

RECENZJA

rozprawy doktorskiej mgr Anny Popowicz-Pazdej, *Zasady jawności i ochrony prywatności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rozważania na tle prawa unijnego, polskiego i niemieckiego*, Wrocław 2023, ss. 731.

I.

Recenzja została sporządzona na wniosek Rady Dyscyplin Naukowych Nauki Prawne oraz Ekonomia i Finanse Uniwersytetu Wrocławskiego – przekazany przez Przewodniczącego Rady prof. Jacka Przygodzkiego.

II.

Ocenę rozprawy doktorskiej przeprowadzam stosowanie do art. 13 ustawy z dnia 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1789 ze zm.).

Zgodnie z utrwaloną wykładnią tego przepisu, ocena rozprawy doktorskiej obejmuje pięć elementów: a) temat pracy; b) zastosowana metoda badawcza; c) kompozycja (budowa) rozprawy; d) jej strona warsztatowa oraz e) treść merytoryczna.

III.

Temat i zakres rozprawy doktorskiej. Praca doktorska mgr Anny Popowicz-Pazdej, *Zasady jawności i ochrony prywatności w postępowaniu o udzielenie*

zamówienia publicznego. Rozważania na tle prawa unijnego, polskiego i niemieckiego, Wrocław 2023, ss. 731, jest obszernym i pogłębionym studium.

Doktorantka wybrała temat niewątpliwie ważny społecznie i niezmiennie aktualny. Jawność (przejrzystość, transparentność) życia publicznego jest fundamentalną składową demokracji. Stopień realizacji zasady jawności ma wpływ na jakość demokracji, jest też warunkiem zaufania obywateli do państwa. Jawność w państwie demokratycznym nie może być zawężana do wybranych aspektów życia publicznego, ponieważ przepisy konstytucyjne wprost odnoszące się do jawności jedynie egzemplifikują bezwzględne wymogi zachowania jawności w określonych typach stosunków prawnych (zob. np. art. 13 w zw. z art. 11 Konstytucji RP). Demokratyczne państwo jest konstytucyjnie zobowiązane do wszechstronnego i skutecznego gwarantowania transparentności we wszystkich co do zasady wymiarach życia publicznego. Z oczywistych względów chodzi także o wymiar gospodarczy, a więc i gospodarowanie w trybie przetargowym środkami publicznymi. Zbadanie zatem jak zasada jawności jest realizowana w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego, jaki jest zakres dopuszczalnych od niej wyjątków, jest w pełni uzasadnione.

Autorka nie ograniczyła pola badawczego do zasady jawności, lecz poszerzyła je o zasadę prywatności. Konstytucja RP ujmuje prywatność przede wszystkim jako wartość leżącą u podstaw konstytucyjnego prawa osobistego (art. 47), ale przyjęte przez Doktorantkę podejście jest – jak się wydaje – związane z uznaną w teorii prawa i stosowaną w praktyce prawa konstytucyjnego teorią zasad prawa Roberta Alexy'ego. Autorka uznała ją za szczególnie przydatną, bo opartą na systemie konstytucyjnym państwa niemieckiego poddanego ocenie w ramach niniejszej pracy (s. 27).

Do wskazanych w tytule zasad Autorka dodała także obszerne rozważania na temat ochrony danych osobowych oraz tajemnicy przedsiębiorstwa dostrzegając, że zagadnienia te są raczej odrębnie od „zasady prywatności” regulowane i identyfikowane w orzecznictwie (art. 51 i 20-22 Konstytucji RP).

Na obronę przyjętego przez Doktorantkę ujęcia tematu można byłoby podać, że w orzecznictwie Sądu Najwyższego ugruntowany jest pogląd, że nieprawidłowe przetwarzanie danych osobowych może naruszać dobra osobiste człowieka, a niekiedy – ale nie wyłącznie – również prawo do prywatności (zob. wyroki SN z: 15

lutego 2008 r., I CSK 358/07; 11 lutego 2015 r., I CSK 868/14; 1 czerwca 2017 r., I CSK 597/16; 13 grudnia 2018 r., I CSK 690/17; 16 września 2022 r., II CSKP 355/22; 30 maja 2023 r., II CSKP 1251/22).

Problematyka zasad w prawie zamówień publicznych była już przedmiotem analiz w polskiej literaturze prawniczej. W szczególności odnotować trzeba opracowanie P. Szustakiewicza, *Zasady prawa zamówień publicznych*, Wydawnictwo Publicus 2007. Nie można jednak uznać, że dotychczasowe opracowania wyczerpują temat i komparatystyczna monografia nie może już nic nowego wnieść do dyskursu prawnego.

