

R. 8/05/17



**KOMENDANT GŁÓWNY
STRAŻY GRANICZNEJ**
KG-OI-III.0180.51.2017

Egz. nr 1

DECYZJA Nr 54/2017
Komendanta Głównego Straży Granicznej
z dnia 28 kwietnia 2017 r.

Na podstawie art. 127 § 2 oraz art. 138 § 2 ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. *Kodeks postępowania administracyjnego* (Dz. U. 2016 r. poz. 23 z późn. zm.),

po rozpatrzeniu

odwołania wniesionego w imieniu Fundacji Panoptykon przez Panią Katarzynę Szymielewicz z dnia 10 kwietnia 2017 r. od decyzji Komendanta Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej nr Nw-OI/246/17, z dnia 20 marca 2017 r., orzekającej o odmowie udostępnienia wnioskowanej informacji publicznej,

postanowił

uchylić zaskarżoną decyzję w całości i przekazać sprawę do ponownego rozpatrzenia przez Organ I instancji, celem dokonania ponownej oceny formalno-prawnej przedmiotowego udostępnienia.

Przy ponownym rozpatrywaniu sprawy należy:

- uzupełnić uzasadnienie do decyzji o podstawy prawne odmowy udostępnienia dokumentów niejawnych z dokładnym ich wyjaśnieniem oraz faktyczne, tj. poprzez wskazanie powodów dla których żądane informacje zostały zaklasyfikowane jako niejawne oraz jakie konkretne dobro zostałyby zagrożone wskutek ich nieuprawnionego ujawnienia.

UZASADNIENIE

Fundacja Panoptykon w dniu 7 marca 2017 r. zwróciła się do Komendanta Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej z wnioskiem o udzielenie informacji publicznej w zakresie:

- 1) udostępnienia sprawozdania, o którym mowa w art. 10ba ustawy o Straży Granicznej złożonego przez Nadwiślański Oddział Straży Granicznej do właściwego Sądu Okręgowego za okres od 1 lipca do 31 grudnia 2016 r.;

- 2) informacji z rejestrów wystąpień o uzyskanie danych telekomunikacyjnych, pocztowych i internetowych za okres od 1 lipca do 31 grudnia 2016 r., obejmujących rodzaje i cele, dla których dane były pozyskiwane z jednoczesnym wskazaniem dla każdego z rodzajów danych sumy wystąpień.

W dniu 20 marca 2017 r. Komendant Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej, wydał decyzję o odmowie udostępnienia żądanej informacji publicznej.

W swoim uzasadnieniu Organ I instancji wskazał m.in., że wnioskowane informacje podlegają ochronie jako informacje niejawne, ponieważ są objęte klauzulą tajności „zastrzeżone”.

Ponadto, wyjaśnił, iż zgodnie z dyspozycją art. 4 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych, informacje niejawne mogą być udostępnione wyłącznie osobie dającej rękojmię zachowania tajemnicy i tylko w zakresie niezbędnym do wykonywania przez nią pracy lub pełnienia służby na zajmowanym stanowisku albo wykonywania czynności zleconych. Udostępnienie informacji niejawnych musi pozostawać w ścisłym związku z realizacją konkretnej pracy, konkretnego zlecenia (umowy), do wykonywania których niezbędne jest zapoznanie się z tą informacją.

W dniu 10 kwietnia 2017 roku Fundacja Panoptykon w ustawowym terminie złożyła odwołanie od przedmiotowej decyzji Komendanta Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej, w którym to nie zgadza się z odmową udostępnienia jej informacji publicznej, i wnosi o jej uchylenie w całości. Jej zdaniem informacje, których dotyczą pytania zawarte we wniosku nie powinny być objęte wyłączeniem od obowiązku udostępniania informacji publicznej ze względu na ochronę informacji niejawnych i podlegać powinny udostępnieniu w trybie ustawy z dnia 6 września 2001 r. o dostępie do informacji publicznej.

Fundacja Panoptykon stwierdziła m.in cyt.: *„Trudno zgodzić się z oceną, że ujawnienie informacji objętych wnioskiem może mieć szkodliwy wpływ na wykonywanie przez organy władzy publicznej lub inne jednostki organizacyjne zadań w zakresie ochrony narodowej, polityki zagranicznej, bezpieczeństwa publicznego, przestrzegania praw i wolności obywateli wymiaru sprawiedliwości albo interesów ekonomicznych Rzeczypospolitej Polskiej”*.

