



KOMENDANT
Karpackiego Oddziału Straży Granicznej
im. 1 Pułku Strzelców Podhalańskich
w Nowym Sączu

Nowy Sącz, dnia ²⁷..... lutego 2018 r.

KARPACKI ODDZIAŁ STRAŻY GRANICZNEJ w Nowym Sączu - KANCELARIA	
Nr	1656/13
Wpłynęło dnia	27 02 2018
Zaś	ark. 100

Egz. nr: ².....

mjr SG Łukasz Olenicz

KOMENDANT
Placówki Straży Granicznej
w Tarnowie

WYSTĄPIENIE POKONTROLNE

Zgodnie z „Planem kontroli przewidzianym do realizacji przez Wydział Kontroli Karpackiego Oddziału Straży Granicznej w 2017 r.” (nr 5235/16 z dnia 05 grudnia 2016 r.), w Placówce SG w Tarnowie została przeprowadzona kontrola w trybie zwykłym, na podstawie ustawy z dnia 15 lipca 2011 r. o kontroli w administracji rządowej¹, na temat: „Prowadzenie postępowań administracyjnych wobec cudzoziemców w oparciu o przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach”.

I. Nazwa i adres jednostki kontrolowanej:

Placówka Straży Granicznej w Tarnowie²

Adres: ul. Narutowicza 6,
33 - 100 Tarnów.

Funkcję kierownika jednostki kontrolowanej w okresie objętym kontrolą pełnił:
- mjr SG Łukasz Olenicz.

II. Kontrolę przeprowadził zespół w składzie:

Kierownik zespołu kontrolnego:

mjr SG Tomasz Cabała – starszy specjalista Wydziału Kontroli
Karpackiego Oddziału Straży Granicznej.
Upoważnienie nr 486/Z/17 z dnia 16.10.2017 roku.

Członkowie zespołu kontrolnego:

kpt. SG Piotr Ciesielka- starszy specjalista Wydziału Kontroli
Karpackiego Oddziału Straży Granicznej.
Upoważnienie nr 487/Z/17 z dnia 16.10.2017 roku.
/wyłącznie dn. 20.10.2017 roku/
chor. szt. SG Joanna Tabaszewska - specjalista Wydziału Kontroli
Karpackiego Oddziału Straży Granicznej.
Upoważnienie nr 568/Z/17 z dnia 06.11.2017 roku.

¹ Dz. U. z 2011 r. Nr 185, poz. 1092.

² Zwana dalej PSG w Tarnowie.

III. Data rozpoczęcia i zakończenia czynności kontrolnych:

Czynności kontrolne rozpoczęto w dniu 16 października 2017 r., a zakończono w dniu 15 grudnia 2017 r.

Przerwy występujące w trakcie kontroli:

- mjr SG Tomasz Cabała 23 - 31 października 2017 r., 13 - 17 listopada 2017 r.,
- chor. szt. SG Joanna Tabaszewska 23 - 24 listopada 2017 r.

IV. Zakres kontroli (przedmiot i okres objęty kontrolą):

Kontrolą objęto okres od dnia 01 stycznia 2017 r. do dnia 30 czerwca 2017 r.

Przedmiotem kontroli były prowadzone postępowania administracyjne w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, w ramach których ocenie zostały poddane następujące obszary:

- a) podstawy prawne i faktyczne inicjujące wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, czynności prowadzone w trakcie postępowania, wydanie w tym zakresie decyzji administracyjnej oraz realizacja dodatkowych czynności wynikających z obowiązujących przepisów prawa i wytycznych;
- b) umocowanie realizacji powyższych zadań w wewnętrznym podziale zadań Placówki Straży Granicznej, w szczegółowych zakresach obowiązków i uprawnień oraz wydanych upoważnieniach dla poszczególnych osób;
- c) sposób sprawowania i dokumentowania nadzoru nad prowadzonymi postępowaniami administracyjnymi oraz wydawanymi decyzjami wobec cudzoziemców.

V. Cel kontroli:

Głównym celem kontroli była ocena zgodności z prawem i wewnętrznymi regulacjami wykonywanych czynności przez organ Straży Granicznej w zakresie prowadzenia postępowań administracyjnych wobec cudzoziemców, w tym wydawania decyzji. Celem szczegółowym było dokonanie oceny uprawnień poszczególnych funkcjonariuszy do wykonywania czynności (upoważnienia, szczegółowy zakres obowiązków i uprawnień itp.), prawidłowość i rzetelność sporządzania dokumentacji w prowadzonych postępowaniach administracyjnych, w tym wydawania decyzji, zbierania i przekazywania informacji organom współdziałającym oraz ustalenie czy sprawowany nadzór nad podejmowanymi czynnościami był bieżący i skuteczny.

VI. Ocena skontrolowanej działalności, ze wskazaniem ustaleń, na których została oparta:

Ocenę skontrolowanej działalności dokonano na podstawie ustalonego stanu faktycznego przy zastosowaniu kryteriów legalności, rzetelności oraz celowości. Dokonano jej na podstawie ustaleń wynikających z materiałów źródłowych zamieszczonych w aktach postępowań administracyjnych w sprawach o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu, jak również o dokumentację organizacyjno-funkcjonalną oraz o informacje zawarte w systemie Pobyt³. W okresie objętym kontrolą w PSG w Tarnowie wszczęto 94 postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu i wydano 94 decyzje o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu⁴. Spośród prawomocnie zakończonych postępowań administracyjnych w sprawie

³ System teleinformatyczny, który jest krajowym zbiorem rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców.

⁴ Akta kontroli str. 4.

zobowiązania cudzoziemca do powrotu wytypowano i skontrolowano 23 akta postępowań. Wszczęcie postępowań administracyjnych, ich przeprowadzenie, wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemców do powrotu było prowadzone na podstawie obowiązujących przepisów oraz aktualnych zaleceń i wytycznych Zarządu ds. Cudzoziemców Komendy Głównej Straży Granicznej. W wyniku przeprowadzonej kontroli stwierdzono nieprawidłowości polegające na: równoległym prowadzeniu ze stroną dwóch lub więcej czynności wymagających protokolowania, rozpoczynaniu zapoznania strony ze zgromadzonymi dowodami i materiałami w sprawie przed zakończeniem fazy ich zbierania, niezapoznanie strony z wszystkimi zgromadzonymi dowodami i materiałami, brak w systemie Pobyt 2 trzech fotografii, nieprawidłowe pouczenia strony przed jej przesłuchaniem oraz stwierdzono uchybienia które, stanowiły odstępstwo od stanu pożądanego o wyłącznie formalnym charakterze nie powodując następstw dla kontrolowanej działalności, zarówno w aspekcie finansowym, jak i wykonywania zadań.

Pozytywnie oceniono umocowanie realizacji zadań związanych z postępowaniami administracyjnymi w sprawach zobowiązania cudzoziemców do powrotu w wewnętrznym podziale zadań Placówki Straży Granicznej, w szczegółowych zakresach obowiązków i uprawnień oraz wydanych upoważnieniach dla poszczególnych funkcjonariuszy. Pozytywnie również oceniono sprawowanie i dokumentowanie nadzoru nad prowadzonymi postępowaniami administracyjnymi oraz wydawanymi decyzjami wobec cudzoziemców, jednakże ze względu na ilość stwierdzonych uchybień i nieprawidłowości stwierdzono, że realizacja nadzoru była nieskuteczna.

Odnosząc się do całości kontrolowanego obszaru, zgodnie z przyjętymi kryteriami i miernikami, realizację zadań PSG w Tarnowie objętych zakresem kontroli **oceniono pozytywnie z nieprawidłowościami**.