Tytuł rozprawy powinien jednoznacznie wskazywać na podjęte w rozprawie doktorskiej zagadnienie badawcze – tezę rozprawy.

Bliższa analiza tytułu oraz wprowadzenia do pracy nie wyjaśnia dostatecznie jasno jakie zadanie badawcze Doktorantka sobie stawia.

Doktorantka wskazuje, że „podstawowym problemem badawczym w niniejszej pracy są wieloaspektowe relacje pomiędzy zasadą jawności oraz zasadą ochrony prywatności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, z uwzględnieniem elementów efektywności ochrony analizowanych zasad. W tym aspekcie niniejsza rozprawa ma przyczynić się do pogłębionych refleksji odnośnie obowiązku i perspektyw przestrzegania obu analizowanych zasad, a w szczególności zasady ochrony prywatności, albowiem w tym zakresie istnieje znacznie mniej efektywna ochrona w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego.” (s. 18 i 26).

W dalszej części wprowadzenia Doktorantka pisze, że „Cała praca jest ukształtowana na kanwie rozważań o charakterze teoretyczno-praktycznym, skupionym na relacjach (w tym kolizjach) analizowanych zasad jawności oraz ochrony prywatności w ramach postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. W rozprawie zostały także zaprezentowane pewne koncepcje czy też modele badawcze opierające się na wzorach matematycznych, służących do rozwiązywania wybranych problemów prawnych, w tym w odniesieniu do zasady proporcjonalności czy też wyliczeniu wysokości kar na podstawie RODO. Założeniem prezentacji tego tytułu rozwiązań nie jest kateryczne przesądzenie ich użyteczności czy też poprawności,

a wskazanie na możliwości uregulowania rozwiązań pewnych problemów prawnych w sposób bardziej przewidywalny (s. 22).

Tezą rozprawy doktorskiej nie może być samo „analizowanie relacji”. Nie może być nią również „przyczynienie się do pogłębionych refleksji odnośnie obowiązku i perspektyw”. Tezą rozprawy nie może być wreszcie samo omówienie przepisu czy instytucji prawnej.

Bliższa analiza treści pracy pozwala oczywiście na wskazanie wielu różnych szczegółowych i generalnych ustaleń i wniosków. W zakończeniu Doktorantka stwierdza choćby, że „Zasady prawa zamówień publicznych, jako zasady prawa, odgrywają niebagatelną rolę w procesie tworzenia i wykładni prawa.” (s. 648). Nie jest jednak rolą recenzenta zastępowanie Doktorantki i poszukiwanie tezy pracy. Zadać więc trzeba samej Doktorantce pytanie jaka jest teza rozprawy?

IV.

Metoda. Ze wstępu pracy, a nawet jej tytułu wynika, że Doktorantka wykorzystwała metodę prawno-porównawczą oraz formalno-dogmatyczną (s. 23-25), a z analizy treści pracy dodatkowo, że w ograniczonym zakresie także metodę historyczną. Autorka twierdzi dodatkowo, że w ramach wykładni prawno-porównawczej posłużyła się metodą funkcjonalną i krytyczną (s. 24).

Dokonany wybór metod można ocenić w zasadzie pozytywnie. Po pierwsze dlatego, że wybrane metody należą do uznanych metod stosowanych w naukach prawnych. Po drugie, są odpowiednie do analizy zasad prawnych.

Pewne wątpliwości budzi jedynie wyróżnienie tzw. metody funkcjonalnej i krytycznej jakoby związanej wyłącznie z wykładnią prawno-porównawczą. Wykładnia funkcjonalna nie stoi przecież w opozycji do wykładni formalno-dogmatycznej. Podobnie tzw. metoda krytyczna – można uznać, że leży ona u podstaw całej europejskiej filozofii i metodologii nauk.

Analiza treści pracy przekonuje, że metody te rzeczywiście zostały zastosowane. Doktorantka dokonuje niejednokrotnie pogłębionej logiczno-językowej

wykładni przepisów prawa, odnotowuje poglądy przeciwne i uczciwie się do nich odnosi. Analizy formalno-dogmatyczne objęły argumentację systemową.

Nie mam uwag do analizy prawa niemieckiego. Doktorantka wykazuje dobrą znajomość prawa niemieckiego, analizuje funkcje i systemowe powiązania uregulowań niemieckich, korzysta z literatury niemieckiej. Wybór prawa niemieckiego został uzasadniony.

Analiza prawa Unii również została uzasadniona – jest zresztą oczywiste, że wybranego tematu nie można analizować de lege lata w oderwaniu od prawa Unii.

