

15/13/159 12019

Koszalin, dnia 16 stycznia 2019 r.

BK.1710.19.2018. AL

Dyrektor Delegatury
Najwyższej Izby Kontroli
w Szczecinie

Ul. Jacka Odrowąża 1

71-420 Szczecin

Dotyczy: ustaleń kontroli Najwyższej Izby Kontroli nr P/18/064 – Funkcjonowanie budżetów partycypacyjnych.

Korzystając z przysługującego mi na podstawie art. 54 ust. 1 i 2 ustawy o NIK uprawnienia, zgłaszam poniższe zastrzeżenia do wystąpienia pokontrolnego Najwyższej Izby Kontroli sygn. LSZ.410.023.03.2018, dotyczącego kontroli nr P/018/064 – Funkcjonowanie budżetów partycypacyjnych, które w dniu 31 grudnia 2018 r. wpłynęło do Urzędu Miejskiego w Koszalinie.

- 1. Nie zgadzam się z uznaniem za nieprawidłowość uregulowania zasad tworzenia Koszalińskiego Budżetu Obywatelskiego, w tym trybu zgłaszania oraz wyboru projektów do KBO poprzez zarządzenia Prezydenta, nie zaś w postaci uchwały Rady Miasta.**

Uzasadnienie:

Podtrzymuję stanowisko wyrażone w składanych w toku kontroli wyjaśnieniach, że budżet partycypacyjny, obecnie nazwany budżetem obywatelskim, do 2018 r. nie był regulowany żadnymi przepisami bezwzględnie obowiązującymi. Dopiero ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r. o zmianie niektórych ustaw w celu zwiększenia udziału obywateli w procesie wybierania, funkcjonowania i kontrolowania niektórych organów publicznych (Dz. U. z 2018 r., poz. 130) wprowadzono art. 5a ust.2-7, gdzie postanowiono m.in., że **szczególną formą konsultacji społecznych** jest budżet obywatelski (ust.3), że w ramach budżetu obywatelskiego mieszkańcy w bezpośrednim głosowaniu decydują corocznie o części wydatków budżetu gminy (ust. 4). W szczególności w ust. 7 postanowiono, że „Rada gminy określa w drodze uchwały wymagania, jakie powinien spełniać projekt budżetu obywatelskiego, w szczególności:

- 1) wymogi formalne, jakim powinny odpowiadać zgłaszane projekty;*

2) wymaganą liczbę podpisów mieszkańców popierających projekt, przy czym nie może być ona większa niż 0,1% mieszkańców terenu objętego pulą budżetu obywatelskiego, w którym zgłaszany jest projekt;

3) zasady oceny zgłoszonych projektów co do ich zgodności z prawem, wykonalności technicznej, spełniania przez nie wymogów formalnych oraz tryb odwołania od decyzji o niedopuszczeniu projektu do głosowania;

4) zasady przeprowadzania głosowania, ustalania wyników i podawania ich do publicznej wiadomości, biorąc pod uwagę, że zasady przeprowadzania głosowania muszą zapewniać równość i bezpośredniość głosowania."

Na podstawie art. 15 ustawy z 11 stycznia 2018 r. postanowiono, że „Przepisy ustaw, o których mowa w art. 1, art. 2, art. 3, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, przepisy art. 383 § 2a, art. 383a, art. 384 § 1, art. 492 § 2a, art. 492a, art. 493 § 1 ustawy zmienianej w art. 5, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą, oraz przepisy ustawy, o której mowa w art. 6, w brzmieniu nadanym niniejszą ustawą stosuje się do kadencji organów jednostek samorządu terytorialnego następujących po kadencji, w czasie której niniejsza ustawa weszła w życie.” Stosownie do art. 16 ustawy o samorządzie gminnym kadencja rady gminy trwa 5 lat licząc od dnia wyboru, w związku z powyższym przepis art. 5 ust. 2-7 ustawy o samorządzie gminnym ma zastosowanie licząc od 4 listopada 2018 r.

Mając powyższe na uwadze uznać należy, że do dnia 4 listopada 2018 r. nie istniała prawna możliwość uregulowania kwestii, które znalazły się w Zarządzeniu nr 75/265/15 z dnia 29 kwietnia 2015 r. w sprawie trybu zgłaszania projektów do Koszalińskiego Budżetu Obywatelskiego na rok 2016 oraz nr 456/1673/17 z dnia 7 czerwca 2017 r. w sprawie Regulaminu Koszalińskiego Budżetu Obywatelskiego 2018 r. W szczególności Rada Miejska nie miała kompetencji, aby uregulować te kwestie na podstawie art. 5a ustawy o samorządzie gminnym.

