeżeń.

Zgodnie ze stanowiskiem Urzędu Zamówień Publicznych „[o]soby przygotowujące postępowanie niemające jednocześnie wpływu na jego wynik i niewykonujące czynności związanych z przeprowadzeniem postępowania nie są zobowiązane do złożenia oświadczeń, o których mowa art. 56 ust. 4 PZP. Przykładowo można wskazać, że nie będą zobowiązane do składania takich oświadczeń osoby wykonujące czynności związane z przygotowaniem postępowania o charakterze pomocniczym lub techniczno-organizacyjnym (...) Analogicznie nie będzie zobowiązany do złożenia oświadczeń, o których mowa w art. 56 ust. 4 PZP, pracownik zamawiającego przygotowujący opis przedmiotu zamówienia na dostawy, usługi lub roboty budowlane lub np. autor dokumentacji projektowej, czy też broker ubezpieczeniowy doradzający zamawiającemu na etapie przygotowywania dokumentów zamówienia.” (<https://www.uzp.gov.pl/aktualnosci/katalog-osob-zobowiazanych-do-zlozenia-oswiadczen,-o-ktorych-mowa-w-art.-56-ust.-4-ustawy-prawo-zamowien-publicznych>). W myśl art. 7 pkt 18 PZP zawarcie umowy nie stanowi czynności w sprawie zamówienia, zaś opiniowanie umowy stanowi jedynie element zawierania umowy.

Dodatkowo wskazać należy, iż przepisy KERP zawierają wskazanie okoliczności, w których zachodzi konflikt interesów. Wynika z nich, że radca prawny w takich sytuacjach powinien odmówić świadczenia pomocy prawnej, co stanowi dodatkową gwarancję „wyłączenia się radcy prawnego” od opiniowania projektu umowy o zamówienie publiczne, jeżeli taki konflikt zachodzi.

W zakresie oświadczeń dotyczących skazania prawomocnym wyrokiem za przestępstwa wskazane w ww. przepisach Kodeksu karnego, należy zauważyć, że radcowie prawni podlegają odpowiedzialności dyscyplinarnej za czyny sprzeczne ze ślubowaniem radcowskim lub zasadami etyki radcy prawnego.

Przedstawione powyżej zasady wynikające z ustawy o radcach prawnych oraz Kodeksu Etyki Radcy Prawnego w mojej ocenie stanowią wystarczająco



jące zabezpieczenie przed wystąpieniem sytuacji, o których mowa w art. 56 ustawy PZP.

W konsekwencji powyższego można uznać, że radcy prawnego opiniującego projekt (wzór) umowy

o zamówienie publiczne nie powinno traktować się jako osoby wykonującej czynności związane z przygotowaniem lub przeprowadzeniem postępowania o udzielenie zamówienia po stronie zamawiającego.

Jaka jest rola radcy prawnego w mediacji prowadzonej w ramach postępowania administracyjnego?



Zgodnie z art. 96a § 1 Kodeksu postępowania administracyjnego („KPA”), w toku postępowania administracyjnego może być przeprowadzona mediacja, jeżeli pozwala na to charakter sprawy.

Celem mediacji jest wyjaśnienie i rozważenie okoliczności faktycznych i prawnych sprawy oraz dokonanie ustaleń dotyczących jej załatwienia w granicach obowiązującego prawa, w tym przez wydanie decyzji lub zawarcie ugody. Uczestnikami mediacji mogą być: 1) organ prowadzący postępowanie oraz strona lub strony tego postępowania (mediacja wertykalna) albo 2) strony postępowania (mediacja horyzontalna).

W przypadku tzw. mediacji wertykalnej, czyli prowadzonej z udziałem organu administracji publicznej jako uczestnika mediacji, organ ten pełni także dodatkowo rolę gospodarza mediacji.

Podobnie jak ma to miejsce w przypadku mediacji prowadzonej w postępowaniu cywilnym, mediujące strony postępowania administracyjnego mogą być reprezentowane przez profesjonalnych pełnomocników. Także organ administracji publicznej uczestniczący w mediacji może, a wręcz powinien, korzystać ze wsparcia obsługującego ten organ radcy prawnego bądź adwokata.

Na organie administracji publicznej – z urzędu lub na wniosek złożony przez stronę – ciąży ocena, czy zawisła sprawa administracyjna kwalifikuje się do mediacji. Przesłanka dopuszczalności mediacji, czyli charakter sprawy, który pozwala skierować taką sprawę do postępowania mediacyjnego, wymaga wnikliwej oceny prawnej. Przepisy KPA nie zawierają wytycznych dotyczących tej materii, która powinna być oceniona na podstawie wypowiedzi doktryny prawa i niewielkiego na razie, z uwagi na niedługi czas obowiązywania przepisów, dorobku orzecznictwa sądowego. Zatem niewątpliwie w razie powstania wątpliwości co do oceny ww. przesłanki, pracownik prowadzący postępowanie administracyjne powinien zasięgnąć opinii radcy prawnego. Ponadto w toku postępowania mediacyjnego mogą pojawić się inne kwestie prawne wymagające wiedzy eksperckiej.

Jednakże należy odróżnić rolę radcy prawnego reprezentującego strony lub organ administracji publicznej od roli mediatora.