Oceny dokonano na podstawie ustaleń kontroli udokumentowanych w aktach kontroli. Na ich podstawie sformułowano następujące oceny częściowe:

Obszar nr 1. Podstawy prawne i faktyczne inicjujące wszczęcie postępowania administracyjnego w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, czynności prowadzone w trakcie postępowania, wydanie w tym zakresie decyzji administracyjnej oraz realizacja dodatkowych czynności wynikających z obowiązujących przepisów prawa i wytycznych:

Przeprowadzona kontrola postępowań administracyjnych w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu wykazała, że zgodnie z art. 61 § 4⁵ ustawy z dnia 14 czerwca 1960 r. Kodeks postępowania administracyjnego⁶ oraz aktualnymi zaleceniami i wytycznymi Zarządu ds. Cudzoziemców Komendy Głównej Straży Granicznej⁷, każdorazowo o wszczęciu postępowania zawiadamiano stronę (cudzoziemca), doręczając jej zawiadomienie, którego odbiór był potwierdzany datą i podpisem strony na egzemplarzu zawiadomienia pozostającym w aktach.

W zawiadomieniu o wszczęciu postępowania były ujęte informacje o organie prowadzącym postępowanie, podstawie prawnej⁸, osobie (tj. stronie), wobec której postępowanie zostało

⁵ Art. 61. (...)

§ 4. O wszczęciu postępowania z urzędu lub na żądanie jednej ze stron należy zawiadomić wszystkie osoby będące stronami w sprawie.

⁶ Dz. U. z 2016 r., poz. 23 z późn. zm. – stan prawny w okresie objętym kontrolą, zwany dalej kpa

⁷ Rozdział V pkt 3 Postępowania funkcjonariuszy Straży Granicznej w zakresie realizacji czynności związanych z powrotami cudzoziemców nielegalnie przebywających na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej w oparciu o przepisy ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach, zwanego dalej Niezbędnikiem

⁸ Art. 61 § 4 kpa w związku z art. 310 pkt 1 ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach.

wszczęte, przedmiocie postępowania, dacie wszczęcia oraz o przysługujących stronie prawach i ciążących na niej obowiązkach.

Analiza przedmiotowych zawiadomień wykazała, że postępowania wszczynano w sprawie: „wydania decyzji o zobowiązaniu do powrotu”. Celem prowadzenia postępowania nie jest wydanie decyzji, ale zgodnie z art. 104 § 1 kpa, załatwienie sprawy przez wydanie decyzji⁹.

Mając na uwadze, że nie miało to negatywnego wpływu na prowadzone postępowania powyższe zostało uznane za uchybienie.

W postępowaniu administracyjnym, obowiązek sporządzenia protokołu zapoznania się z aktami sprawy wynika z art. 67 § 1¹⁰ w związku z art. 10 § 1 kpa¹¹. Po zgromadzeniu całości materiału dowodowego, a przed wydaniem decyzji, organ obowiązany jest poinformować stronę o zakończeniu zbierania materiałów i dowodów, umożliwić jej zapoznanie się z nimi oraz wypowiedzenie się co do nich.

Prowadzone postępowania administracyjne w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu były postępowaniami „krótkotrwałymi”, kończyły się w tym samym dniu lub w dniu następującym po dniu, w którym zostały wszczęte. Cudzoziemiec cały czas pozostawał w dyspozycji funkcjonariuszy PSG w Tarnowie, którzy prowadzili postępowanie.

Wobec powyższego przed wydaniem decyzji nie sporządzano zawiadomienia o prawie do wypowiedzenia się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań, co przy powyższych okolicznościach jest właściwą realizacją zaleceń i wytycznych Zarządu ds. Cudzoziemców KGSG¹², ale okoliczności te nie zwalniają organu od poinformowania strony o zakończeniu zbierania materiałów i dowodów.

Ze względu na fakt, że strony zapoznawały się w każdym postępowaniu z aktami, a jedynie nie były informowane o fakcie zakończenia zbierania dowodów i materiałów, powyższe uznano za uchybienie.

W kontrolowanych postępowaniach administracyjnych strony każdorazowo zapoznawały się z przedstawionymi do zapoznania aktami. W „Protokołach zapoznania się z aktami” zamieszczono oświadczenie strony co do zebranych dowodów i materiałów oraz ewentualnych żądań i wniosków. Analiza protokołów wykazała, że po zapoznaniu się z materiałem dowodowym strony nie wносиły żadnych uwag. Protokoły były podpisane przez stronę i funkcjonariusza dokonującego czynność.

W trakcie czynności kontrolnych zwrócono się do osób wydających decyzje, o wymienienie dowodów zebranych w prowadzonych sprawach oraz wymienienie dokumentów z jakimi zapoznała się strona. W przesłanych odpowiedziach zostały wymienione dowody jakie znajdowały się w aktach, zebrane w prowadzonym postępowaniu, za wyjątkiem dokumentu w którym były odnotowywane dokonane sprawdzenia osoby (Standardowy formularz sprawdzeń)¹³. Analiza wydanych decyzji wykazała, że w 20 uzasadnieniach decyzji¹⁴ odniesiono

⁹ Art. 104. § 1. Organ administracji publicznej załatwia sprawę przez wydanie decyzji, chyba że przepisy kodeksu stanowią inaczej.

¹⁰ Art. 67. § 1. Organ administracji publicznej sporządza zwięzły protokół z każdej czynności postępowania, mającej istotne znaczenie dla rozstrzygnięcia sprawy, chyba że czynność została w inny sposób utrwalona na piśmie.

¹¹ Art. 10 § 1. Organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań.

¹² Niezbędnik, Rozdział V pkt 14 akapit 4

¹³ Akta kontroli tom III str. 6-10, tom III str. 11-32, tom III str. 34-66, tom III str. 67-113, tom III str. 151-162,

¹⁴ Akta kontroli: tom I str. 181-184, tom I str. 230-233, tom I str. 278-281, tom I str. 334-337, tom I str. 391-394, tom I str. 438-441, tom I str. 494-497, tom I str. 539-542, tom I str. 585-589, tom I str. 644-647, tom II str. 36-39, tom II str. 88-91, tom II str. 144-147, tom II str. 192-196, tom II str. 242-246, tom II str. 290-294, tom II str. 339-

się do sprawdzeń dokonanych w dostępnych systemach teleinformatycznych, które były wykonane wobec strony postępowania.

W przedmiotowej sprawie zwrócono się w dniu 13.12.2017 r. do Naczelnika Wydziału do spraw Cudzoziemców KaOSG. W przesłanej odpowiedzi¹⁵ Zastępca Naczelnika potwierdził, że przedmiotowy dokument jest dowodem w prowadzonym postępowaniu, a jego obligatoryjne włączenie do akt zostało określone przez Dyrektora Zarządu ds. Cudzoziemców w piśmie nr KG-CU-3345/I/PH/16.

Niezapoznanie strony postępowania z wszystkimi dowodami i materiałami zgromadzonymi w sprawie jest niewypełnieniem obowiązku organu określonego w art. 10 § 1 kpa w zakresie umożliwienia stronie wypowiedzenia się co do całości zebranych materiałów.

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy wyrokiem z dnia 13.09.2017 r. do sprawy II SA/Bd 141/17¹⁶ wypowiedział się w sprawie realizacji czynnego udziału strony w postępowaniu stwierdzając: „(...) Zgodnie z tym przepisem¹⁷, organy administracji publicznej obowiązane są zapewnić stronom czynny udział w każdym stadium postępowania, a przed wydaniem decyzji umożliwić im wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Zasada czynnego udziału w postępowaniu jest dochowana wtedy, gdy organ administracji zapewni stronie warunki do realizowania jej uprawnień do podejmowania czynności procesowych, w tym także składania wyjaśnień. Obowiązek ten nie został w niniejszej sprawie dochowany.