Nadto, zwróciła uwagę na treść art. 10 ba ustawy o Straży Granicznej, który to wg Niej nie daje podstaw do przyjęcia, że sprawozdania składane do odpowiednich sądów okręgowych powinny być objęte klauzulą tajności „zastrzeżone”. Jej zdaniem nie ma podstaw do zastosowania wykładni rozszerzającej tego słowa i przyjęcia, że samo „przekazywanie z zachowaniem przepisów o ochronie informacji niejawnych” jest podstawą do oznaczenia sprawozdania klauzulą tajności „zastrzeżone”.

Również zdaniem Fundacji organ mógł udzielić informacji dotyczącej pytania nr 2 z wniosku, która dotyczy wyabstrahowanych danych z rejestrów danych, które w żaden sposób nie mogą negatywnie wpływać na możliwość wykonywania przez Straż Graniczną jej zadań, w szczególności ponieważ dotyczą działań przeszłych, a jednocześnie dają szanse obywatelom na dowiedzenie się, w jakich celach Straż Graniczna wykorzystuje pozyskiwane dane.

Organ II instancji zważył, co następuje.

Zakres rozstrzygnięcia sprawy administracyjnej w postępowaniu odwoławczym jest określony zakresem rozstrzygnięcia sprawy decyzją Organu I instancji. W tym przypadku Organ II instancji nie może orzec sam, co do istoty sprawy, gdyż nie posiada materiału niejawnego, który jest przedmiotem udostępnienia (pkt II wniosku), a który to powstawałby po jego wygenerowaniu z systemu niejawnego P-Ewida. Kontrola w zakresie zawyżenia lub zaniżenia klauzuli tajności byłaby możliwa w trybie art. 9 ust. 1 ustawy o ochronie informacji niejawnych pod warunkiem, że Komendant Główny Straży Granicznej byłby odbiorcą, czyli adresatem tegoż materiału. W tym przypadku jest to niemożliwe gdyż okoliczność ta nie wyczerpuje przesłanki określonej w art. 4 ust. 1 ww. ustawy.

Zgodnie z artykułem 2 ust. 1 i 2 ustawy, każdemu przysługuje prawo dostępu do informacji publicznej bez konieczności wykazywania w tym względzie interesu prawnego lub faktycznego. Każde żądanie informacji pociąga za sobą obowiązek udzielenia odpowiedzi wnioskodawcy - albo pozytywnej, albo negatywnej. Organ w wyniku oceny wniosku zobowiązany jest do zajęcia merytorycznego stanowiska w sprawie bądź to w formie pisemnego udostępnienia żądanej informacji (art. 14 ust. 1 ustawy), bądź pisemnego powiadomienia wnoszącego, że jego wniosek nie znajduje podstaw w przepisach prawa (art. 5 ustawy), lub też informuje, że nie posiada żądanej informacji, albo też odmawia jej udostępnienia w drodze decyzji administracyjnej (art. 16 ustawy). Przez pojęcie „odmowa udostępnienia informacji publicznej” należy rozumieć sytuację, w której organ posiada informację o charakterze publicznym, ale jej nie udostępnia, ponieważ prawo do informacji jest ograniczone np. zgodnie z art. 5 ust. 1 ustawy, m.in. przepisami o ochronie informacji niejawniej (wyrok WSA w Warszawie z 17.3.2009 r., II SAB/Wa 176/08, Legalis).

Kwestię ochrony informacji niejawnych reguluje ustawa z dnia 5 sierpnia 2010 r. o ochronie informacji niejawnych, która określa zarówno sposób klasyfikowania informacji niejawnych, organizowania ich ochrony, jak i krąg podmiotów uprawnionych do dostępu do tych informacji.

Zakaz udostępniania informacji jako objętych tajemnicą powinien być wyrażony wprost w ustawie i nie jest dopuszczalne konstruowanie jakichkolwiek domniemań na rzecz jego istnienia (wyrok NSA z 10.1.2014 r., I OSK 2075/13, Legalis). W przypadku odmowy udostępnienia informacji publicznej ze względu na ochronę informacji niejawnych należy brać pod uwagę, że sądy administracyjne dopuszczają sądową kontrolę materialnych przesłanek utajnienia informacji w ramach spraw, których przedmiotem są akty (decyzje) będące następstwem przyznania klauzuli tajności (wyrok NSA z 14.9.2010 r., I OSK 1047/10, Legalis). Jeżeli podmiot zobowiązany odmawia udostępnienia informacji ze względu na ochronę informacji niejawnych, którym sam nadał klauzulę tajności, to powinien w uzasadnieniu decyzji wyjaśnić powody, dla których żądane informacje zostały zaklasyfikowane jako niejawne oraz wykazać, że wskutek ich ujawnienia jakiegokolwiek dobro czy interes państwa, interes publiczny lub prawnie chroniony interes obywateli zostałby zagrożony. Natomiast, jeżeli podmiot, do którego złożono wniosek, nie nadawał klauzuli tajności, a jedynie dysponuje informacjami niejawnymi, to powinien rozważyć, czy nie doszło do zawyżenia klauzuli