Jednakże uznając, że kwestia udziału obywateli w decydowaniu o części wydatków budżetu jest istotna z punktu widzenia budowania społeczeństwa obywatelskiego, Prezydent Miasta Koszalina ukształtował te kwestie w taki sposób, na jaki pozwalały obowiązujące wówczas przepisy prawa. Prezydent Miasta Koszalina jako jedynie właściwy organ uprawniony do sporządzenia projektu budżetu miasta (vide ustawa o finansach publicznych) postanowił, że na podstawie §16 ust. 3 Regulaminu Organizacyjnego Urzędu Miejskiego w Koszalinie, przy pomocy którego wykonuje zadania, wyda akt wewnętrznego kierownictwa, który zapewni udział mieszkańców w decydowaniu w sprawie budżetu obywatelskiego.

Opinia, jakoby kwestie uregulowane w powyższych zarządzeniach mogły być uregulowane w sposób właściwy dla normowania konsultacji społecznych poprzez zastosowanie art. 5a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym, nie znajduje uzasadnienia prawnego, albowiem dawał on jedynie podstawę do uregulowania trybu prowadzenia konsultacji społecznych, zaś budżet obywatelski jako szczególna forma konsultacji, jako instytucja prawna został wprowadzony do porządku prawnego ustawą z dnia 11 stycznia 2018 r.

Zasady i tryb przeprowadzania konsultacji z mieszkańcami miasta Koszalina zostały określone Uchwałą Nr XXII/332/2005 Rady Miejskiej w Koszalinie z 12 stycznia 2005 r., do której następnie wprowadzono zmiany Uchwałą Nr XXXI/479/2013 Rady Miejskiej w Koszalinie z 25 kwietnia 2013 r.

Konsultacje społeczne w Mieście Koszalinie przeprowadzane są w dwóch trybach. Pierwszy dotyczy wszystkich spraw, poza określonymi w § 4 ust. 2 Uchwały nr XXII/332/2005, drugi dotyczy konsultacji w sprawie projektów statutów jednostek pomocniczych i budżetu partycypacyjnego. W normalnym trybie przeprowadzenie konsultacji wymaga podjęcia przez Radę Miejską uchwały, która w ogólności rozstrzyga o przeprowadzeniu konsultacji (§1 ust.6) oraz wydanie przez Prezydenta zarządzenia, które w szczególności określa ich przedmiot, teren objęty konsultacjami lub uprawnionych do udziału w konsultacjach, termin i miejsce wyłożenia materiałów dotyczących sprawy będącej przedmiotem konsultacji, udzielania wyjaśnień i przyjmowania opinii, jednostek wyznaczonych do udzielenia wyjaśnień i przyjmowania opinii oraz terminu, w którym mieszkańcy mogą zgłaszać swoje opinie (§2 ust.2). W przypadku konsultacji dotyczących m.in. budżetu partycypacyjnego wyłączono obowiązek podjęcia przez Radę Miejską uchwały w sprawie przeprowadzenia konsultacji (§1 ust.6) i zwolniono Prezydenta z terminu, w jakim winien wydać zarządzenie o przeprowadzeniu konsultacji, którego bieg rozpoczął się od wydania przez Radę Miejską uchwały. Rada Miejska w Koszalinie powierzyła wykonanie uchwały Prezydentowi Miasta Koszalina (§5), a postanowienia §2 ust.2 określające warunki formalne zarządzenia Prezydenta, stanowiły zarazem materialne umocowanie do wydania zarządzenia,

Biorąc pod uwagę stanowisko jak wyżej, wnoszę o:

- Wykreślenie części zdania na str. 2 Wystąpienia w Rozdziale II Ocena kontrolowanej działalności, akapit 1., wiersz 6. i 7., o treści: „*pomimo, że zgodnie z art. 5a ust. 2 ustawy z dnia 8 marca 1990 r. o samorządzie gminnym⁷, jest to kompetencja gminy*”.
- Wykreślenie na str. 9 Wystąpienia, punktu 1 *Ustalonych nieprawidłowości* o treści: „*1. Zasady i tryb przeprowadzania konsultacji w sprawie KBO określił Prezydent w zarządzeniach w sprawie KBO, pomimo że jest to kompetencja Rady Miejskiej, zgodnie z art. 5a ust.2 ustawy o samorządzie gminnym (...) W ocenie NIK, Prezydent nie mógł w wydanych zarządzeniach określać zasad i trybu konsultacji dotyczących budżetu obywatelskiego, przeprowadzanych w oparciu o przepis art. 5a ust. 1 ustawy o samorządzie gminnym. Użycie przez ustawodawcę w art. 5a ust. 2 in fine ustawy o samorządzie gminnym terminu o charakterze kategoriycznym «określa» oraz wskazanie konkretnej formy «uchwała rady gminy» powoduje, że kwestia ta nie może zostać uregulowana w drodze zarządzenia organu wykonawczego gminy.*”
- Wykreślenie części zdania na str. 10 Wystąpienia, wiersze 2.-3. *Oceny cząstkowej* o treści: „*mimo że zgodnie z przepisem art. 5a ust. 2 ustawy o samorządzie gminnym, zasady i tryb konsultacji z mieszkańcami gminy określa uchwała gminy.*”