W tym stanie rzeczy, wobec stwierdzonego naruszenia przepisów prawa procesowego w stopniu mogącym mieć istotny wpływ na wynik sprawy, Sąd uchylił zaskarżoną decyzję (...).”

Powyższe uznano za nieprawidłowość. Osobami odpowiedzialnymi za opisaną nieprawidłowość są osoby wydające decyzje. Przyczyną jest niewłaściwe stosowanie przepisu art. 10 § 1 kpa. Skutkiem takiego postępowania może być uchylenie decyzji w przypadku odwołania się strony.

W czterech badanych postępowaniach ujawniono fakt rozpoczęcia spisywania protokołu zapoznania z aktami sprawy przed wydaniem decyzji w przypadkach, gdzie organ jeszcze zbierał materiały i dowody tzn. nie zgromadził jeszcze całości materiału dowodowego (sporządzanie protokołu zatrzymania lub przesłuchania strony).

Naczelny Sąd Administracyjny w Warszawie wyrokiem z dnia 17 lipca 2012 r. do sprawy II GSK 969/11¹⁸ zważył co następuje: „Przewidziany w art. 10 § 1 k.p.a. obowiązek zapewnienia stronom czynnego udziału w postępowaniu obejmuje fazę wszczęcia postępowania, fazę postępowania wyjaśniającego, fazę między zakończeniem postępowania wyjaśniającego a wydaniem decyzji oraz fazę podejmowania decyzji. (...)

Z kolei w fazie postępowania wyjaśniającego strona dysponuje uprawnieniami przewidzianymi m.in. w art. 73-74 k.p.a., art. 75, 78, 90 § 2 pkt 1, art. k.p.a., czy też w art. 79 § 1 i 2 k.p.a. Natomiast w fazie między zakończeniem postępowania wyjaśniającego a podjęciem rozstrzygnięcia w sprawie organ administracji ma obowiązek umożliwić stronie wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań. Sankcję za złamanie tej zasady przewiduje art. 81 k.p.a. Jeżeli chodzi o fazę podejmowania rozstrzygnięcia, to możliwości stosowania zasady zapewnienia stronom czynnego udziału są ograniczone. Jednakże jak podkreśla

343, tom II str. 388-392, tom II str. 440-444, tom II str. 492-495, tom II str. 506-511, tom II str. 553-557, tom II str. 611-615

¹⁵ FAX KA-CU/1525/17

¹⁶ <http://orzeczenia.nsa.gov.pl/doc/F1EBD59E0D>

¹⁷ art. 10 § 1 kpa – przyp. red.

¹⁸ LEX nr 1244891

się w doktrynie, jej znaczenie należy odnosić do decyzji uznaniowych, przy których strona może mieć wpływ na kształtowanie treści rozstrzygnięcia (...). Przewidziane w art. 10 § 1 k.p.a. prawo strony do wypowiadania się nakłada na organ administracji publicznej obowiązek umożliwienia stronie zapoznania się z dowodami, materiałami i żądaniami oraz wypowiedzenia się co do tych dowodów, materiałów i żądań, a tym samym zgłaszania nowych środków dowodowych.”

W powyższym wyroku Sąd jednoznacznie wskazał fazy postępowania administracyjnego oraz wynikające z poszczególnych faz prawa strony wynikające z art. 10 § 1 kpa, wskazując jednoznacznie, że organ prowadzący postępowanie ma obowiązek umożliwić stronie wypowiedzenie się co do zebranych dowodów i materiałów oraz zgłoszonych żądań w fazie między zakończeniem postępowania wyjaśniającego a wydaniem decyzji.

Zbieranie materiałów po rozpoczęciu fazy zapoznawania strony z aktami uznano za nieprawidłowość. Jej przyczyną jest rozpoczęcie zapoznania strony ze zgromadzonymi dowodami i materiałami przed zakończeniem fazy ich zbierania. Skutkiem takiego postępowania może być uchylenie decyzji w przypadku odwołania się strony. Osobami odpowiedzialnymi za wystąpienie nieprawidłowości są osoby wydające decyzje.

W aktach spraw, w których znajdowały się po dwa postępowania administracyjne¹⁹ (postępowanie w sprawie unieważnienia wizy, postępowanie w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu) stwierdzono dwa przypadki sporządzenia jednego protokołu zapoznania się z aktami sprawy osoby, która była stroną w tych postępowaniach administracyjnych. W przesłanych wyjaśnieniach stwierdzono:

„Biorąc pod uwagę, że organ prowadził dwa koherentne postępowania administracyjne wobec jednego cudzoziemca, bezpośrednio po sobie i które wynikały z siebie, tj. unieważnienie wizy, a następnie zobowiązanie cudzoziemca do powrotu, a w sprawach zebrano nachodzące na siebie dowody, stronie przedstawiono jeden protokół zapoznania się aktami sprawy.

Nadmieniam, że strona została oddzielnie zapoznana z materiałem dowodowym zebrany w sprawie unieważnienia wizy - nie wniosła uwag, ani dodatkowych materiałów. Następnie stronę zapoznano z materiałem, który organ zgromadził w sprawie decyzji o zobowiązaniu do powrotu. Czynności te zostały zadokumentowane na jednym dokumencie.”²⁰

Powyższe zostało uznane za uchybienie ze względu na sporządzenie jednego protokołu zapoznania z aktami dla dwóch odrębnych postępowań.

W jednym postępowaniu²¹, na podstawie zapisów w protokołach przesłuchania strony i zapoznania się z aktami stwierdzono, że przesłuchanie strony odbywało się po sporządzeniu protokołu zapoznania się z aktami sprawy. Osoba dokonująca tych czynności w przesłanych wyjaśnieniach stwierdziła, że w dokumentach są wpisane błędnie godziny wykonywana czynności, a zapoznanie z aktami jest końcową czynnością²².

Zostało to uznane za uchybienie.

W kontrolowanych aktach spraw stwierdzono równoczesne wykonywanie:

- | | |
|---|-----------------|
| 1) protokołu zatrzymania osoby i protokołu przesłuchania strony | – 9 przypadków; |
| 2) protokołu zatrzymania osoby i protokołu zapoznania się z aktami sprawy | – 2 przypadki; |
| 3) protokołu przesłuchania strony i protokołu zapoznania się z aktami sprawy | – 2 przypadki; |
| 4) protokołu zatrzymania osoby, protokołu przesłuchania strony,
protokołu zapoznania się z aktami sprawy | – 2 przypadki. |

¹⁹ Akta kontroli tom I str. 293-346, tom II str. 47-99

²⁰ Akta kontroli tom III str. 11-32

²¹ Akta kontroli tom II, str. 594-642,

²² Akta kontroli tom III str. 112

W przedmiotowej sprawie zwrócono się do:

- 1) Naczelnika Wydziału do spraw Cudzoziemców KaOSG;
- 2) Naczelnika Wydziału Operacyjno - Śledczego KaOSG;
- 3) Radcy Prawnego KaOSG.

W przesłanej odpowiedzi²³, Zastępca Naczelnika Wydziału do spraw Cudzoziemców, na pytanie o możliwość wykonywania jednocześnie dwóch lub więcej czynności, z których sporządza się protokół podczas prowadzenia postępowania administracyjnego, stwierdził, że:

„(...) nic nie stoi na przeszkodzie aby wykonywać jednocześnie dwie lub więcej czynności z których sporządzany jest protokół pod warunkiem, że czynności te nawzajem się nie wykluczają lub z siebie nie wynikają. Niemniej jednak każdą przerwę w prowadzeniu protokołowanej czynności, np. w celu przeprowadzenia innej czynności, należy w protokole odnotować.”

W przesłanej odpowiedzi²⁴, Naczelnik Wydziału Operacyjno – Śledczego, na pytanie o możliwość wykonywania innych czynności z udziałem osoby zatrzymanej, w związku z prowadzonym postępowaniem administracyjnym, stwierdził, że:

„(...) jest to praktyka dalece niewłaściwa i nie znajduje żadnego uzasadnienia.