Podsumowując, wybór i sposób zastosowania metod badawczych trzeba zaakceptować.

V.

Kompozycja rozprawy. Praca została podzielona na osiem merytorycznych rozdziałów, wprowadzenie i zakończenie. Wyodrębniono także spis treści, wykaz literatury, wykaz skrótów, wykaz orzecznictwa i wykaz aktów prawnych, a nawet wykaz schematów (s. 731).

W rozdziale I (s. 34-104) omówiono konstrukcję prawną postępowania o udzielenie zamówienia publicznego, pojęcia i funkcje, kontekst zasady jawności oraz relacje z interesem publicznym. Rozdział prezentuje także etapy postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Jak wskazuje Doktorantka taki zabieg ma posłużyć umiejscowieniu przede wszystkim zasady jawności oraz wykazania wyraźnego usankcjonowania jej obowiązywania w poszczególnych etapach i czynnościach podejmowanych w trakcie postępowania o udzielenie zamówienia publicznego (s. 22).

W rozdziale II (s. 105-152) przedstawiono teorię zasad prawa Roberta Alexy'ego. Omówiono cechy, cele i funkcje zasad prawa, miejsce w strukturze systemu prawa oraz treść, problem kolizji i metody rozwiązywania kolizji.

W rozdziale III (s. 153-236) omówiono zasady prawa zamówień publicznych, funkcje i cele prawa zamówień.

Rozdział IV poświęcony został źródłom zasady jawności i ochrony prywatności (s. 237-350). Jak ujmuje to Doktorantka, chodziło o przedstawienie zasady jawności oraz ochrony prywatności od strony normatywnej (s. 23).

Rozdział V omawia podmioty zasad jawności i ochrony prywatności – podmioty czynne i bierne (s. 351-406).

Rozdział VI opisuje kolizję zasad jawności i ochrony prywatności, w tym kolizję jawności i tajemnicy przedsiębiorstwa (s. 407-478).

Rozdział VII omawia środki prawne gwarantujące realizację zasad jawności i ochrony prywatności (s. 479-557). W rozdziale tym skoncentrowano się na środkach administracyjno-prawnych, z podziałem na środki ochrony instytucjonalnej oraz proceduralnej.

Rozdział VIII omawia zasady odpowiedzialności cywilnoprawnej i quasi-karnej oraz karnej, a dodatkowo także odpowiedzialność administracyjnoprawną za naruszenia zasady ochrony prywatności poza systemem zamówień publicznych (s. 558-647). W tym rozdziale ujęto „tematykę odpowiedzialności uczestników postępowania o udzielenie zamówienia publicznego za naruszania analizowanych zasad”, „stanowi zatem podsumowanie kwestii ostatecznych sankcji, wpływających na analizę skuteczności oraz efektywności analizowanych zasad.” (s. 23).

Tak określona struktura pracy budzi pewne wątpliwości.

Po pierwsze, bliższa analiza wskazuje na wielokrotne powtórzenia treści, niekiedy nawet *in extenso* (por. choćby s. 326-328, powtarza treść ze strony 266 i n.). Powtórzenia i brak umiejętności syntetyzowania materiału są oczywiście tylko usterkami warsztatowymi, ale mogą być również oznaką nieopanowania pola badawczego oraz znamionować wadliwą strukturę pracy. Jakkolwiek więc praca komparatystyczna nie musi co do zasady zawierać wyodrębnionej części ani nawet rozdziału prawnoporównawczego, to taki zabieg formalny jest powszechnie stosowany zwłaszcza na poziomie prac doktorskich i mógłby okazać się uzasadniony także w niniejszym przypadku. Syntetyczna analiza problemowa jest bardzo dużym wyzwaniem dla doktorantów.

Po drugie, brak wyodrębnienia części dotyczącej prawa konstytucyjnego doprowadził do sytuacji, w której niektóre kwestie zostały pominięte – jak choćby analizy tytułowych zasad na tle normatywnych zasad określonych w preambule Konstytucji RP, czy marginalne uwagi na temat ich związku z dobrem źródłowym (art.

30 Konstytucji RP). Taki układ pracy mógłby pomóc w uporządkowaniu rozważań i zwiększeniu ich syntetyczności, ale również w dokładniejszym omówieniu stosunku prawa Unii do prawa krajowego, skoro uregulowania preambuły Konstytucji RP są wyznacznikiem tożsamości konstytucyjnej państwa (por. wyroki pełnego składu TK z: 11 maja 2005 r., K 18/04 oraz 24 listopada 2010 r., K 32/09, a także L. Garlicki, Normy konstytucyjne relatywnie niezmiennialne (w:) J. Trzeciński (red.), Charakter i struktura norm Konstytucji, Warszawa 1997, s. 148), stanowią funkcjonalny równoważnik niemieckiego art. 79 Ustawy Zasadniczej.