Mediatorem może być osoba fizyczna, która posiada pełną zdolność do czynności prawnych i korzysta z pełni praw publicznych, w szczególności mediator wpisany na listę stałych mediatorów lub do wykazu instytucji i osób uprawnionych do prowadzenia postępowania mediacyjnego, prowadzonych przez prezesa sądu okręgowego, lub na listę prowadzoną przez organizację pozarządową lub uczelnię, o której informację przekazano prezesowi sądu okręgowego. W przypadku gdy organ prowadzący postępowanie jest uczestnikiem mediacji, mediatorem może być wyłącznie osoba wpisana na listę stałych mediatorów lub do wykazu instytucji i osób uprawnionych do prowadzenia postępowania mediacyjnego, prowadzonych przez prezesa sądu okręgowego, lub mediator wpisany na listę prowadzoną przez organizację pozarządową lub uczelnię, o której informację przekazano prezesowi sądu okręgowego. Mediatorem nie może być pracownik organu administracji publicznej, przed którym toczy się postępowanie w sprawie. Rolą mediatora jest prowadzenie mediacji, poprzez dążenie do polubownego rozwiązania sporu, w tym przez wspieranie uczestników mediacji w formułowaniu przez nich propozycji ugodowych.

Zatem rola radcy prawnego w postępowaniu mediacyjnym prowadzonym w trybie przepisów o mediacji administracyjnej powinna koncentrować się wokół wspierania stron bądź organu w rozstrzygnięciu kwestii prawnych pojawiających się w toku postępowania mediacyjnego. Dotyczy to także przedstawiania opinii w zakresie propozycji ugodowych wypracowanych przez uczestników mediacji z pomocą mediatora, z uwagi na fakt, że warunkiem pomyślnego zakończenia mediacji w postępowaniu administracyjnym jest dokonanie ustaleń dotyczących załatwienia sprawy w granicach obowiązującego prawa. W takiej bowiem sytuacji, w myśl art. 96n § 1 KPA, organ administracji publicznej załatwia sprawę zgodnie z tymi ustaleniami zawartymi w protokole z przebiegu mediacji.

Czy opinia radcy prawnego stanowi informację publiczną, czy jest objęta tajemnicą zawodową? Kto może ujawnić taką opinię?



Zgodnie z art. 1 ust. 1 ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej („u.d.i.p.”) każda informacja o sprawach publicznych stanowi informację publiczną w rozumieniu ustawy i podlega udostępnieniu na zasadach i w trybie określonych w tej ustawie. Katalog informacji podlegających udostępnieniu w trybie u.d.i.p jest zawarty w art. 6. Należy zwrócić uwagę na fakt, iż ma on charakter katalogu otwartego, na co wskazuje zwrot „w szczególności”.

W zakresie udostępnienia opinii prawnych sporządzanych przez radców prawnych na rzecz podmiotów sektora publicznego w trybie u.d.i.p istnieje wiele orzeczeń sądów administracyjnych, które prezentują w tej kwestii niejednolite poglądy. Część orzeczeń zawiera stanowisko, iż co do zasady wszystkie opinie prawne sporządzone na zlecenie organów administracji publicznej stanowią informację publiczną i podlegają udostępnieniu w trybie u.d.i.p, skoro dotyczą spraw publicznych bądź służą załatwieniu tych spraw. Według innych orzeczeń sądowych opinie prawne nie stanowią informacji publicznej, jeśli odnoszą się do sfery zamierzeń, a nie faktów, zatem stanowią tzw. „dokumenty wewnętrzne” służące wprowadzeniu realizacji jakiegoś zadania publicznego, ale nieprzesądzające o kierunkach działania organu, a co za tym idzie nie podlegają udostępnieniu w trybie u.d.i.p. W myśl zapadłych na gruncie ustawy rozstrzygnięć sądowych nie podlegają udostępnieniu w tym trybie także opinie prawne opracowane na potrzeby przyszłego postępowania sądowego, czy też zawierające argumenty uzasadniające stanowisko przeciwnika procesowego.

W świetle powyższego należy zwrócić uwagę na treść art. 5 u.d.i.p., zgodnie z którym prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych oraz o ochronie innych tajemnic ustawowo chronionych.

W myśl art. 3 ust. 3 ustawy radca prawny radca prawny jest obowiązany zachować w tajemnicy wszystko, o czym dowiedział się w związku z udzieleniem pomocy prawnej. Obowiązek zachowania tajemnicy spoczywa na radcy prawnym wykonującym zawód. Zatem obowiązek udostępnienia opinii prawnej w trybie u.d.i.p. nie powinien być nakładany na radcę prawnego, który jest autorem opinii prawnej, ponieważ dochodzi w tej sytuacji do kolizji norm prawnych nakazujących udostępnienie informacji publicznej oraz norm prawnych związanych z obowiązkiem zachowania tajemnicy ustawowo chronionej.

Z uwagi na niejednolite orzecznictwo sądów administracyjnych, przed podjęciem decyzji o udostępnieniu opinii prawnej, którą powinien podjąć kierownik jednostki administracji publicznej, powinna być dokonana szczegółowa analiza charakteru opinii prawnej w oparciu o dostępne orzecznictwo sądowe.

Z uwagi na kwestie związane z potrzebą zachowania tajemnicy zawodowej i ochrony interesów prawnych jednostek administracji publicznej oraz niejednolite orzecznictwo sądów administracyjnych w przedmiotowej materii *de lege ferenda* postulowane byłoby wyrażne wyłączenie opinii prawnych z katalogu dokumentów, które podlegają udostępnieniu w trybie u.d.i.p.

**Okręgowa
Izba
Radców
Prawnych**

w Warszawie

ul. Żytnia 15 lok. 16
01-014 Warszawa
NIP 526 025 09 43

tel. 22 403 33 44
oirp@oirpwarszawa.pl

www.oirpwarszawa.pl

Autor r.pr. Maria Młotkowska