Zarówno czynność zatrzymania osoby oraz przesłuchania strony, jak i każda inna czynność przeprowadzona na podstawie ustawy, a podlegająca spisania protokołu, wymaga zachowania szczególnej staranności w odzwierciedleniu jej przebiegu (tak aby z protokołu wynikało kto, gdzie, kiedy i jakich czynności dokonał, kto i w jakim charakterze był przy tym obecny, co i w jaki sposób w wyniku tych czynności ustalono i jakie uwagi zgłosiły obecne osoby), zwłaszcza w odniesieniu do kwestii obowiązku zastosowania odpowiednich pouczeń i odebrania stosownych oświadczeń od osoby w stosunku do której są prowadzone czynności.

Rzetelne spełnienie powyższych wymogów, w sytuacji gdy w tym samym czasie prowadzone są różne czynności z udziałem tej samej osoby, z jednej strony wydaje się niemożliwe a z drugiej łatwe do podważenia, z różnym skutkiem dla prowadzonego postępowania.

Jednocześnie należy zwrócić uwagę, że wzór protokołu zatrzymania osoby przewiduje możliwość przeprowadzenia czynności jego spisania w czasie późniejszym i innym miejscu niż samo zatrzymanie, co tym bardziej nie uzasadnia prowadzenia w tym samym czasie innych czynności z tą samą osobą, zwłaszcza podlegających protokołowaniu. (...)”.

W przesłanej opinii Radca Prawny wskazuje, że:

„Sporządzenie protokołu jest czynnością procesowo-techniczną, w której organ utrwalą treść ustaleń dokonanych w postępowaniu. Prawidłowo sporządzony protokół stanowi dowód w sprawie dlatego powinien on zawierać treść pozwalającą na odtworzenie w przyszłości przebiegu czynności opisanych w protokole” (Piotr Przybysz - kodeks postępowania administracyjnego, komentarz Wyd. Prawnicze "LexisNexis" Warszawa 2004 str. 168).”

Ponadto stwierdza, iż:

„Bezspornym jest, że wszystkie omawiane protokoły w wymienionych w opinii sprawach są dotknięte wadą polegającą na błędnym oznaczeniu godzin dokonania poszczególnych czynności.

Zważywszy na to, że każda z opisywanych czynności wymaga czynnego, aktywnego udziału strony nie było możliwe, aby w tym samym czasie osoba zatrzymana uczestniczyła w sporządzaniu protokołu zatrzymania osoby przez jednego funkcjonariusza składając stosowne oświadczenia oraz składała zeznania jako strona odpowiadając na pytania drugiego funkcjonariusza.

²³ Akta kontroli, tom III str. 136-137

²⁴ Akta kontroli, tom III str. 141

Wskazane w protokołach wady są uchybieniem lecz nie stanowią rażącego naruszenia prawa. Nie miały wpływu na treść dokonanych ustaleń faktycznych oraz na treść wydanych na podstawie tych ustaleń decyzji merytorycznych.”

Biorąc pod uwagę:

- 1) zapisy w protokołach,
- 2) oświadczenie osób o równoległości prowadzenia ww. czynności,
- 3) konieczność sporządzenia protokołu w sposób odzwierciedlający przebieg czynności,
- 4) równoległe prowadzenie czynności w 10 z 23 kontrolowanych sprawach,
- 5) możliwość podważenia czynności, które były prowadzonych równoległe,

uznano prowadzenie równoległe dwóch lub więcej czynności ze stroną za nieprawidłowość. Skutkiem takiego postępowania może być uchylenie decyzji w przypadku odwołania się strony.

Funkcjonariusze wszczynając postępowanie wręczali cudzoziemcowi w języku dla niego zrozumiałym pouczenie o zasadach i trybie postępowania, w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, w którym zawarte były również informacje o możliwości złożenia przez cudzoziemca wniosku o udzielenie ochrony międzynarodowej, skorzystania z pomocy w dobrowolnym powrocie, a także o organizacjach pozarządowych zajmujących się udzielaniem pomocy cudzoziemcom. Fakt otrzymania pouczenia o zasadach i trybie postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu oraz zrozumienie ich treści, cudzoziemiec potwierdzał własnoręcznym podpisem na egzemplarzu oświadczenia pozostającego w aktach.

W każdym kontrolowanym postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu, organ badał czy zachodzą przesłanki wynikające z ustawy z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach²⁵ do udzielenia cudzoziemcowi ochrony przed wydaleniem w postaci udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych²⁶ lub zgody na pobyt tolerowany²⁷ zadając stronie

²⁵ Dz.U. z 2016 r., poz. 1990 z późn. zm. zwana dalej Uoc

²⁶ Art. 348. Cudzoziemcowi udziela się zgody na pobyt ze względów humanitarnych na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, jeżeli zobowiązanie go do powrotu:

- 1) może nastąpić jedynie do państwa, w którym, w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.:
 - a) zagrożone byłoby jego prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego lub
 - b) mógłby on zostać poddany torturom albo nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, lub
 - c) mógłby być zmuszony do pracy, lub
 - d) mógłby być pozbawiony prawa do rzetelnego procesu sądowego albo być ukarany bez podstawy prawnej, lub
- 2) naruszałoby jego prawo do życia rodzinnego lub prywatnego, w rozumieniu przepisów Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r., lub
- 3) naruszałoby prawa dziecka, określone w Konwencji o prawach dziecka, przyjętej przez Zgromadzenie Ogólne Narodów Zjednoczonych dnia 20 listopada 1989 r., w stopniu istotnie zagrażającym jego rozwojowi psychofizycznemu.

²⁷ Art. 351. Zgody na pobyt tolerowany na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej udziela się cudzoziemcowi, jeżeli zobowiązanie go do powrotu:

- 1) może nastąpić jedynie do państwa, w którym, w rozumieniu Konwencji o ochronie praw człowieka i podstawowych wolności, sporządzonej w Rzymie dnia 4 listopada 1950 r.:
 - a) zagrożone byłoby jego prawo do życia, wolności i bezpieczeństwa osobistego lub
 - b) mógłby zostać poddany torturom albo nieludzkiemu lub poniżającemu traktowaniu albo karaniu, lub
 - c) mógłby on być zmuszony do pracy, lub
 - d) mógłby być pozbawiony prawa do rzetelnego procesu sądowego albo być ukarany bez podstawy prawnej- w przypadku gdy zachodzą okoliczności do odmowy udzielenia zgody na pobyt ze względów humanitarnych, o których mowa w art. 349, lub
- 2) jest niewykonalne z przyczyn niezależnych od organu właściwego do przymusowego wykonania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu i od cudzoziemca, lub
- 3) może nastąpić jedynie do państwa, do którego wydanie go jest niedopuszczalne na mocy orzeczenia sądu albo z uwagi na rozstrzygnięcie Ministra Sprawiedliwości w przedmiocie odmowy wydania cudzoziemca.

pytanie: o obawy przed powrotem do kraju, o możliwe w nim prześladowania, o prześladowanie w kraju pochodzenia i o obawy przed prześladowaniem w chwili obecnej.

Powyższy sposób postępowania został uznany przez Wydział do spraw Cudzoziemców KaOSG za wystarczający²⁸.

Zespół kontrolny zwrócił jednak uwagę, że ogólność pytań może być przyczyną uzyskania niepełnego obrazu sytuacji cudzoziemca. Zdaniem zespołu kontrolnego zasadnym byłoby zadawać cudzoziemcowi pytania o posiadane zgody na pobyt ze względów humanitarnych lub zgody na pobyt tolerowany oraz istnienie przesłanek do ich udzielenia w oparciu o treści art. 348 i 351 Uoc.