Po trzecie, przejrzystość i syntetyczność prowadzonych rozważań mogłaby być większa, gdyby wyodrębniono i wyeksponowano w jednym z pierwszych rozdziałów pracy rozważania dotyczące prawa Unii.

Po czwarte, nie jest udany zabieg podziału materii pomiędzy rozdziałem ostatnim i przedostatnim. Oba te rozdziały dotyczą nie tyle samych tytułowych zasad, co skutków naruszeń i problemów odpowiedzialności. Oczywiście przez pryzmat tych problemów można analizować również tytułowe zasady, ale nadmierne rozbudowanie zagadnień peryferyjnych czy zwłaszcza powierzchowne ich relacjonowanie (jak choćby w przypadku problemów odpowiedzialności cywilnej), nie zwiększa wartości dodanej pracy.

Mając natomiast na względzie objętość rozdziałów, która jest zrównoważona, można konstrukcję pracy zaakceptować.

VI.

Strona warsztatowa pracy. Praca została oparta na obszernym i dość dobrze wyeksponowanym w przypisach i bibliografii materialnym źródłowym. Silną stroną pracy jest uwzględnienie źródeł w języku angielskim oraz niemieckim. Zgromadzenie i wykorzystanie w pracy tych źródeł dowodzi nie tylko pracowitości Autorki, ukazuje jej erudycję, ale potwierdza też dużą społeczną doniosłość tematu i jego ponadnarodowy charakter.

Pewnym uchybieniem warsztatowym jest natomiast niejednorodny oraz nietypowy sposób cytowania podstawowych źródeł w przypisach i bibliografii (np. s. 324 przyp.

1148 – cytowanie orzeczenia SN), czy „BVerGe” (wielokrotnie, np. s. 709-710), zamiast „BVerfGE”.

Na pochwałę zasługuje język pracy. Doktorantka nie ustrzegła się wprawdzie niezręczności i niedokładności językowych, ale są one na tyle nieliczne, że w żadnym stopniu nie mogą wpłynąć na ogólnie pozytywną ocenę strony warsztatowej rozprawy.

VII.

Treść rozprawy. Punktem wyjścia musi być stwierdzenie, że praca nie ujawnia błędów merytorycznych, a wiele szczegółowych wniosków i spostrzeżeń jest trafnych. Istotną wartość mają zwłaszcza opisy prawa niemieckiego.

W tej sytuacji wolno recenzentowi ograniczyć się jedynie do zgłoszenia uwag polemicznych i krytycznych, które nie wpływają jednak na ogólną ocenę pracy.

Trudno się zgodzić z myślą wielokrotnie eksponowaną w pracy, że jawność może wpływać negatywnie na gospodarkę, ułatwiając korupcjogenne zachowania. Z doświadczenia życiowego wynika wniosek przeciwny – zachowaniom korupcyjnym i niegospodarności sprzyja z zasady brak jawności i transparentności procedur, niejednoznaczność kryteriów, niejednolite ich stosowanie przez podmioty zobowiązane do gospodarowania środkami publicznymi. Nie podzielam poglądu, że w przypadku ubiegania się jednostki o zamówienia publiczne, jej prywatność, ochrona danych osobowych czy nawet tajemnica przedsiębiorstwa, mogą czy powinny w szerszym zakresie uzasadniać ograniczenia jawności.

Wątpliwości budzi jakość analizy zasady jawności na tle uregulowań Konstytucji RP. Przypomnieć raz jeszcze należy, że zasada ta została wyraźnie wyeksplikowana już w I rozdziale Konstytucji RP, a fakt zakotwiczenia tej zasady w tym szczególnym w strukturze Konstytucji RP miejscu, jest wskazówką, że zasada ta szczególnie silnie wiąże się z istotą demokratycznego państwa prawnego. Związek ten ma wymiar nie tylko teleologiczny, lecz również systemowy. Nie można tego samego powiedzieć o prawie do prywatności czy zasadzie ochrony danych osobowych.

W pracy zabrakło nie tylko pogłębionych rozważań o związkach zasady jawności z uregulowaniami Konstytucji RP, lecz także odczytania zasady jawności na tle

uregulowań jej preambuły, która silnie eksponuje „uniwersalne wartości konstytucyjne” o dyrektywalnym charakterze, w tym zasadę prawdy (wyr. TK z 11.05.2005 r., K 18/04; por. też wyr. TK z 12.09.2005 r., SK 13/05). Aksjologiczny i normatywny związek zasady jawności i prawdy tylko w ograniczonym zakresie mógłby *de lege ferenda* uzasadniać ewentualne, motywowane prywatnością czy ochroną danych, modyfikacje obowiązujących *de lege lata* uregulowań.