i ewentualnie zwrócić się do osoby, która ją nadała, albo do przełożonego tej osoby z wnioskiem o dokonanie stosownej zmiany, zgodnie z art. 9 ust. 1 ww. ustawy.

Ponadto, decyzja musi zawierać elementy wskazane w art. 107 § 1 i 3 *Kodeksu postępowania administracyjnego*, a m.in. powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, które w szczególności powinny zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł, oraz przyczyn, z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności i mocy dowodowej, zaś uzasadnienie prawne – wyjaśnia podstawy prawnej decyzji, z przytoczeniem przepisów prawa.

Ustosunkowując się do odwołania, Organ II instancji doszedł do przekonania, że na uwzględnienie zasługuje zarzut dotyczący treści uzasadnienia decyzji. Jak wskazuje odwołujący brak jest w uzasadnieniu decyzji wyjaśnień na czym polegałaby powstała szkoda lub w jaki negatywny sposób oddziaływałoby to na wykonywanie jej zadań. Nadto, Fundacja wskazała na obowiązek podmiotu zobowiązanego rzetelnego, szczególnie wnikliwego uzasadnienia decyzji odmownej. Zdaniem Fundacji decyzja Komendanta Nadwiślańskiego OSG nie spełnia tego wymogu.

W ocenie Organ II instancji niniejsza decyzja nie zawiera dostatecznego uzasadnienia, warunkującego możliwość ograniczenia udostępnienia dla wnioskodawcy rzeczony dokumentu niejawnego. Sam art. 5 ust. 1 ustawy o dostępie do informacji publicznej, takiej podstawy stanowić nie może, gdyż wyraźnie wynika z niego, że prawo do informacji publicznej podlega ograniczeniu w zakresie i na zasadach określonych w przepisach o ochronie informacji niejawnych. Takim ograniczeniem nie może być art. 5 ust. 4 ustawy o ochronie informacji niejawnych, gdyż wylicza on jedynie enumeratywnie przesłanki, które uprawniają do nadania określonej informacji klauzuli tajności „zastrzeżone”. Również uzasadnienie nie wskazuje szkody, która wystąpiłaby w przypadku ujawnienia informacji. Komendant Nadwiślańskiego Oddziału poprzestał tylko na przytoczeniu całego artykułu w podstawie prawnej decyzji, a w jej uzasadnieniu i nie wyjaśnił powodów, dla których żądana informacja mogłaby zostać oznaczona klauzulą tajności „zastrzeżone”.

Dodatkowo analizując niniejszą sprawę Organ II instancji spostrzegł, że wydanie decyzji odmownej przez Organ I instancji w zakresie udostępnienia Fundacji dokumentu, o którym mowa w pkt. 1 wniosku, było bezprzedmiotowe – gdyż organ po prostu nie posiadał żądanego dokumentu na dzień złożenia wniosku. Powyższe wynika z treści pisma zastępcy naczelnika Wydziału Operacyjno-Śledczego Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej z dnia 14 marca 2017 r. (fax/257/17) (strona 5 akt), który w toku sprawy poinformował, że przedmiotowy dokument został przekazany właściwemu sądowi okręgowemu. Organ nie może odmówić udostępnienia dokumentów, których nie posiada, w przeciwnym razie, w sytuacji, gdy organ nie ma żądanej informacji, ewentualne orzeczenie sądu zobowiązujące do udzielenia informacji byłoby w ogóle niewykonalne. Nie można bowiem zmusić kogoś do udzielenia informacji, której nie ma (por. wyrok WSA w Warszawie z 6 lipca 2006 r. II SAB/Wa 48/06).

W tej sytuacji Komendant Nadwiślańskiego Oddziału Straży Granicznej, winien wydać decyzję tylko w zakresie żądania udostępnienia informacji publicznej określonej w pkt. 2 tegoż wniosku, natomiast w zakresie żądania określonego w pkt. 1, pismem zwykłym powinien