Każde postępowanie wobec cudzoziemców w sprawie o zobowiązaniu go do powrotu należy rozpatrywać indywidualnie. Wydana decyzja o zobowiązaniu do powrotu dla konkretnego przypadku zawiera odpowiednio elementy wynikające z przepisów Uoc oraz z art. 107 § 1 kpa. Kodeks postępowania administracyjnego posiadał dwa stany prawne w okresie objętym kontrolą. Wg stanu prawnego przypadającego na okres kontroli od 1 stycznia 2017 roku do 31 maja 2017 roku:

Decyzja powinna zawierać: oznaczenie organu administracji publicznej, datę wydania, oznaczenie strony lub stron, powołanie podstawy prawnej, rozstrzygnięcie, uzasadnienie faktyczne i prawne, pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie, podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego osoby upoważnionej do wydania decyzji lub, jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego, powinna być opatrzona kwalifikowanym podpisem elektronicznym. Decyzja, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego lub skarga do sądu administracyjnego, powinna zawierać ponadto pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa lub skargi.

Następnie Ustawa z dnia 7 kwietnia 2017 r. o zmianie ustawy – Kodeks postępowania administracyjnego oraz niektórych innych ustaw (Dz. U. z 2017 r. poz. 935) określiła nowe brzmienie art. 107 § 1 (obowiązuje od 01 czerwca 2017 roku).

Decyzja zawiera:

- 1) oznaczenie organu administracji publicznej;
- 2) datę wydania;
- 3) oznaczenie strony lub stron;
- 4) powołanie podstawy prawnej;
- 5) rozstrzygnięcie;
- 6) uzasadnienie faktyczne i prawne;
- 7) pouczenie, czy i w jakim trybie służy od niej odwołanie oraz o prawie do zrzeczenia się odwołania i skutkach zrzeczenia się odwołania;
- 8) podpis z podaniem imienia i nazwiska oraz stanowiska służbowego pracownika organu upoważnionego do wydania decyzji, a jeżeli decyzja wydana została w formie dokumentu elektronicznego - kwalifikowany podpis elektroniczny;
- 9) w przypadku decyzji, w stosunku do której może być wniesione powództwo do sądu powszechnego, sprzeciw od decyzji lub skarga do sądu administracyjnego - pouczenie o dopuszczalności wniesienia powództwa, sprzeciwu od decyzji lub skargi oraz wysokości opłaty od powództwa lub wpisu od skargi lub sprzeciwu od decyzji, jeżeli mają one charakter stały, albo podstawie do wyliczenia opłaty lub wpisu o charakterze stosunkowym, a także możliwości ubiegania się przez stronę o zwolnienie od kosztów albo przyznanie prawa pomocy.

²⁸ Akta kontroli tom III str. 117-118, Fax nr KA-CU/1525/17

Po zmianie stanu prawnego strona postępowania administracyjnego nabyła prawo do zrzeczenia się odwołania. We wszystkich kontrolowanych decyzjach organ prawidłowo zamieszczał pouczenie strony o prawie do zrzeczenia się odwołania i skutkach zrzeczenia się odwołania.

W 23 kontrolowanych decyzjach administracyjnych występują wszystkie elementy wymagane przez art. 107 § 1 kpa. Niemniej jednak zespół kontrolny stwierdził uchybienia.

W 9 decyzjach stwierdzono, że w podstawie prawnej powołano się m.in. na art. 318 ust. 1 i ust. 2 pkt 2a i 2b Uoc. Ustawa ta zawiera art. 318 ust. 1 i ust. 2. Z kolei ust. 2 zawiera pkt 2 lit. a i pkt 2 lit. b, a nie jak powołano pkt. 2a i 2b. W treści decyzji prawidłowo przytoczono treść i zastosowano art. 318 ust. 1 i ust. 2. Nieprawidłowy zapis przepisu prawnego nie miał wpływu na postępowanie administracyjne, a co za tym idzie na wydanie decyzji, dlatego należy potraktować to jako uchybienie, które zostało już wyeliminowane.

W 7 decyzjach stwierdzono sformułowanie pouczenia „strona niezadowolona z niniejszej decyzji może w terminie 14 dni od daty jej doręczenia wnieść odwołanie (...)”. Biorąc pod uwagę treść art. 127 kpa²⁹, stronie niezadowolonej nie służy odwołanie, jednakże może ona zwrócić się o ponowne rozpatrzenie sprawy. Natomiast stronie od decyzji będących przedmiotem kontroli służy odwołanie, w związku z tym należy używać określenia „strona”. Powyższe uchybienie nie miało wpływu na określenie prawa strony do odwołania. Uchybienie to zostało już usunięte, dlatego nie sformułowano zaleceń pokontrolnych.

Stwierdzić należy, że zgodnie z treścią art. 107 § 1 kpa decyzja administracyjna powinna zawierać między innymi uzasadnienie faktyczne i prawne. Art. 107 § 3 kpa stanowi, że uzasadnienie faktyczne decyzji powinno zawierać wskazanie faktów, które organ uznał za udowodnione, dowodów na których się oparł oraz przyczyn z powodu których innym dowodom odmówił wiarygodności. Do tej kwestii odnoszą się wyroki NSA: "Dowody zebrane w sprawie, a zwłaszcza dokumenty urzędowe, nie mogą zastępować uzasadnienia decyzji. Organ administracji uzasadniając decyzję może powołać się na dowody zebrane w sprawie, jednakże nie zwalnia to go z obowiązku przedstawienia własnego stanowiska w sprawie i podania motywów tego stanowiska". (Wyrok NSA OZ w Łodzi z dnia 22.09.1998 r. sygn. akt I SA/ŁD 1270/96) oraz "Organ administracji nie może się ograniczyć do powołania artykułów czy paragrafów przepisów prawa lecz powinien w uzasadnieniu zawrzeć umotywowaną ocenę stanu faktycznego w świetle obowiązującego prawa oraz wskazać jaki związek zachodzi między tą oceną a treścią rozstrzygnięcia". (Wyrok NSA OZ w Lublinie z dnia 15.12.1995 r. sygn. akt SALu 2479/94).

W toku postępowania administracyjnego w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu organ dokonując ustaleń faktycznych zobowiązany jest do wyjaśnienia czy w sprawie zachodzą okoliczności art. 302, ale również czy nie zachodzą okoliczności wymienione w art. 303 Uoc. Wyjaśnień tych dokonuje się na podstawie m. in. dowodów z dokumentów, zeznań świadków, opinii biegłych, wywiadów środowiskowych, zeznań stron. Po dokonaniu stosowych ustaleń i rozstrzygnięciu sprawy w uzasadnieniu decyzji organ powinien wskazać zarówno dowody, które stanowiły podstawę ustalenia, że w sprawie brak jest przesłanek z art. 303 Uoc uzasadniających odstępianie od wydania decyzji na podstawie art. 302 § 1 Uoc, jak i przedstawić

²⁹ Art. 127. § 1. Od decyzji wydanej w pierwszej instancji służy stronie odwołanie tylko do jednej instancji.

§ 2. Właściwy do rozpatrzenia odwołania jest organ administracji publicznej wyższego stopnia, chyba że ustawa przewiduje inny organ odwoławczy.

§ 3. Od decyzji wydanej w pierwszej instancji przez ministra lub samorządowe kolegium odwoławcze nie służy odwołanie, jednakże strona niezadowolona z decyzji może zwrócić się do tego organu z wnioskiem o ponowne rozpatrzenie sprawy; do wniosku tego stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące odwołań od decyzji.

własne stanowisko i jego motywy. Dokonując analizy wydanych decyzji należy stwierdzić, że organ prawidłowo w uzasadnianiu decyzji powoływał stan faktyczny i prawny art. 302 Uoc. Natomiast brak jest uzasadnienia faktycznego przytaczanego art. 303 Uoc każdej występującej w nim przesłanki. Stanowi to uchybienie, które nie powoduje nie ważności decyzji administracyjnej.