2. Nie zgadzam się z ustaleniami kontroli, uznającymi ustanowienie wymogu podania numeru PESEL przez osoby uczestniczące w konsultacjach za działanie nieuprawnione.

Uzasadnienie:

Przetwarzanie danych osobowych w postaci nr PESEL odbywało się na podstawie art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych (Dz.U. 2016, poz. 922 z późn. zm.), a nie jak wskazał Kontrolujący art. 23 ust. 1 pkt 2 i 4. Należy podkreślić, że zawarte w art. 23 przesłanki usprawiedliwiające przetwarzanie danych osobowych mają charakter autonomiczny i niezależny oraz są, co do zasady, równoprawne. Wystarczy zatem wskazanie jednej okoliczności

usprawiedliwiającej przetwarzanie by było to zgodne z prawem (patrz: Ochrona danych osobowych Komentarz - Barta Janusz, Markiewicz Ryszard, Fajgielski Paweł, 2004 r.). Dane osobowe w postaci numeru PESEL były przetwarzane na podstawie zgody podmiotu danych wyrażonej w postaci podpisanego oświadczenia osoby biorącej udział w konsultacjach.

Przetwarzanie odbywało się również zgodnie z art. 26 ust. 1 pkt 3 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych – dane były adekwatne w stosunku do celów, w jakich je przetwarzaliśmy. Celem przetwarzania numeru PESEL była jednoznaczna identyfikacja osób biorących udział w konsultacjach w celu zweryfikowania ich wieku (uprawnione były osoby, które ukończyły szesnasty rok życia) oraz w celu wyeliminowania kilkukrotnego głosowania przez tą samą osobę. Tylko numer PESEL pozwalał osiągnąć zakładane cele przetwarzania, ponieważ dzięki niemu można jednoznacznie zidentyfikować osobę fizyczną. Celem przetwarzania numeru PESEL nie było, jak sugerował organ kontrolny, zweryfikowanie miejsca zamieszkania.

Przedmiotowy zbiór danych został zgłoszony do Generalnego Inspektora Ochrony Danych Osobowych (GIODO), celem rejestracji. GIODO nie skorzystał z przysługującego mu prawa do odmowy rejestracji zbioru z tyt. braku przesłanki legalności przetwarzania danych, czym legitymizował działania administratora danych.

Przetwarzanie numeru PESEL w wymienionych celach jest również zgodne z obecnie obowiązującym prawem. Przesłanką legalizującą przetwarzanie jest art. 6 ust. 1 lit. a Rozporządzenia Parlamentu Europejskiego i Rady (UE) 2016/679 z 27.04.2016 r. w sprawie ochrony osób fizycznych w związku z przetwarzaniem danych osobowych i w sprawie swobodnego przepływu takich danych oraz uchylenia dyrektywy 95/46/WE (ogólne rozporządzenie o ochronie danych) (Dz.Urz. UE L 119, s. 1) (dalej RODO). Spełnia także wymagania stawiane w art. 5 ust. 1 lit. c RODO (dane osobowe muszą być adekwatne, stosowne oraz niezbędne do tego, co niezbędne do celów, w których są przetwarzane).

Wnoszę o uwzględnienie wyrażonego powyżej stanowiska poprzez:

- Wykreślenie akapitu na str. 2 Wystąpienia w Rozdziale II Ocena kontrolowanej działalności, akapit 3., o treści: „*Stwierdzono nieuprawnione żądanie od osób uczestniczących w konsultacjach podania numeru PESEL, mimo że art. 23 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy z dnia 29 sierpnia 1997 r. o ochronie danych osobowych⁹, nie dawał upoważnienia w tym zakresie.*”
- Wykreślenie na str. 10 Wystąpienia, punktu 3 *Ustalonych nieprawidłowości* o treści: „*W zarządzeniach w sprawie KBO określono wymóg podawania przez mieszkańców Miasta numeru PESEL na karcie do głosowania (...) Nie obejmuje, więc danych dotyczących miejsca zamieszkania, a tylko ta okoliczność ma znaczenie przy ustalaniu, czy dana osoba jest mieszkańcem gminy.*”
- Zastąpienie zdania na str. 11 Wystąpienia, wiersze 5.-7. licząc od góry strony, o treści: „*Głosujących zobowiązano do podawania numeru PESEL na karcie do głosowania, co naruszało przepisy art. 23 ust. 1 pkt 2 i 4 ustawy o ochronie danych osobowych.*” Zdaniem o treści: „*głosujących zobowiązano do podawania numeru PESEL na karcie do głosowania, co było zgodne z art. 23 ust. 1 pkt 1 ustawy o ochronie danych osobowych.*”

3. Nie zgadzam się z wyrażoną w wystąpieniu pokontrolnym oceną Najwyższej Izby Kontroli, zgodnie z którą brak dokumentowania czynności związanych z dokonywaniem oceny formalnej wniosków złożonych do KBO w latach 2016-2017 świadczy o „nierzetelnym” prowadzeniu dokumentacji dotyczącej wyboru zadań do KBO w tym okresie.

Uzasadnienie:

Znaczenie słowa „nierzetelny” wg. Wielkiego Słownika PWN oznacza m.in. „niebudzący zaufania”, „niesolidny” „niedotrzymujący zobowiązań” ale również „niezgodny z prawdą”.

Brak dokumentowania weryfikacji formalnej wniosków, które były prowadzone przez pracowników Wydziału od 1 lipca do 30 września 2016 roku oraz od 22 lipca do 15 września 2017 roku nie oznaczają „nierzetelnego” działania - lecz sprowadzają się wyłącznie do braku zapisów z czynności wykonanych przez pracownika (potwierdzonych ustnie podczas kontroli), które polegały m.in. na sprawdzeniu terminowości złożenia projektów (wnioski były opatrzone datą wpływu do Urzędu Miejskiego), sprawdzenia wieku wnioskodawcy, kompletności wypełnionych formularzy i list poparcia.

Uznaję, że dokumentowanie działań w powyższym zakresie prowadzone było starannie, gdyż doprowadziło do uzyskania pożądaných rezultatów, pomimo braku regulacji prawnych, wytycznych i wypracowanych dobrych praktyk w ówczesnych warunkach.

Tej „nierzetelności” przeczy zresztą ujęty w pkt 2.5 str. 14 przez samego kontrolującego zapis Wystąpienia pokontrolnego, w myśl którego „ze 149 zgłoszonych zadań do KBO w latach 2016 i 2017 (78 w 2016 i 71 w 2017), trzy wnioski złożone do KBO na 2016 rok o łącznej wartości 2000 tys. złotych oraz jeden do KBO na 2017 zostały odrzucone ze względów formalnych (dwa z nich nie zawierały wymaganej listy poparcia minimum 15 mieszkańców, jeden wniosek nie zawierał kompletu informacji oraz jeden wniosek złożony do KBO na 2017 nie zawierał zgody autora na przetwarzanie danych osobowych oraz wartości projektu”.

Należy także zauważyć, że sposób prowadzenia dokumentacji z wstępnej weryfikacji zgłaszanych projektów, pomimo zastrzeżeń organu kontrolnego, pozwolił na sformułowanie oceny NIK, zgodnie z którą „Rzetelnie zweryfikowane wnioski mieszkańców dotyczące realizacji zadań, wybrane zostały zgodnie z zarządzeniami w sprawie KBO” (strona 2 Wystąpienia pokontrolnego).

Wnoszę o uwzględnienie powyższego stanowiska poprzez dokonanie następujących zmian w Wystąpieniu pokontrolnym:

- Wykreślenie zdania na stronie 20 Wystąpienia, akapit 3., wiersze 17.-19. licząc od góry strony, o treści: „W ocenie NIK, niedokumentowanie czynności związanych z dokonywaniem oceny formalnej wniosków złożonych do KBO świadczy o nierzetelnym prowadzeniu dokumentacji dotyczącej wyboru zadań do KBO na lata 2016-2017.”
- Wykreślenie zdania na str. 20 Wystąpienia w akapicie dotyczącym Oceny częściowej, wiersze 4.-6. Oceny częściowej, o treści: „Natomiast działaniem nierzetelnym było niedokumentowanie procesu weryfikacji formalnej złożonych wniosków do KBO na lata 2016-2017.”

Z up. Prezydenta Miasta
Sekretarz Miasta
Tomasz Czuczak