Ponadto, nie jest trafna teza, że zasada proporcjonalności jest, jak zdaje się wynikać z pracy, jedynym kryterium rozstrzygnięcia kolizji zasad (s. 476). Teoria R. Alexy’ego nie może być sprowadzona do tej konkluzji, a Konstytucja RP, prawo Unii oraz Konwencja o Ochronie Praw Człowieka i Podstawowych Wolności, zawierają normy bezwzględnie obowiązujące, które nie podlegają optymalizacji na płaszczyźnie proporcjonalności. Wynika to zarówno z brzmienia, jak i celu niektórych przepisów konstytucyjnych, a przede wszystkim aksjologicznej podstawy wszystkich tych aktów prawnych (por. zamiast wielu B. Lewaszkiewicz-Petrykowska, *The principle of respect for human dignity* [w:] *European Commission for Democracy through Law, The principle of respect for human dignity*, 1998, s. 10; L. Bosek, *Między obiektywnym porządkiem wartości a autonomią prawa cywilnego – konstytucyjne aspekty niegodności dziedziczenia w: Ius et Ratio. Księga jubileuszowa dedykowana Profesor Elżbiecie Skońskiej-Bocian*, Warszawa 2022, s. 606). Bezwzględny zakaz naruszania godności („jest nienaruszalna”) oraz jej normatywne powiązania z innymi normami konstytucyjnymi, w tym zasadą jawności, wymaga w każdym przypadku uwzględnienia.

Do treści pracy można zgłosić też uwagę, że prowadzone w niej rozważania dotyczące ochrony danych osobowych, pomijają istotne ustalenia orzecznictwa. Nie tylko w orzecznictwie Trybunału Konstytucyjnego akcentuje się, że prawo do ochrony danych osobowych jest odrębnie konstytucyjnie zagwarantowanym prawem każdego człowieka, chronionym w art. 51 Konstytucji RP, zamieszczony w tytule „Wolności i prawa osobiste” (zob. wyroki TK z: 19 lutego 2002 r., U 3/01; 12 listopada 2002 r. SK 40/01; 20 listopada 2002 r., K 41/02; orzeczenie TK z 24 czerwca 1997 r., sygn. K 21/96). Orzeczenia te zostały nawet odnotowane w pracy. Uwzględnienie odrębnego statusu konstytucyjnego art. 51 uzasadnia pytanie, czy tytuł pracy nie powinien odrębnie od prywatności eksponować także ochrony danych osobowych?

Ponadto, bliższa analiza pracy wskazuje, że analiza problemów odpowiedzialności cywilnej w bardzo ograniczonym stopniu uwzględnia orzecznictwo, pomija także wyroki Trybunału Sprawiedliwości dotyczące zamówień publicznych (por. choćby wyrok Trybunału Sprawiedliwości z 29 lipca 2019 r., C-620/17, Hochtief Solutions Magyarországi Fióktelepe).

VIII.

Stwierdzam, że rozprawa doktorska mgr Anny Popowicz-Pazdej, *Zasady jawności i ochrony prywatności w postępowaniu o udzielenie zamówienia publicznego. Rozważania na tle prawa unijnego, polskiego i niemieckiego*, Wrocław 2023 odpowiada wymogom art. 13 ustawy z 14 marca 2003 r. o stopniach naukowych i tytule naukowym oraz stopniach i tytule w zakresie sztuki (t.j. Dz.U. z 2017 r. poz. 1789 ze zm.). Rozprawa zawiera bardzo obszerną analizę zasad postępowania o udzielenie zamówienia publicznego. Chociaż nie ze wszystkimi poglądami Doktorantki można się zgodzić i nie wszystkie warsztatowe, merytoryczne i strukturalne elementy pracy przekonują, to jednak nie można mieć wątpliwości, że jest to praca samodzielna i oryginalna. Rozważania prowadzone są z reguły w sposób uporządkowany, co przekonuje o wystarczającym poziomie dyscypliny metodycznej oraz przemyśleniu prezentowanych argumentów. Język rozprawy jest komunikatywny i wystarczająco precyzyjny, dowodzący polemicznego opanowania i umiejętnego łączenia języka prawniczego i prawnego.

Recenzowana rozprawa może stanowić podstawę dalszych czynności w przewodzie doktorskim.