Zgodnie z art. 315 Uoc w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu określa się termin dobrowolnego powrotu, który wynosi od 15 do 30 dni, liczony od dnia doręczenia decyzji. Wszystkie analizowane decyzje zawierały prawidłowy termin oraz określały termin rozpoczęcia biegu okresu (od dnia doręczenia decyzji).

Po analizie 23 postępowań administracyjnych należy stwierdzić również, że organ każdorazowo w decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu orzekał o zakazie ponownego wjazdu na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej lub na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej i innych państw obszaru Schengen oraz określał okres tego zakazu w ten sposób realizując art. 318 i 319 Uoc.

W każdym kontrolowanym postępowaniu w sprawie zobowiązania cudzoziemca do powrotu organ badał czy istnieją przesłanki uniemożliwiające wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, wynikające z art. 303 Uoc. Badanie to oparte było na: danych zgromadzonych w systemie Pobyt 2, analizie posiadanych przez cudzoziemca dokumentów oraz informacjach uzyskanych od cudzoziemca (o braku innego dokumentu który umożliwiałby mu legalny pobyt na terytorium RP). W żadnym z analizowanych przypadków organ nie stwierdził przesłanek uniemożliwiających wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, wynikających z wyżej wymienionego artykułu.

Powyższy sposób postępowania został uznany przez Wydział do spraw Cudzoziemców KaOSG za wystarczający.

Zespół kontrolny zwrócił jednak uwagę, że mogą zaistnieć przypadki braku pełnej informacji o stronie w systemach przetwarzających dane cudzoziemców (wynikające np. z nieaktualności danych), co przy braku pytań o przesłanki wynikające z ww. artykułu może być przyczyną uzyskania niepełnego obrazu sytuacji cudzoziemca. Zdaniem zespołu kontrolnego zasadnym byłoby zadawać pytania cudzoziemcowi w oparciu o przesłanki wynikające z art. 303 Uoc.

Zgodnie z art. 324 pkt 1, 2 Uoc organ, który wydaje decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu: pobiera od cudzoziemca odciski linii papilarnych, jeżeli nie zostały pobrane po zatrzymaniu go w związku z przekroczeniem granicy wbrew przepisom prawa, przekazuje Komendantowi Głównemu Policji obraz linii papilarnych oraz dane osobowe cudzoziemca.

We wszystkich kontrolowanych postępowaniach zostały pobrane odciski palców cudzoziemców na podstawie art. 324 pkt 1 Uoc. W jednym przypadku karta daktyloskopijna cudzoziemca po nadaniu numeru w EURODAC nie została przesłana Komendantowi Głównemu Policji, a jej drugi egzemplarz nie został przekazany do prowadzonego postępowania. Jak wynika z przesłanego wyjaśnienia osoby wykonującej czynności, powodem takiego postępowania była bardzo zła jakość karty daktyloskopijnej spowodowana najprawdopodobniej starciem naskórka palców osoby daktyloskopowanej³⁰.

Ze względu na fakt, że wszystkie osoby w kontrolowanych postępowaniach były zatrzymane, a zgodnie z art. 394 ust. 3 Uoc podmiot który dokonuje zatrzymania niezwłocznie pobiera odciski linii papilarnych od cudzoziemca, zwrócono się do Wydziału ds. Cudzoziemców KaOSG z zapytaniem w przedmiotowej kwestii. W przesłanej odpowiedzi zastępca naczelnika

³⁰ Akta kontroli, tom III str. 127

wskazał art. 394 ust. 3 Uoc jako prawidłową podstawę prawną pobrania odcisków palców w przypadku jego wcześniejszego zatrzymania. Zostało to również określone w zaleceniach Zarządu ds. Cudzoziemców KGSG.

Biorąc powyższe pod uwagę, należy stwierdzić że pobieranie odcisków palców było dokonywane na podstawie Uoc, natomiast na kartach daktyloskopijnych wpisywano niewłaściwy artykuł tej ustawy. Stanowi to uchybienie.

Zgodnie z art. 324 pkt 3 Uoc organ, który wydaje decyzję o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu sporządza fotografię cudzoziemca. Rozwinięciem tego przepisu jest art. 430 ust. 2 pkt 4 Uoc, który stanowi, że w rejestrze spraw dotyczących zobowiązań cudzoziemców do powrotu przechowywane są, między innymi, fotografie cudzoziemca.

W 20 z 23 skontrolowanych postępowań zostały wykonane zdjęcia osób, które zostały umieszczone we właściwym rejestrze oraz „Karty rozpoznawcze cudzoziemców” które zostały włączone do akt sprawy.

W związku z brakiem we właściwym rejestrze 3 fotografii cudzoziemców wobec których prowadzone były postępowania o zobowiązanie cudzoziemca do powrotu, zwrócono się w dniu 13.12.2017 r. do komendanta placówki z pytaniem: „Proszę o wskazanie osób odpowiedzialnych za niesporządzenie fotografii, zgodnie z art. 324 pkt 3 ustawy o cudzoziemcach i niewprowadzeniu fotografii do wymaganych rejestrów w postępowaniach (...). Na pytanie to w dniu 15.12.2017 r. komendant placówki odpowiedział: „(...) czynności w stosunku do cudzoziemców wykonywał [dane funkcjonariusza] (w załączeniu jego wyjaśnienia)”³¹.

Wskazany przez komendanta placówki funkcjonariusz w swoim wyjaśnieniu, stwierdził: „(...) z uwagi na brak technika kryminalistyki zostałem wyznaczony przez Kierownika Zmiany do wykonywania czynności związane z daktyloskopia oraz wykonaniem fotografii cudzoziemca. Zgodnie z zapisem w rejestrze cudzoziemców od których pobrano odbitki linii papilarnych dokonałem czynności związanych z daktyloskopią, ponadto do w/w postępowań za każdym razem wykonywałem fotografię cudzoziemca.”³², nie odnosząc się do czynności wprowadzenia fotografii do systemu.

Niewprowadzenie do wymaganego systemu 3 fotografii cudzoziemców wobec których prowadzone były postępowania w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu uznano za nieprawidłowość. Skutkiem jej jest brak fotografii w systemie, o którym mowa w art. 430 ust. 2 pkt 4 Uoc³³.

W postępowaniach administracyjnych strona otrzymywała, jako odrębne dokumenty, w języku dla niej niezrozumiałym pouczenia o:

- uprawnieniach zatrzymanego cudzoziemca,
- zasadach i trybie przeprowadzania kontroli legalności pobytu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej,
- zasadach i trybie postępowania w sprawach zobowiązania cudzoziemca do powrotu,

³¹ Akta kontroli, tom III str. 125-126

³² Akta kontroli, tom III str. 131

³³ Art. 430. 1. W rejestrach prowadzonych w sprawach z zakresu wjazdu cudzoziemców na terytorium Rzeczypospolitej Polskiej, pobytu na tym terytorium i wyjazdu z niego, o których mowa w art. 428 ust. 1 pkt 2 lit. a-k oraz m, a także w ewidencji zaproszeń przechowywane są informacje o wnioskach, postanowieniach, decyzjach administracyjnych, orzeczeniach sądu oraz dane osobowe przetwarzane zgodnie z niniejszą ustawą, dotyczące cudzoziemców objętych postępowaniami w sprawach, których te rejestry i ewidencja dotyczą.

2. W rejestrach, o których mowa w art. 428 ust. 1 pkt 2 lit. b-k oraz m, a także w ewidencji zaproszeń oprócz informacji i danych, o których mowa w ust. 1, przechowywane są:

...

4) w rejestrze, o którym mowa w art. 428 ust. 1 pkt 2 lit. j, fotografię cudzoziemca (...)

oraz informację o podstawie prawnej (przyczynie) wydanej decyzji o zobowiązaniu do powrotu, jej rozstrzygnięciu oraz pouczeniu.

Każda decyzja o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu oraz protokół zatrzymania osoby zawierały stosowne pouczenie o prawach strony / zatrzymanego. W przypadku gdy cudzoziemiec nie złożył pisemnego oświadczenia, że rozumie język polski w mowie i piśmie to czynności prowadzono z udziałem tłumacza.

W przypadku pouczeń zawartych w protokole przesłuchania strony należy zauważyć, że zgodnie art. 86 kpa, organ administracji publicznej może przesłuchać stronę, jeżeli po wyczerpaniu środków dowodowych lub z powodu ich braku pozostały niewyjaśnione fakty istotne dla rozstrzygnięcia sprawy. Do przesłuchania stron stosuje się odpowiednio przepisy dotyczące świadków³⁴, z wyłączeniem przepisów o środkach przymusu. Tym samym przed przesłuchaniem strony należy uprzedzić o prawie odmowy poddania się czynności przesłuchania, o prawie odmowy odpowiedzi na pytania (ponieważ odpowiedź na określone pytania mogłaby narazić stronę np. na odpowiedzialność karną) oraz o odpowiedzialności za fałszywe zeznania. Nie uprzedza się strony o prawie odmowy zeznań, gdyż strona nie składa zeznań w charakterze świadka.

Analiza pouczeń zawartych w protokołach przesłuchania strony wykazała, że:

- 1) w 14 przypadkach protokół nie zawierał pouczenia strony o prawie odmowy poddania się przesłuchaniu;
- 2) w 10 przypadkach w pouczeniu nie określono minimalnego okresu pozbawienia wolności, a okres maksymalny zaniżono (wskazano 3 lata zamiast 8);
- 3) w 1 przypadku zawyżono minimalny okres pozbawienia wolności (wskazano 3 lata zamiast 6 miesięcy);
- 4) w 11 przypadkach nie określono minimalnego okresu pozbawienia wolności (prawidłowo wskazano okres maksymalny).

Wojewódzki Sąd Administracyjny w Bydgoszczy wyrokiem z dnia 07 maja 2008 r. do sprawy II SA/Bd 1020/07 wypowiedział się w sprawie praw strony w zakresie pouczeń, pisząc w uzasadnieniu:

„Organy naruszyły też przepis art. 86 kpa, który stanowi, że "do przesłuchania stron stosuje się przepisy dotyczące świadków, z wyłączeniem przepisów o środkach przymusu". Oznacza to, że na organie ciąży obowiązek pouczenia strony o prawie odmowy poddania się przesłuchaniu, co w przedmiotowej sprawie nie miało miejsca.

Organ wbrew powyższemu przepisowi, nie tylko nie poinformował stron postępowania o możliwości odmowy poddania się przesłuchaniu, ale również w stosunku do nich zastosował pouczenie dotyczące przesłuchania świadków, łącznie z pouczeniem o środkach przymusu (...).

W świetle powyższego, należało zatem rozważyć jakie będą skutki wskazanego naruszenia obowiązujących przepisów procedury administracyjnej, na gruncie przedmiotowej sprawy (...). Co się tyczy skutków naruszenia przepisu art. 86 kpa, to trzeba je zakwalifikować jako mogące mieć istotny wpływ na wynik sprawy i dlatego stanowią one również, jak w przypadku naruszenia art. 79 kpa, samodzielną, odrębną przesłankę uchylenia decyzji administracyjnej. Należy tu przytoczyć wyrok Naczelnego Sądu Administracyjnego z 21.10.2005 r., w sprawie I FSK 185/05 (nie publikowany), w którym stwierdził, że "naruszenie przez organy podatkowe przepisu postępowania - art. 199 ordynacji podatkowej, miało istotny wpływ na wynik sprawy podatkowej,

34 Art. 233. § 1. Kto, składając zeznanie mające służyć za dowód w postępowaniu sądowym lub w innym postępowaniu prowadzonym na podstawie ustawy, zeznaje nieprawdę lub zataja prawdę, podlega karze pozbawienia wolności od 6 miesięcy do lat 8.

bowiem bezprawnie wykorzystano do ustalenia stanu faktycznego zeznania strony odebrane od niej bez spełnienia prawem przepisanego warunku - wyrażenia przez podatnika zgody na jego przesłuchanie w charakterze strony. Przy braku ww. zgody, przesłuchanie strony nie powinno być przeprowadzone, a jeśli to przesłuchanie przeprowadzono, to nie mogło być wykorzystane w żaden sposób w sprawie”.

Brak prawidłowego pouczenia uznano za nieprawidłowość. Osobami odpowiedzialnymi za nią są osoby dokonujące przesłuchania osób. Przyczyną jest brak realizacji zaleceń i wytycznych ZdsC KGSG. Skutkiem tego może być uchylene decyzji.

Fakt wszczęcia postępowania administracyjnego i wydania decyzji wpisywano w krajowym zbiorze rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców (Pobyt 2). Powyższe czynności były odnotowywane na dokumentach pozostających w aktach (w postaci adnotacji funkcjonariuszy). Ustalono, że dane podane na dokumentach źródłowych odpowiadały danym wprowadzonym do systemu.

W kontrolowanych aktach spraw nie stwierdzono zamieszczania wydruków z krajowego zbioru rejestrów, ewidencji i wykazu w sprawach cudzoziemców (Pobyt 2) oraz SIS, natomiast dokonane sprawdzenia dokumentowano na standardowym formularzu sprawdzeń, co było zgodne z zaleceniami Zarządu ds. Cudzoziemców KGSG.

Procesowego zatrzymania cudzoziemców dokonywano na podstawie art. 11 ust. 1 pkt 5 ustawy z dnia 12 października 1990 r. o Straży Granicznej w związku z art. 394 ust. 1 i 2 Uoc. Każdy zatrzymany otrzymywał pouczenie o uprawnieniach zatrzymanego cudzoziemca przetłumaczone na język zrozumiały dla zatrzymanego, co potwierdzał własnoręcznym podpisem na egzemplarzu pouczenia włączanego do akt. Ponadto w protokole składał oświadczenie dotyczące realizacji jego uprawnień wynikających z ustawy z dnia 06 czerwca 1997 r. Kodeks postępowania karnego.

O zatrzymaniu w każdym przypadku zawiadamiano niezwłocznie właściwego ze względu na miejsce zatrzymania cudzoziemca prokuratora rejonowego, dokonując również stosownej adnotacji w protokole. Ponadto o zatrzymaniu cudzoziemca informowano Generalny Konsulat Ukrainy w Krakowie, stosownie do Konwencji Konsularnej Ukraina-Polska z dnia 08 września 1991 r.

Zgodnie z art. 66a kpa w każdych kontrolowanych aktach sprawy została założona metryka sprawy, w której treści wskazano osoby, które uczestniczyły w podejmowaniu czynności w postępowaniu administracyjnym oraz określono podejmowane przez te osoby czynności wraz z odpowiednim odesłaniem do dokumentów. W metryce ujmowano podejmowane czynności za wyjątkiem zapoznania strony z aktami.

Stosowany wzór tabeli metryki nie był zgodny ze wzorem określonym w Rozporządzeniu Ministra Administracji i Cyfryzacji z dnia 6 marca 2012 r. w sprawie wzoru i sposobu prowadzenia metryki sprawy.

Niezgodności dotyczą:

- zgodnie ze wzorem kolumna 2 posiada tytuł: „Data podjętej czynności”, natomiast w aktach sprawy ma tytuł: „Data podjęcia czynności”,
- zgodnie ze wzorem kolumna 3 posiada tytuł: „Oznaczenie osoby podejmującej daną czynność”, natomiast w aktach sprawy ma tytuł: „Oznaczenie osoby podejmującej czynności”.

Ponadto zgodnie z § 2 ust. 1 pkt 4 oraz objaśnieniami zamieszczonymi we wzorze „Metryki sprawy” wyżej wymienionego rozporządzenia w rubryce oznaczającą osobę podejmującą daną czynność powinno być odnotowane nazwisko, imię i stanowisko, natomiast w kontrolowanych metrykach spraw nie odnotowywano stanowiska osoby.

Powyższe odstępstwa od stanu pożądanego są uchybieniami, które mają charakter wyłącznie formalny i nie powodujący negatywnych następstw dla kontrolowanej działalności w aspekcie wykonywania zadań związanych z postępowaniami administracyjnymi zobowiązujących cudzoziemców do powrotu.

Prawomocne decyzje o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu były przekazane do Wydziału Wykazu Departamentu Legalizacji Pobytu Urzędu do spraw Cudzoziemców za pismami przewodnimi.

Powyższy obszar oceniono pozytywnie z nieprawidłowościami.

Obszar nr 2. Umocowanie realizacji powyższych zadań w wewnętrznym podziale zadań Placówki Straży Granicznej, w szczegółowych zakresach obowiązków i uprawnień oraz wydanych upoważnieniach dla poszczególnych funkcjonariuszy.

W wewnętrznym podziale zadań Placówki Straży Granicznej w Tarnowie (zał. Nr 1 do pisma wch. Nr 664/16/KA z dn. 21.11.2016 r.) wyszczególniono zadania związane z wydawaniem decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, na stronie 8 poprzez zapis „ prowadzenie postępowań administracyjnych w sprawie zobowiązania cudzoziemców do powrotu w przypadkach i na zasadach określonych w ustawie z dnia 12 grudnia 2013 r. o cudzoziemcach (DZ. U. poz. 1650 z późn. zm.)”.

W PSG w Tarnowie 6 osób wydawało decyzje administracyjne dot. zobowiązania cudzoziemców do powrotu. Stwierdzono, że posiadały one pisemne upoważnienia wydane przez Komendanta PSG w Tarnowie do wydawania decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu. Taka sama ilość osób wykonywała czynności związane z prowadzeniem postępowań administracyjnych dot. zobowiązania cudzoziemca do powrotu, osoby te posiadały w szczegółowych zakresach obowiązków i uprawnień funkcjonariuszy stosowne zapisy w tym zakresie.

Dodatkowo ustalono, że jeden funkcjonariusz, który posiadał upoważnienie wydane na zajmowane stanowisko służbowe starszego kontrolera Zespołu ds. Migracji Grupy ds. Cudzoziemców z siedzibą w Zgłobicach PSG w Tarnowie, w dwóch przypadkach w wydanych decyzjach wpisał stanowisko: p.o. specjalista, tj. stanowisko, na którym miał powierzone obowiązki.

Stanowi to uchybienie, które nie miało wpływu na ważność wydanej decyzji administracyjnej.

Powyższy obszar oceniono pozytywnie z uchybieniami.

Obszar nr 3. Sposób sprawowania i dokumentowania nadzoru nad prowadzonymi postępowaniami administracyjnymi oraz wydawanymi decyzjami wobec cudzoziemców.

W okresie objętym kontrolą nadzór służbowy nad realizacją zadań sprawowali:

- Komendant PSG w Tarnowie,
- p.o. Z-ca Komendanta PSG w Tarnowie (od 15.03. 2017 r. wcześniej wakat)
- p. o. kierownik Grupy ds. Cudzoziemców, który jednocześnie zajmował stanowisko kierownika Zespołu ds. Migracji Grupy ds. Cudzoziemców.

Jak wynika z oświadczeń, polegał on na zapoznawaniu się z dokumentacją wykonywaną w trakcie prowadzenia postępowania administracyjnego dot. zobowiązania cudzoziemca do powrotu. Z analizy kontrolowanych akt w sprawie wynikało, że jedynie wymieniony kierownik w ramach sprawowanego bezpośredniego nadzoru zapoznawał się z dokumentami zamieszczonymi w aktach, a fakt ten potwierdzał poprzez swój wpis w kartach kontroli.

W szczegółowych zakresach obowiązków i uprawnień ww. osób funkcyjnych uwzględniono obowiązek nadzorowania wykonywania zadań służbowych związanych z przedmiotem kontroli.

Biorąc pod uwagę przyjęte kryteria i mierniki, obszar oceniono pozytywnie, jednakże ze względu na ilość stwierdzonych uchybień i nieprawidłowości stwierdzono, że realizacja nadzoru była nieskuteczna.

VII. Wystąpienia pokontrolne sporządzono w dwóch jednobrzmiących egzemplarzach, z których jeden przeznaczony jest dla kierownika jednostki kontrolowanej.

VIII. Fakt przeprowadzenia kontroli odnotowano w książce kontroli PSG w Tarnowie zarejestrowanej pod numerem Rdet KA-TA-10/16, na stronie 4, poz. 2.

IX. Zalecenia i wnioski:

1. Zalecenia:

- 1) wszczynać i prowadzić postępowanie administracyjne w celu załatwienia sprawy;
- 2) czynności wymagające protokolowania prowadzić bez ich nakładania się w czasie;
- 3) rzetelnie sporządzać protokoły, w szczególności w zakresie określania rzeczywistego czasu wykonywania czynności;
- 4) przed przesłuchaniem, pouczać stronę o przysługujących jej prawach;
- 5) informować stronę postępowania o zakończeniu zbierania materiałów i dowodów w prowadzonym postępowaniu;
- 6) zapoznawać stronę ze zgromadzonymi dowodami i materiałami w sprawie, po zakończeniu ich zbierania;
- 7) zapoznawać stronę ze wszystkimi zgromadzonymi dowodami i materiałami w sprawie;
- 8) dokumentować zapoznanie z aktami sprawy, osobno w każdym postępowaniu;
- 9) w decyzjach zachować koherentność stanu faktycznego i prawnego;
- 10) wprowadzić do rejestru, o którym mowa w art. 428 ust. 1 pkt 2 lit. j Uoc, trzy fotografie cudzoziemców³⁵;
- 11) powoływać właściwą podstawę prawną pobierania linii papilarnych od cudzoziemców;
- 12) stosować wzór „Metryki sprawy” oraz uzupełniać go zgodnie przepisami;
- 13) prowadzić rzetelnie i skutecznie nadzór.

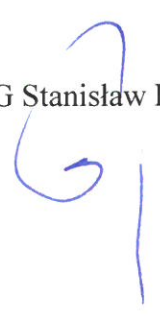
³⁵ dotyczy fotografii cudzoziemców wobec których prowadzone były postępowania nr: KA-TA/46/D-ZDP/2017; KA-TA/54/D-ZDP/2017; KA-TA/58/D-ZDP/2017

2. Wniosek:

- 1) w trakcie przesłuchania strony badać, czy istnieją okoliczności uniemożliwiające wydanie decyzji o zobowiązaniu cudzoziemca do powrotu, między innymi w oparciu o art. 303 Uoc.

- X. Informację o wykonaniu zaleceń, wykorzystaniu wniosku, a także o podjętych działaniach lub przyczynach ich niepodjęcia należy przedłożyć zarządzającemu kontrolę w terminie do 30 marca 2018 r. za pośrednictwem Naczelnika Wydziału Kontroli.

ppłk SG Stanisław Laciuga



Wykonano w 2 egzemplarzach:

Egzemplarz nr 1 – adresat

Egzemplarz nr 2 – ad acta

Wykonał: zespół kontrolerów, tel. 665 30 20, 665 30 21

27.02.2018 r.

